Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI

COMITÊ ORGANIZADOR

Coordenadores
Raymundo Juliano Feitosa (UFPE)
Orides Mezzaroba (UFSC)
Leonardo do Greco (FDC)

Colaboradores
Allan Rocha de Souza (FDC)
Daniela Menengoti Gonçalves Ribeiro (UFSC)
Heloisa Simon (UFSC)

Sumário

Apresentação.....

CONSTITUIÇÃO E RELAÇÕES EXISTENCIAIS

A Constituição, segundo Lassalle e Hesse
Alcindo Fernandes Gonçalves, João Carlos Jarochinski Silva.....12
Aspectos jurídicos do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana
Carolina Altoé Velasco.....25
Decisão judicial sobre direitos sociais: igualdade material como limite
Edinilson Donisete Machado, Samara Tavares Agapto das Neves.....40
Construção Principialista do Direito Constitucional na sua nova interpretação
Enisa Eneida da Rosa Pritsch Winck, Jorge Renato dos Reis.....59
Direito à saúde: direito fundamental e subjetivo?
Lidiane Nascimento Leão.....78
A identidade do sujeito constitucional no Brasil: uma visita aos seus pressupostos histórico-teoréticos na passagem do Império para a República, da perspectiva da forma de atuação do guardião máximo da constituição
Maria Fernanda Salcedo Repolês.....98
Sobre as influências de Kelsen para o controle de constitucionalidade: da teoria pura do direito à idéia de tribunal constitucional e suas perspectivas em face do estado democrático de direito – uma análise
Mônia Clarissa Hennig Leal.....118
Democracia e pós-modernidade
Paulo Márcio Cruz.....132
Democracia e constitucionalismo: reflexões sobre a crise do sistema democrático representativo a partir do debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen
Ricardo Stanziola Vieira, Emídio Capistrano de Oliveira.....156
Construção da cidadania e da democracia no Brasil: tarefas inacabadas
Sidney Guerra, Lilian Márcia Balmant Emerique.....175
Ganhou a teoria geral da invalidade dos atos jurídicos e o estabelecimento da paternidade
Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza.....202
Direitos existenciais e os entes morais. Do direito à intimidade da pessoa jurídica: uma análise à luz da Constituição Federal e do Código Civil
Wesley Tomaszewski.....222

CONSTITUIÇÃO E RELAÇÕES PATRIMONIAIS

A impenhorabilidade do bem da pessoa que vive só e o princípio da dignidade humana
Ana Karolina Espindula Pereira.....240
Conselhos municipais de saúde e a construção dialógica do orçamento

público
Anaximandro Lourenço Azevedo Feres, Simone Reissinger, Marinella Machado Araújo.....260
Exercício do poder jurisdicional do estado e inviolabilidade de direitos fundamentais: breve análise sobre a constitucionalidade na aplicação do Artigo 1.705 do Código Civil Brasileiro
Antônio Walber Matias Muniz.....280
Relação obrigacional contemporânea: o jazigo da autonomia da vontade?
Carlos José de Castro Costa.....300
A aplicação do direito real de superfície no Brasil
Danuza da Silva Crespo Bastos.....320
Constituições civis e regulação: autopoiese e teoria constitucional
Germano Schwartz.....340
Controle do equilíbrio do meio ambiente pela ação tributária
Maikon Cristiano Glasenapp, Ricardo Stanziola Vieira.....356
A teoria da aparência jurídica
Mauricio Jorge Pereira da Mota.....370
A lesão contratual e seus elementos
Raul Murad Ribeiro de Castro.....391
Marco político, institucional e econômico da configuração do federalismo fiscal na Constituição Federal de 1988
Raymundo Juliano Feitosa.....411

DIREITO AMBIENTAL

Ferramentas na construção do sistema de áreas protegidas - Brasil e Colômbia
Carla Cristina Alves Torquato, José Augusto Fontoura Costa.....432
Reflexões sobre o conselho nacional de meio ambiente à luz do paradigma procedimental do direito
Carolina Vieira Ribeiro de Assis Bastos.....452
Sociedade civil e (re)construção do espaço público: gestão democrática ambiental para reflexão na esfera pública
Erotides Kniphoff Tessmann.....468
Acesso à justiça ambiental: um novo enfoque do acesso à justiça a partir da sua aproximação com a teoria da justiça ambiental
Fernanda de Salles Cavedon, Ricardo Stanziola Vieira.....495
A sociedade civil na identificação dos objetos do licenciamento ambiental municipal
Jeferson Nogueira Fernandes.....514
Tentativa de compreensão da "lei de recursos hídricos": estratégias do capital e "novas" formas de privatização da água
Joaquim Shiraishi Neto.....534
O meio ambiente na ordem constitucional brasileira
Leandro Causin Alves.....553
A política nacional de controle da desertificação e o zoneamento ecológico-

econômico
Lívia Gaigher Bósio Campello.....568
Aplicação da Agenda 21 pelos múnicípios: a dignidade da pessoa humana e a sadia qualidade de vida
Nívia Sarmento Duarte, Luís Felippe Ferreira Klem de Mattos.....585
Meio-ambiente e ordem econômica constitucional: uma abordagem de direito e desenvolvimento na gestão de águas doces no Brasil
Patrícia Borba Vilar Guimarães, Yanko Marcius de Alencar Xavier.....603
Autonomia municipal e a proteção local do meio ambiente na Constituição Brasileira de 1988
Vitor de Azevedo Almeida Junior.....620
Atuação do Ministério Público e da sociedade civil organizada no acompanhamento e propositura das ações civis públicas ambientais no município de Niterói-RJ
Wilson Madeira Filho, Roberta Ponzo Nogueira.....640

DIREITO DO CONSUMIDOR

Segurança jurídica, comércio virtual e consumo
Claudia Maria Barbosa.....660
A democratização do consumo virtual
Guilherme da Costa, Claudia Maria Barbosa.....672
O diálogo entre as fontes no direito marítimo: Código Civil e Código de Defesa do Consumidor
Osvaldo Agripino de Castro Jr. 683
Livre iniciativa, liberdade de contratar e defesa do consumidor: uma nova ordem hermenêutica de integração
Sandro Mansur Gibran, Antônio Carlos Efing.....699
A política nacional das relações de consumo como reconhecimento da dignidade humana a partir da pessoa do consumidor
Viviane Coêlho de Séllos Gondim.....714

DIREITO EMPRESARIAL

O empresário e os direitos do consumidor: as práticas comerciais e a proteção contratual
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Clarice Helena de Miranda Coimbra, Francisco Serrano Martins, Luiz Cláudio Carvalho de Almeida, Luiza Queiroz Sanz, Sara Simonato Tosato.....732
Teoria da desconsideração da pessoa jurídica e o princípio da preservação da empresa
Deilton Ribeiro Brasil, Guilherme Calmon Nogueira da Gama.....751
Aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à figura do empreendedor
Gisela Maria Bester, Renata Cristina Obici.....765
"As bases jurídicas do direito portuário no Brasil"

Miriam Ramoniga.....784
Gestão com responsabilidade social: uma abordagem jurídica com base no princípio da função social da propriedade
Veronica Altef Barros.....806

DIREITO INTERNACIONAL E DIREITOS HUMANOS

A previdência social e a inobservância dos direitos humanos no Brasil
Ana Maria do Rosario Assis.....826
A caracterização do estado de exceção permanente e a ameaça aos direitos fundamentais
Daniel Gaio.....844
Cosmopolitismo, multiculturalismo e Cidadania local. Uma reação da sociedade civil local as disfunções da democracia representativa e o Estatuto da Cidade brasileiro
Eliana Perini.....861
Universalismo e relativismo cultural
Érica de Souza Pessanha Peixoto.....875
A proteção internacional dos direitos humanos e seus reflexos no âmbito do Mercosul: uma análise comparativa das legislações dos estados-membros
Fernanda de Paula Ferreira Moi, Charlene Maria C. de Ávila Plaza.....892
Superação de assimetrias no acesso à energia
João Eduardo de Alves Pereira.....911
A convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e a gênese da ação afirmativa no Brasil
Jorge Batista de Assis.....928
Aportes hermenêuticos gadamerianos sobre: o mistério do direito à saúde
Liton Lanes Pilau Sobrinho.....947
A noção contemporanea de cidadania como pré-compreensão para a materialização dos valores ético-juridicos fundamentais
Luzinara Scarpe Morgan.....963
Adoção de um mecanismo homeostático global como princípio fundamental da reverência pela vida
Maikon Cristiano Glasenapp, Ricardo Stanziola Vieira.....976
O acesso à justiça como um direito fundamental
Raimundo dos Reis Brandão.....993
A eficácia do direito à educação
Susana Bruno.....1007

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

A sociedade internacional e seu caminhar sentido ao comunitarismo
Adriano Moreira Gameiro.....1027

Soberania compartilhada em redes globais
Alcindo Fernandes Gonçalves, Carolina Gladyer Rabelo, Priscila Truviz Hottz Gambini.....1043
Apontamentos sobre a reforma do conselho de segurança das nações unidas
Antônio Celso Alves Pereira.....1061
Globalização, estado-nação e regimes supranacionais
Elve Miguel Cenci.....1080
ONGs internacionais: personalidade jurídica, autorização para funcionamento no Brasil e atuação no sistema das nações unidas
Gislaine Caresia.....1092
Comércio e atividade portuária sob a ótica da segurança internacional contemporânea
Joana Stelzer, Everton das Neves Gonçalves.....1112
A atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos no Brasil
Suelen Agum dos Reis.....1132
A Federação Brasileira e a posição do município no atual Parlamento do Mercosul
Thalita Lopes Motta, Maria da Fé Bezerra da Costa.....1152

DIREITOS HUMANOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Algumas questões decorrentes do princípio do devido processo legal tributário, inclusive, e ainda, sobre o depósito prévio recursal administrativo-fiscal
Alberto Nogueira Júnior.....1166
A efetividade dos direitos sociais na aplicação dos royalties do petróleo no âmbito nacional
Alessandra Fölzke Torronteguy, Carlos Henrique Bezerra Leite.....1180
O uso da democracia participativa como meio de fortalecimento da cidadania frente à crise do Estado
Daniela Richter, Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra, Sabrina Cassol.....1197
A legitimidade do orçamento participativo como instrumento de justiça social: as experiências de Porto Alegre e Belo Horizonte
Gilberto Antônio Magalhães, Leonardo de Almeida Oliveira, Tatiana Santos de Souza.....1217
Um decreto com força de lei
Gustavo Merçon, Gunther Araujo.....1235
Judicialização da política pública: controle judicial da execução orçamentária
Karla Marques Pamplona, Loiane Prado Verbicaro.....1247
Estado e sociedade civil organizada: notas sobre a evolução da relação entre o estado e os movimentos sociais
Leonardo Alves Corrêa, Marcele Fernandes Dias.....1267
Serviços públicos delegados, fonte de custeio e direitos fundamentais

Manoel Messias Peixinho.....1280
Liberdade e totalitarismo: os movimentos totalitários modernos e o estado de exceção como seu instrumento
Milton Carlos Rocha Mattedi.....1295
Gestão pública socioambiental e os novos direitos: uma análise da administração pública à luz da Constituição de 1988
Ricardo Stanziola Vieira, Rejane Esther Vieira.....1310
Federação e democracia: arranjos institucionais no Estado Federal
Samara Tavares Agapto das Neves, Renata Golmia Castro Junqueira, Rosangela Vecchia.....1331
Direitos humanos e multiculturalismo canadense: políticas públicas e interpretação constitucional como garantias do patrimônio cultural canadense
Volney Campos dos Santos.....1351

EFETIVIDADE E GARANTIA DO PROCESSO

Informação processual na internet e publicidade: novos ambientes para velhos princípios
Aires José Rover, Alexandre Golin Krammes.....1370
Ativismo judicial, moderação e o "minimalismo judicial" de Cass Sunstein
Cláudio Ladeira de Oliveira.....1384
O Art. 285-A do Código de Processo Civil: a sua constitucionalidade e os reflexos na efetividade processual
Cristiano Simão Miller.....1405
Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?
Delton R. S. Meirelles.....1425
A questão da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência e a atuação do Ministério Público Estadual na cidade de Campos dos Goytacazes/RJ
Leandro Causin Alves, Rodrigo de Almeida Amoy, Raquel Lemos Pinto.....1441
O princípio do contraditório e o inquérito policial
Margarida Maria Nunes de Abreu Gomes, Bernardo Barrozo Ribeiro, Ivna Mauro Cruz.....1461
O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo
Maria das Graças Verly Tardin.....1480
Efetividade e garantias do processo: direito de ação coletiva: aspectos destacados
Moacyr Motta da Silva.....1469
Teoria da argumentação jurídica – análise e crítica a caso concreto – princípios da proporcionalidade e da razoabilidade
Robson Zagre.....1516
As alterações do controle difuso de constitucionalidade e sua aproximação com o modelo concentrado
Rubens Beçak.....1535

ENSINO JURÍDICO E METODOLOGIA DA PESQUISA

Os artigos de jornais no ensino do direito constitucional
Alexandre de Castro, Rosane Michelli de Castro.....1546
Acesso à justiça e ensino jurídico
André Azeredo Carvalho.....1557
Direito e cientificidade: experiência cientifica aplicada na Uniflu-FDC, aos contextos aprendentes e interativos de auto-realização nos cursos de graduação, lato-sensu e mestrado. Tecnologias sócio-educativas por infovia
Auner Pereira Carneiro.....1577
Acesso à justiça: desvendando o caos e o voluntarismo dos estudantes de direito na defensoria pública na cidade do Rio de Janeiro
Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino.....1595
Jurisdição constitucional, poder e processo: uma proposta de metodologia de análise jurisprudencial
Fernanda Duarte, Rafael M. Iorio Filho, Bárbara Lupetti.....1614
A violência originária na teoria de *Justiça Como Eqüidade:* uma crítica a partir de Jacques
Julia Sichieri Moura.....1634
Construção de uma educação jurídica popular
Marcos A. de Oliveira Silva, Érica Maia C. Arruda.....1645
Contornos políticos, institucionais e epistemológicos da crise do ensino jurídico
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.....1662
Pensando o ensino do direito através de uma pesquisa: contribuições sob a perspectiva da sociologia jurídica
Roberto Fragale Filho, Felipe Dutra Asensi, Silvia Primila Garcia Raskovisch.....1674
Entre muros e janelas – barreiras para a produção de justiça em favelas do Rio de Janeiro
Rodolfo Noronha.....1695
Ensino jurídico: a ética na formação do advogado e no exercício da profissão
Samara Tavares Agapto das Neves, Edinilson Donisete Machado.....1715

OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO URBANÍSTICO

Operações urbanas consorciadas no estatuto da cidade
Ana Luísa Nogueira Moreira, Marinella Machado Araújo.....1729
Estudo de impacto de vizinhança: um instrumento para efetivação do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado
Cyntia da Silva Almeida Willemam.....1746
Desafios da empresa de telefonia em face da urbanização
Ezequias Losso, Marta Marília Tonin.....1765
Parceira público-privada como implementação do estatuto da cidade

Fabianne Manhães Maciel.....1781
Breves considerações e comparações do direito de superfície no estatuto da cidade e no Código Civil
Marizélia Peglow da Rosa.....1800
Direito à moradia em área urbana
Miriam Fontenelle.....1820
Ireito de propriedade e função social da propriedade: os desafios propostos pelo estatuto da cidade
Norma Sueli Padilha, Rosangela Vecchia.....1837
Regularização fundiária no estado democrático de direito
Paulo Fernando Duarte Ramos.....1853
O direito urbanístico e o plano diretor: as exigências basilares de ordenação da cidade
Ricardo César Pereira Lira, Deilton Ribeiro Brasil.....1871
Processo legislativo social a partir da esfera local
Ricardo Hermany, Danielle Soncini Bonella.....1883
Desafios legais e fáticos na efetividade da gestão urbana participativa: o plano diretor de Campos dos Goytacazes
Wagner de Oliveira Rodrigues.....1903
Entradas e bandeiras: o novo processo de colonização democrática a partir do imperativo constitucional de planejamento urbano
Wilson Madeira Filho, Luiz Cláudio Moreira Gomes.....1923

PROPRIEDADE INTELECTUAL NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A função econômica da propriedade industrial
Ademar Nitschke Júnior.....1942
A construção social dos direitos autorais: primeira parte
Allan Rocha de Souza.....1956
Propriedade intelectual em biotecnologia: o alcance da proteção jurídica dos materiais biológicos isolados da natureza
Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza, Fernanda de Paula Ferreira Moi, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega.....1977
Controles sociais extrínsecos do exercício de direitos de propriedade intelectual: antitruste como tutela de direitos fundamentais
João Marcelo de Lima Assafim.....1999
A proteção de plantas pelo direito de propriedade intelectual no Brasil, Estados Unidos e Europa
Kelly Lissandra Bruch, Fabíola Wust Zibetti.....2025
Inovação tecnológica: os interesses do investidor e do pesquisador-criador
Marco Antonio Lucas.....2041
O *software* instituto de direito autoral *sui generis*
Marcos Wachowicz.....2056
Do regime da propriedade intelectual e o empregado inventor
Maria Lucia de Barros Rodrigues.....2077

Proteção dos conhecimentos tradicionais da amazônia: entre direito de propriedade intelectual e saberes jurídicos locais
Nirson Medeiros da Silva Neto.....2092
Propriedade intelectual como instrumento de inovação e desenvolvimento tecnológico nos setores publico-privado
Nivaldo dos Santos, Viviane Romeiro.....2112
Biodiversidade e Propriedade intelectual: o caso da biopirataria
Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli, Andiara Roberta Silva.....2123
Direitos autorais e o uso público da música no contexto do direito civil constitucional
Sávio de Aguiar Soares.....2143

RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA DO DIREITO PRIVADO

Abandono afetivo nas novas ordens constitucional e civil: as conseqüências jurídicas no campo da responsabilização
Bianca Gabriela Cardoso Dias, Maria da Fé Bezerra da Costa.....2163
Reconstrução da Dogmática do Direito Privado
A aquisição da propriedade por interesse social: possibilidades e obstáculos
Daniel Gaio.....2177
A nova hermenêutica e constitucionalização: a revisão paradigmática do direito privado e a construção do estado democrático de direito
Fernanda Barbosa dos Santos, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho.....2189
A delimitação de competência do Supremo Tribunal Federal provocada pelo seu experimentalismo institucional após a emenda constitucional n° 45/2004
José Ribas Vieira, Deilton Ribeiro Brasil.....2203
Prescrição ambiental: estudo sobre o prazo prescricional nas ações civis de responsabilidade por dano ambiental
Marina Gontijo Viana, Marinella Machado Araújo.....2215
A função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia
Marizélia Peglow da Rosa.....2236
O Supremo Tribunal Federal na contramão da reconstrução da dogmática do direito privado
Tricia Schaidhauer Sangoi.....2255

TRANSFORMAÇÃO NO MUNDO DO TRABALHO

Jornada de trabalho como mecanismo de proteção ao salário
Anne Geraldi Pimentel.....2273
Direito do trabalho e globalização: análise dos aspectos descaracterizadores do paradigma clássico do direito laboral e suas relações
Flaviano Quaglioz.....2293

A flexibilização, a negociação e o contrato de trabalho
José Antônio Alves Neto.....2312
Os "empregados" dos domésticos na região dos Lagos
Leonardo Rabelo de Matos Silva, Daniele Ramos Marques da Cruz.....2330
Trabalhadoras na reestruturação produtiva do capital: qual direito?
Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, Carla Miranda.....2342
Legislação sindical e os desafios impostos pela terceirização
Rafael Almeida Jatahy Ferreira, Fernanda Andrade Almeida.....2361
O que a sociedade esconde? Uma análise acerca da percepção do trabalho na sociedade contemporânea
Sandra Regina Martini Vial, Daiana Brandt.....2379

VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE

O Estatuto do Idoso e o combate à violência: principais aspectos da parte penal
Caroline Fockink Ritt, Marli Marlene Moraes da Costa.....2397
A segurança no discurso dos direitos humanos no Brasil
Giuliano Cesar da Silva Tatagiba.....2417
A (in)validade da delação anônima
Marcella Cordeiro Orçai.....2437
Acesso á justiça e administração judicial da violência contra a mulher brasileira. Políticas de despenalização e de penalização
Maria Stella de Amorim.....2457
Disfarce e vigilância como estratégia judicial
Maurício Gonçalves Saliba.....2475
O processo de racionalização do direito no ocidente: perspectivas sobre a ação racional e a alteração dos tipos penais
Nadine Monteiro Borges.....2487
Violência nas relações de gênero sob a perspectiva da microfísica do poder
Renata Golmia Castro Junqueira.....2501
A justiça restaurativa como forma de fortalecimento da cidadania participativa frente à violência estrutural
Rosane Teresinha Carvalho Porto.....2519
The child love movement: um olhar crítico sobre o ativismo pedófilo
Suheyla Fonseca Misirli Verhoeven.....2540
A ineficacia da adoção da pena de morte na prevenção da criminalidade
Susana Bruno.....2560
O ato infracional visto sob a perspectiva educacional da doutrina da proteção integral
Suzéte da Silva Reis.....2581

A CONSTITUIÇÃO, SEGUNDO LASSALLE E HESSE

Alcindo Fernandes Gonçalves[*]

João Carlos Jarochinski Silva[**]

RESUMO

O artigo tem por objetivo discutir as diferentes concepções de Constituição, principalmente as que estão presentes na obra de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse. Nesse debate estará inserida a análise sobre o quanto a realidade do momento vivido pelo autor influencia a sua produção, pois além dos condicionantes presentes, a leitura de tais acontecimentos se mostra fundamental para que se consiga abstrair o que o pensador deseja transmitir.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria Constitucional; História do pensamento jurídico; Ferdinand Lassalle; Konrad Hesse.

RESUMEN

El artículo tiene por objetivo la discussión de las diferentes concepciones de Constitución, principalmente las que estan presentes en las obras de Ferdinand Lassalle y Konrad Hesse. En este debate estará inserida la análisis de lo quanto la realidade del momento vivído pelo autor influencia su producción, pues além de los condicionantes presentes, la lectura de tales acontecimientos se enseña fundamental para que se tenga la capacidad de abstraer lo que el pensador desea transmitir.

PALABRAS-CLAVE: Teoría Constitucional; Historia de lo pensamiento juridico; Ferdinand Lassalle; Konrad Hesse.

[*] Doutor em Ciência Política pela FFLCH-USP e Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNISANTOS.

[**] Mestrando em Direito pela UNISANTOS.

INTRODUÇÃO

A partir da Constituinte de 1988 ganha importância no cenário nacional o debate sobre o que deve ser uma Constituição, sobre qual o melhor modelo a ser adotado, qual deve ser sua função social. Nos anos 80, da maneira mais efetiva já vista em nossa sociedade, as pessoas realmente exerceram o importante papel de cidadãs, seja através dos movimentos pró-democracia ou de uma efetiva fiscalização da atividade legislativa, atentamente acompanhada pelos boletins radiofônicos e televisivos diários.

Este fenômeno gerado pela efetiva participação popular no processo de construção do texto constitucional já havia sido vivenciado em outras partes do mundo, como a Espanha, Portugal e, notadamente, a República Federal Alemã.

Na Alemanha dividida pós-segunda guerra, foi realizada uma interessantíssima experiência social e jurídica. Pela primeira vez a Constituição foi dotada de um efetivo poder normativo, ultrapassando a idéia de um pacto social ou de uma simples legislação definidora de regras e por esse motivo superior hierarquicamente, pois conferia a esse instituto a possibilidade de dirigir a sociedade e os meios políticos. Essa criação tornou-se o paradigma teórico para o grande jurista Konrad Hesse.

No Brasil o fenômeno ficou conhecido em 1988 pela célebre frase de Ulisses Guimarães, que a denominou como *A Constituição Cidadã*. Foi sem dúvida um texto normativo dirigente da nova vida política e democrática brasileira que marcava o fim de um período de regime militar.

Entretanto, após quase vinte anos da promulgação da *Magna Carta*, a esperança depositada nesse instrumento normativo vem cada vez mais sendo solapada pela inoperância e ineficácia de suas normas. Hoje, a despeito da completa perplexidade com os rumos tomados por nossa sociedade durante essas duas décadas, é inevitável fazer os seguintes questionamentos: Será que Ferdinand Lassalle estava correto? Será a Constituição um simples pedaço de papel?

Neste artigo propomos-nos a expor de maneira sintética as duas formulações teóricas, juntamente com as críticas que essas opõem as outras correntes, como a dos positivistas. Nele demonstraremos o quanto as interpretações estão relacionadas com a realidade que cerca os seus autores e o quanto a visão do que seja a base das mudanças sociais afeta sua formulações.

A CONCEPÇÃO DE FERDINAND LASSALLE

Ferdinand Lassalle, ao tratar da natureza das Constituições, inaugura uma corrente de pensamento que se costuma denominar de sociológica. Em sua conferência de 1863, que foi traduzida para o português como *A Essência da Constituição ou O que é Constituição*, o pensador coloca que a ordem jurídica pertence aos **Fatores Reais de Poder**, sendo estes o conjunto de forças que possuem atuação política, tendo a lei como base para conservar as instituições jurídicas.

Ao conceber a Constituição como um mero garantidor do *status quo* vigente, Lassalle demonstra que sua concepção de Estado é extremamente negativa. Este seria apenas um garantidor de certa dose de poder, liberdade e educação que seria inatingível aos indivíduos enquanto não organizassem, ao redor de um ser institucional capaz de garantir a unidade de seus membros, o convívio num todo moral respaldado por um Governo.

Não resta dúvida de que esse era o Estado que se apresentava para Lassalle no século XIX, atuante em favor do grande capital, isto é, que defendia os interesses dos detentores dos poder. Esta perspectiva também é colocada de forma semelhante por Marx, que, ao observar os Estado europeus de seu período, coloca que este seria o defensor dos detentores dos meios de produção. Só há a preocupação por parte dos que detêm o poder com a codificação formal do sistema político superior, e o aproveitamento de alguns de seus conteúdos menos perigosos, muitas vezes inseridos nas constituições dos quais se faz uso meramente retórico, como salienta García de Enterría (1985), ao comentar tal posição, considerada de esquerda, sobre o papel das Constituições.

Portanto, para Lassalle uma lei só poderá ser seguida se for condizente com os fatores reais de poder; caso contrário, seria apenas uma folha de papel, impossível de se colocar em prática, pois estaria em desacordo com a realidade vigente. A realidade, e o autor é um grande observador desta, é o fator determinante. Portanto, todas as nações do mundo possuem uma constituição real e efetiva, não necessitando da transcrição destes elementos para um papel.

O ato de se escrever é um mero estabelecimento documental. Disto advem a noção da Constituição como uma simples folha de papel, na qual estão contempladas

todas as instituições e princípios do governo vigente. Caso ocorra uma alteração dentro dos fatores reais de poder, automaticamente está alterada a constituição vigente.

Trata-se de uma visão impregnada por uma concepção de poder baseada apenas na força, tanto que o povo só participa desta nos momentos extremos, quando ocorrem ataques à liberdade individual. Neste caso haveria a obrigação do recurso ao uso da força, de fazer a revolução. Neste ponto reside outro ponto interessante da obra, pois nela se afirma que a revolução só altera as leis de Direito Público, pois as leis de Direito privado seriam imutáveis, advindas do Direito Natural. Apesar de sua sagacidade ao vislumbrar que a realidade determina o Direito, ele concebe uma fonte ao Direito Privado que está acima da realidade, seguindo o modelo liberal que ele tanto critica. Nesse aspecto ele não percebe a determinação histórica de todos os conceitos jurídicos. Nesse ponto, Marx consegue vislumbrar de maneira mais coerente a formação dos instrumentos jurídicos. Vejamos:

> Num certo ponto de seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações sociais de produção existentes, ou sua **expressão jurídica**, com as formas de propriedade no seio das quais elas estavam, até então, caladas. Formas de desenvolvimento das formas que produtivas que eram, essas relações tornam-se entraves. Então ocorre uma época de revolução social.[1]

Apesar da falha na idéia de uma origem diferente para o Direito Privado, não deixa de ser interessante a interpretação dada por Lassalle para aspectos típicos de direito público, como as Forças Armadas. Ele as define como uma força orgânica de poder de uma determinada sociedade, recorrendo para fazer essa análise mais uma vez à realidade em que vivia. Necessário se faz lembrar que na Alemanha de Lassalle as Forças Armadas não juravam à Constituição, mas sim prestavam juramento ao soberano, que acaba por se tornar o principal fator de poder, pois possuía a força do uso da violência. Nesse aspecto não há como discordar da coerência da análise de Lassalle, pois não há como se conceber força normativa para um elemento que não possui sequer instrumentos de defesa.

[1] MARX, Karl. *Contribuição à Critica da Economia Política. In DOSSE, François. A História,* pg. 251. Grifo nosso.

A Constituição real, que é o que lhe interessa, contemplaria as relações de poder militar, social, econômico, e de maneira menos intensa, a cultura do povo e consciência coletiva, na qual estão inseridos os interesses gerais da nação, o sentimento nacional, a integridade física do povo e de sua propriedade, bem como os desenvolvimentos técnicos nascidos no seio da sociedade civil. Esses seriam os elementos que obrigam a lei a ser o que ela é, isto é, um reflexo da realidade. Ele não concebe, e para sua realidade seria impossível pensar de maneira diferente, uma força própria na Constituição.

A interpretação de Lassalle é extremamente paradoxal. Talvez esse seja o motivo que explique a importância de sua obra até nossos dias, pois ele forneceu um clássico do pensamento constitucional que não reconhecia a importância do Direito como instrumento de organização social. Ele inclusive esvazia este. Ele nos ensina de forma negativa, exatamente o que não deveria ser a essência de uma Constituição, acabando por definir o Direito de uma maneira bem simples, mas nem por isso desinteressante. O Direito seria a institucionalização dos fatores reais de poder, pois lhes fornece a sanção conforme um ordenamento aceito. A conclusão a que se chega é que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim um mero reflexo das questões políticas.

OBJETOS DA CRÍTICA DE KONRAD HESSE

Ao criticar expressamente a teoria sociológica da Constituição em sua aula inaugural do ano de 1959 na Universidade Freiburg, na Alemanha Ocidental de então, Konrad Hesse aprofunda de tal maneira o debate que outras teorias acabam sendo alvos de sua reflexão.

Porém, ao iniciar sua explanação sobre a Força Normativa da Constituição, ele já faz menção aos conceitos formulados por Lassalle, dizendo que um eventual embate entre os fatores reais de poder e a Constituição não penderá exclusivamente em favor da primeira, desde que estejam presentes certos pressupostos realizáveis, que são os responsáveis pela força normativa.

Dentre esses pressupostos realizáveis está o fato desta Constituição possuir uma origem popular ou comunitária, ser uma expressão clara do pacto social e o de ser o postulado básico de auto-organização como fonte de legitimidade do poder.

Hesse acredita que a *Carta Magna* de uma nação possua uma vontade que a transforma numa força ativa, com disposição de orientar as diversas condutas, principalmente dos entes políticos, segundo a ordem nela estabelecida. Orientação esta que deve se fazer presente na consciência geral e na daqueles que detêm o poder, os responsáveis diretos pela ordem constitucional. Essa consciência é capaz de transformar a vontade de poder explorada por Lassalle numa **vontade de Constituição**.

Ao buscar, num primeiro momento, valorizar o aspecto jurídico, contrapondo-o ao social, colocando-o, inclusive, num plano superior, Hesse condena a visão que nega a constituição jurídica, capaz de criar uma ciência jurídica na ausência do direito. Isso geraria o paradoxo da existência de uma ciência do Direito que serve apenas para um exercício de reflexão sobre a realidade, do que está de acordo com a *realpolitik*, acabando por justificar as relações de poder dominantes, tornando-a mais próxima e coerente das outras ciências sociais, como a Sociologia ou a Ciência Política.

Ao discutir essa idéia de Direito criada por Lassalle, Konrad Hesse acaba também criticando a concepção de Constituição de Jellinek, pois este último vê na história das Constituições a demonstração de que as regras jurídicas não são capazes de controlar de maneira eficiente a divisão dos poderes políticos, já que estas possuem uma lógica própria, movendo-se conforme suas próprias leis. Portanto, esses regramentos seriam independentes das normas jurídicas.

Hesse afirma que não é possível fazer tal desvinculação e nem que as relações políticas possuam maior força que a normas jurídicas.

Outro autor que também tem sua concepção criticada por Konrad Hesse é Carl Schmitt, o homem que é mais conhecido, infelizmente, pela sua colaboração, inclusive teórica, para o Nazismo. Esquece-se a formulação do conceito político de Constituição, sendo esta, segundo tal teoria, uma decisão política fundamental. Ao desconstruir os argumentos que privilegiam o aspecto político das Cartas Constitucionais, ele acaba se opondo a Schmitt, pois esta visão permitiria a existência de regimes não providos de respaldo jurídico, político e social para a sua existência, como até certo ponto é correto pensar sobre o Nazismo.

Não é por menos que Schmitt faz elogios à constituição brasileira de 1824, pois esta foi, sem dúvida, a Constituição que melhor expressou a vontade daqueles que detinham o poder, na tentativa de formalizar este de acordo com as suas necessidades. Para Schmitt, o Estado não possui uma Constituição, ele é a própria Constituição.

Entretanto, ao não dissociar os aspectos políticos dos jurídicos, Hesse acaba também se opondo a Kelsen e sua teoria da norma pura, isto é, a norma vista vazia de conteúdo, sem qualquer expressão da força hegemônica e desprovida de pressupostos ideológicos, no qual o aspecto fundamental é somente a validade da construção da mesma. Segundo tal teoria, as normas não se aplicam por serem mais ou menos eficazes, mas por serem válidas do ponto de vista formal e lógico, aspecto esse que é o único responsável por privilegiar certas normas como superiores hierarquicamente às outras.

Assim, a ordem jurídica assim formulada é um conjunto que responde de maneira coerente e plena a todos os problemas que possa vir a encontrar, não por ser eficaz àquelas situações, mas por ser válida e aplicável por um poder judiciário provido de força.

Conclui-se que a norma fundamental não se confunde com a própria Constituição. Esta não se define pela sua matéria, acabando por ser apenas o conjunto de normas jurídicas que regem a produção do Direito. Isto lhe garantia a primazia hierárquica. Portanto, para vir a ser a lei fundamental de uma nação pela ótica kelseniana, a Constituição deve atuar através das normas infraconstitucionais.

Para os positivistas, a Constituição é um conceito formal e abstrato ao extremo, já que é apenas pura realidade estrutural de fato, sejam quais forem os valores materiais que expresse.

García de Enterría (1985) critica a teoria positivista, primeiro por crer que existe entre a norma, pensada de maneira fundamentalmente estática e racional, e a realidade em constante transformação e essencialmente irracional, uma tensão natural que não é possível eliminar. Segundo, por esta concepção não levar em conta aspectos essenciais da organização política como: a legitimidade do poder, a titularidade do poder, o exercício do poder e os limites do poder.

A CONCEPÇÃO DE HESSE

A partir desta breve interpretação das correntes de Lassalle e dos positivistas que percorrem a crítica de Hesse, podemos passar a análise dos pressupostos de sua própria formulação, na qual o eixo central se faz presente na relação epistemológica entre a ordenação e a realidade.

Porém, a relação epistemológica não será objeto de indagação por parte do autor, pelo simples fato dele acreditar que a discussão entre o *ser* e o *dever ser* não o levaria a qualquer avanço em suas reflexões, por não poderem ser a realidade e a norma separadas por qualquer motivo.

Portanto, pelo simples fato de a norma não possuir uma existência autônoma em face do mundo real, ela deve contemplar as condições sociais, econômicas, técnicas e as naturais para possuir eficácia. Ao contrário dos positivistas, na eficácia é compreendido o meio para que uma legislação possua força normativa, esta que capacita a Constituição Jurídica a ter um significado próprio.

A natureza das coisas é a força da essência e da eficácia da Constituição, pois é ela quem impulsiona, conduz e transforma essa vontade constitucional numa força ativa. Quanto mais o conteúdo de uma Constituição corresponder a essa natureza, mais segurança há de ter o desenvolvimento de sua força normativa.

Para isso faz-se necessária a discussão das possibilidades e dos limites da realização desta legislação dentro do contexto de que ela e a realidade estão inseridas de maneira interdependente. Somente as Constituições que resultam de lutas poderosas travadas ao acaso com a racionalidade necessária nesse momento são capazes de obter pleno desenvolvimento. Uma fórmula que explicaria isso é a de que a Constituição resulta da situação histórica vivida determinada, com os seus variados condicionantes, acrescida de razão jurídica.

Apesar de dar à Constituição uma existência própria, o teórico afirma que ela não pode ignorar a realidade, demonstrando nesse condicionante uma influência do pensamento de Lassalle, o autor ao qual ele, de certa maneira, tenta se contrapor. Essa adequação possibilita à Constituição uma força vital capaz de determinar as condicionantes históricas. Não que ela realize alguma: quem o faz são os homens, mas é capaz de impor tarefas, isto é, determinar as futuras regras e princípios a serem

seguidos. É a participação no cenário da vontade de Constituição que se associa de maneira tal a vontade de poder que elas não podem mais serem concebidas separadas, dissociadas.

É ela que configura e ordena os poderes do Estado por ela construídos; estabelece os limites do exercício do poder e o âmbito de liberdades e direitos fundamentais; estabelece os objetivos positivos e as prestações que o poder deve cumprir em benefício da comunidade. A Constituição transforma o poder em legítimo poder jurídico: o governo, muitas vezes arbitrário, dos homens deve ser substituído pelo governo das leis.

Quando o autor trabalha com o caso alemão ele destaca que "dentro do ordenamento federal, os direitos fundamentais criam um *padrão* constitucional unitário de direitos e princípios, que funda uma certa homogeneidade e que com esse efeito pertence aos fundamentos do nosso federalismo atual"[2].

Ela, a Constituição, definitivamente faz parte do Poder. A sua força normativa, isto é, a correlação entre o *ser* e o *dever ser* constitucional, leva-a a ultrapassar a realidade histórica.

Porém, como o próprio autor afirma, a realidade se modifica. O que faremos então com a Constituição? Por mais que possua poder suficiente para superar e se impor às condicionantes históricas, o texto acabará correspondendo a uma realidade diferente da prevista quando de sua criação. Porém, o autor não pensa numa Constituição extensa: para ele o texto deve possuir apenas alguns poucos princípios fundamentais. Assim ela facilmente será adaptada à mudança das condicionantes materiais e do estado de espírito da população.

Além disso, o autor se mostra contrário a muitas reformas, pois isso não possibilita que o texto consiga se estabelecer frente à realidade. Muitas reformas demonstram o desrespeito à vontade constitucional. Uma reforma só deve ocorrer quando ocorrerem casos extremos.

Nesse ponto ganha importância a interpretação, fundamental para a consolidação e preservação da força normativa, pois é ela quem possibilita que haja a contemplação dos novos condicionantes reais, mantendo o sentido da proposição normativa. O *telos* constitucional é permanente.

---

[2] HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales.* IN: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de Derecho Constitucional, pg. 92.

Esse poder de formar e modificar a realidade, relacionada com a idéia de inviolabilidade, fortalece o texto, garantindo sua permanência até que os pressupostos constitucionais não possam mais ser satisfeitos. Aí ocorre uma conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas em questões de poder, normalmente de natureza política.

Nisso residiriam os problemas das demais concepções, como a sociológica, a política e a positivista. Essas se assentam numa única estrutura, sem incorporar aspectos ou partes da estrutura contrária. Isso é válido como lógica para todo o texto constitucional. Por exemplo, jamais se pode pensar em direitos fundamentais se não existirem, em contrapartida, deveres.

Vale lembrar ainda que, além de uma Constituição pequena, que consagre mais vontades do que restrições, a Constituição de Hesse seria fruto de um comum acordo social, ressaltando a idéia de um pacto do qual todos fazem parte e por este motivo devem respeitar em todas as hipóteses a predominância da lei. Nesse sentido, não haveria espaço para o poder de rebelião que fora consagrado pelos pensadores liberais. É a consagração de um Estado que se pensa de bem-estar social.

Fica evidente que o pensador ora tratado é filho do século XX, pois sua interpretação se encaixa perfeitamente no modelo de Constituição dirigente que fora consagrada na República Federal Alemã em 1949. Ele já se depara com uma sociedade pós-segunda guerra, onde os Estados assumem um papel ativo frente à economia, pois tinham acabado de se conscientizar do fato de que eles possuíam responsabilidade frente ao que ocorria na realidade social e econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ambos os clássicos constitucionais contemplam afirmações filosóficas condizentes com os períodos vivenciados por seus autores. É impossível que Lassalle concebesse durante o século XIX uma idéia de Constituição Dirigente, principalmente na realidade dos reinos alemães que sempre beneficiavam as grandes empresas na busca de uma rápida adequação a competitividade do sistema capitalista.

Isto posto, esse era um homem que acreditava que a estrutura da sociedade era imposta pelos meios de produção, condicionando a superestrutura, isto é, o Estado e sua

legislação. Lassalle acredita naquilo que hoje costumamos denominar como concepção materialista da histórica, que vem justamente para contrapor-se à noção de que as idéias são prévias as realidades. O trecho a seguir explicita de maneira clara a crença do autor sobre o motor histórico:

> Ao contrário da filosofia alemã, que desce do céu para a terra, aqui é da terra que se sobe ao céu. Em outras palavras, não partimos do que os homens dizem, imaginam e representam, tampouco do que eles são nas palavras, no pensamento, na imaginação e na representação dos outros, para depois se chegar aos homens de carne e osso; mas partimos dos homens em sua atividade real, é a partir de seu processo de vida real que representamos também o desenvolvimento dos reflexos e das repercussões ideológicas desse processo vital. E mesmo as fantasmagorias existentes no cérebro humano são sublimações resultantes necessariamente do processo de sua vida material, que podemos constatar empiricamente e que repousa em bases materiais. Assim, a moral, a religião, a metafísica e todo o restante da ideologia, bem como as formas de consciência a eles correspondentes, perdem logo toda a aparência de autonomia. Não tem história, não tem desenvolvimento; ao contrário, são os homens que, desenvolvendo sua produção material e suas relações materiais, transformam, com a realidade que lhes é própria, seu pensamento e também os produtos do seu pensamento. Não é a consciência que determina a vida, mas sim a vida que determina a consciência.[3]

Já Konrad Hesse vivencia um outro período histórico, no qual aquele Estado, que servia apenas aos interesses do grande capital, e que foi o responsável direto pela maior catástrofe humana já vista, não existe mais. O Estado contemporâneo compreendeu que se ele não possuir uma posição ativa nas relações humanas e principalmente nas relações que envolvem o capital, os conflitos jamais se apaziguarão. Os instrumentos para atuar nessas relações são os direitos fundamentais, que segundo o próprio autor são aqueles que

> atuam legitimando, criando e mantendo consenso; garantem a liberdade individual e limitam o poder estatal, são importantes para os processos democráticos e do Estado de Direito, influem sobre todo o alcance do ordenamento jurídico em seu conjunto e satisfazem uma parte decisiva da função de integração, organização e direção jurídica da Constituição.[4]

---

[3] MARX, Karl – ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*, pg. 19 e 20.

[4] HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales.* IN: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de Derecho Constitucional, pg. 90.

Com essa realidade marcante e com o compartilhamento da visão histórica estabelecida por Hegel, baseada num idealismo-dialético, que defende que as pessoas não têm consciência do Espírito, da Ideologia, que motiva e determina as suas ações, sendo a história o estudo do conflito entre diferentes ideologias e sua atuação sobre os seres, não há como Hesse se contrapor à idéia de que a Constituição é um importante determinante da realidade vivida, principalmente quando dotada de certos pressupostos que lhe garantem a força normativa. A Constituição já não é uma folha de papel.

Porém, apesar das gritantes diferenças assinaladas em termos de realidade e de compreensão históricas, não há como negar que são duas concepções que, analisadas de maneira conjunta, fornecem ao interlocutor um cabedal teórico capaz de atender a toda e qualquer interpretação sobre o que é a essência de uma Constituição.

Assim como Weber complementa a análise de Marx sobre o capitalismo ao tentar demonstrar que a interpretação deste estava equivocada, Hesse garante o mesmo a Lassalle, dando a ele um importante papel na reflexão constitucional. Não resta dúvida de que, sem perspectivas como a sociológica, que vislumbram o Direito como uma construção histórica que reflete a realidade, não haveria como Hesse elaborar a teoria da força normativa da Constituição, algo que só consegue existir e possuir razão de ser quando adaptada ou adaptável a realidade presente.

O grande avanço de Hesse é aproveitar-se dessa formulação e acrescentar os condicionantes de validade, como a efetiva representação no corpo do texto da vontade popular. Assim como Hesse coloca que a Constituição não pode se assentar numa única estrutura, sem incorporar aspectos ou partes da estrutura contrária, ele faz o mesmo em seu texto, não expondo uma nova formulação sem incorporar os aspectos levantados anteriormente por Lassalle.

REFERÊNCIAS

BENDA, MAIHOVER, VOGEL, HESSE, HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

DOSSE, François. *A História*. Bauru (SP): EDUSC, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 17ª edição.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución Como Norma y El Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 3ª edição, 1985.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 4ª ed., 1998.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, José Afonsa da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 22ª edição.

WILSON, Edmund. *Rumo à Estação Finlândia*. São Paulo: Companhia das Letras, 8ª reimpressão, 1987.

ASPECTOS JURÍDICOS DO EMBRIÃO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Carolina Altoé Velasco*

RESUMO

Desde os primórdios da civilização humana, sempre houve questionamento acerca do início da vida e debate quanto à natureza da pessoa. Com o decorrer dos anos e em detrimento da concretização da idéia de que toda pessoa humana é dotada de dignidade – considerada como qualidade intrínseca – firmou-se entendimento de que a pessoa não poderia ser objeto de todo e qualquer tipo de experimentação em nome do desenvolvimento e de pesquisas tecnológicas. É justamente nesse contexto que o presente artigo se desenvolve. São discutidos alguns casos, dentre eles, qual seria o questionamento mais adequado a se empregar no que diz respeito ao início da vida humana; a partir de que momento essa pessoa passa a ter direito à proteção jurídica; a dúvida quanto à permissão para pesquisa com célula-tronco embrionária; qual seria a melhor destinação a ser dada a esses embriões, dentre outros. Por envolver aspectos religiosos, científicos, filosóficos e jurídicos, dois fundamentos foram empregados a fim de alicerçar as afirmações que são feitas – o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade.

PALAVRAS-CHAVES: EMBRIÃO HUMANO, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LEI DE BIOSSEGURANÇA, FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*, CÉLULA-TRONCO.

ABSTRACT

Since the beginning of human civilization, there has been a lot of questioning about the start of life and discussion on the nature of the human being. Along the years and at the expense of the concept that every person has got dignity – regarded as an intrinsic characteristic – it was understood that the individual cannot be subject to any sort of experimentation in the name of development and technological research. This article approaches this exact issue. It presents some cases such as the most adequate questioning about the beginning of human life; from what moment this person has the right to the protection of the law; the doubt about the permission of performing research with trunk-cells from embryos; what should be done to these embryos, and so on. Because this discussion involves religious, scientific, philosophical and juridical aspects, we grounded our claims on two bases – the principle of human dignity and the principle of solidarity.

* Mestranda em Relações Privadas e Constituição pela FDC. Bolsista da CAPES. Integrante dos Grupos de Pesquisa de Direito Privado e de Direito de Família da FDC.

KEYWORDS: HUMAN EMBRYO, PRINCIPLE THE HUMAN DIGNITY, LAW OF BIOSSEGURANÇA, FERTILIZATION IN VITRO, TRUNK-CELLS.

INTRODUÇÃO

Antes da efetiva exposição acerca do tema proposto, convida-se o leitor a fazer uma pequena reflexão, proporcionada por Carlos Drummond de Andrade, intitulada “O Novo Homem”:

> O Homem será feito
> em laboratório.
> Será tão perfeito
> como no antigório.
> Rirá como gente,
> beberá cerveja
> deliciadamente. [...]
> Ganhará dinheiro
> e muitos diplomas,
> fino cavalheiro
> em noventa idiomas.
> Chegará em Marte
> em seu cavalinho
> de ir a toda parte
> mesmo sem caminho.
> O homem será feito
> em laboratório,
> muito mais perfeito
> do que no antigório.
> Dispensa-se amor,
> ternura ou desejo.
> Seja como for
> (até num bocejo)
> salta da retorta
> um senhor garoto.
> Vai abrindo a porta
> com riso maroto:
> “Nove meses, eu?
> Nem nove minutos.”
> Quem já conheceu
> melhores produtos?
> A dor não preside
> sua gestação.
> Nele, tudo exato,
> medido, bem-posto:

o justo formato,
o *standard* do rosto.
Duzentos modelos,
todos atraentes.
(Escolher, ao vê-los,
nossos descendentes.)
Quer um sábio? Peça.
Ministro? Encomende.
Uma ficha impressa
a todos atende.
Perdão: acabou-se
a época dos pais. [...]
Pai: macromolécula;
mãe: tubo de ensaio
e, *per omnia secula*,
livre, papagaio,
sem memória e sexo,
feliz, por que não?
pois rompeu o nexo
da velha Criação,
eis que o homem feito
em laboratório
sem qualquer defeito
como no antigório,
acabou com o Homem.
Bem feito.

É impressionante a contemporaneidade da poesia. Tem-se notícia de que foi veiculada no Jornal do Brasil em 17 de dezembro de 1967. Importante mencionar que, naquela época, não havia conhecimento sobre o tema como hoje se tem – e que ainda está longe de ser suficiente para o julgamento de algumas decisões – mas não ficaram de fora do julgamento de Drummond.[1] Portanto, apenas em 05 de julho de 1978 houve o nascimento do primeiro "bebê de proveta" do mundo, Louise Joy Brown.

Hoje, no ano de 2007, ainda se discute o início da vida humana.[2] Por conseguinte, tem-se idéia de que o verdadeiro questionamento deveria ser o seguinte: quando essa vida passa a ser considerada pessoa humana e, por conseqüência, passa a ter direito à proteção jurídica?

---

[1] ANDRADE, Carlos Drummond de. *O Novo Homem*. Disponível em http://www.algumapoesia.com.br/drummond/drummond17.htm. Acesso em: 03 maio 2007.
[2] ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. Quando começa a vida? *Veja*, São Paulo:Abril, ano 40, nº 16, p. 54-57, abril 2007.

Trata-se de tema tormentoso, justamente por envolver convicções morais, religiosas, científicas, filosóficas e jurídicas. De fato, o debate envolve alguns direitos, de onde se extrai a dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade e o direito de crença, como principais para essa análise.

O questionamento sempre houve, mas toda a discussão veio ressurgiu com a Lei 11.105/2005 e com a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta, por Claudio Fonteles, Procurador-geral da República à época. Segundo Heloisa Helena Barboza[3], *"o embrião humano, criado em laboratório, não só reacendeu o debate em torno do início da vida, como gerou outras tormentosas indagações éticas"*. A partir de então, inicia-se a análise desses diversos aspectos.

EMBRIÃO E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Lei 11.105/2005 – Lei de Biossegurança – permite, em seu artigo 5º, a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não foram transferidos para o organismo materno, atendidas algumas condições[4]. Essa técnica, chamada de fertilização *in vitro*, também conhecida por fecundação artificial, é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal ou a dificuldade de gerar, pelo método natural, descendentes. Embora utilizada para denominar a mesma

[3] BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 528.

[4] Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

técnica, a expressão *fecundação artificial* é criticada por Fernando Santosuosso[5], na medida em que:

> A fecundação, fenômeno fundamental da reprodução, consiste na compenetração de dois gametas de sexo diverso, para dar lugar a uma indivisibilidade monocelular suscetível de desenvolvimento ulterior. A intervenção do homem não torna a fecundação artificial, já que não é possível determinar diretamente o encontro dos gametas, limitando-se a participação humana a favorecê-lo.

Outro problema terminológico aponta-se na utilização indiscriminada do vocábulo *embrião*. Desta vez, Herman Nys[6], assevera que:

> Antes da implantação, o óvulo fecundado chama-se "zigoto". O embrião é a entidade em desenvolvimento a partir da implantação no útero, até oito semanas após a fecundação; a partir da nona semana começa a ser denominado feto, tendo essa designação até nascer. Portanto, a rigor, até os primeiros quatorze dias após a fertilização, temos o zigoto, denominado na legislação espanhola "pré-embrião", designação que causa controvérsia por induzir uma diminuição da condição humana da entidade em desenvolvimento.

Na prática, retiram-se diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente, evitando-se a necessidade de submeter a paciente a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião. Para o sucesso da técnica e bem-estar psicofísico da paciente – tendo como referência a evolução da medicina em nosso país – ainda se faz necessária a coleta de óvulo em número superior a um, pois quanto maior o número de embriões formados e transferidos, maior será a probabilidade de sucesso. Quanto a esse fato, a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, considerou que o número ideal de pré-embriões a serem transferidos não deve ser superior a quatro (inciso I, 6). Outrossim, com a evolução das pesquisas esse número de embriões transferidos diminuirá, sem comprometer a técnica. Tanto é verdade que contemporaneamente, recomenda-se – aqui no Brasil – a transferência de dois embriões.

Foi noticiado no mês passado que a Inglaterra restringirá fertilizações com mais de um embrião. A entidade que regulamenta as fertilizações naquele país, a Autoridade de Fertilização e Embriologia Humana (HFEA), anunciará uma série de restrições e normas para que os médicos e cientistas tentem reduzir, ao máximo, o número de gestações múltiplas em fertilizações *in vitro*. Isso em decorrência do medo –

---

[5] SANTOSUOSSO, Fernando. In: BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 73.
[6] NYS, Herman. In: BARBOZA, Heloisa Helena. *O estatuto ético do embrião humano.* p. 537.

por parte das gestantes – que o nascimento de múltiplas crianças coloque a vida destas e daquelas em risco. E esse temor todo se originou em virtude da implantação de – para nós, *apenas* – dois embriões (essa é a prática que se tem atualmente na Inglaterra). A essa série de medidas deu-se o nome de *transferência de um único embrião*[7]:

> O órgão irá ainda anunciar uma série de medidas, denominadas "transferência de um único embrião", para que cada mulher passe a receber apenas um embrião. As novas regras não valerão para uma minoria, incluindo mulheres idosas, cujas condições médicas exigem no mínimo dois embriões para que haja a realística chance da gravidez. Contudo, não é consenso que as novas medidas serão bem-vindas. Algumas mulheres que engravidaram através de fertilização *in vitro* criticam as novas normas propostas pelo órgão, porque reduzem as chances da gravidez.

Aqui no Brasil, no entanto, para limitar os riscos da gravidez múltipla, a recomendação é de que seja feita a transferência de apenas dois embriões, sendo comum que se chegue a três. [8]

A grande problematização é a que tange aos embriões excedentários. Antes de adentrar na discussão, importante é a observação de Jayme Landman[9] sobre a crioconservação dos embriões:

> Embora reconheça ser o congelamento de embriões um complemento eficaz da fertilização *in vitro*, já que permite a escolha do oportuno tempo da transferência, bem como novas tentativas se frustrada a primeira, observa que existem dois problemas: o primeiro, o risco para o embrião, não pelo congelamento, mas pela manipulação térmica; o segundo, ético-legal, em face da possibilidade de manter o embrião vivo indefinidamente, mesmo fora do organismo materno e como ser autônomo passível de sobrevida ou de destruição.

Assim, volta-se ao questionamento proposto por Cláudio Fonteles na ADIn 3.510. Será que efetivamente a *vida humana* acontece na, e a partir da fecundação? Sustenta ainda, em suas reflexões, que o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005 desrespeita a inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

De acordo com o grupo de trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências, composto por Marcos Antonio Zago, Mayana Zatz e Antonio Carlos Campos de Carvalho[10], chegou-se à seguinte conclusão:

---

[7] INGLATERRA restringirá fertilizações com mais de um embrião. Disponível em http://www.ghente.org. Acesso em: 03 maio 2007.

[8] BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 674.

[9] BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. p. 78-79.

> "Vida" propriamente não se interrompe nem se inicia, mas trata-se de um processo contínuo. São células vivas de dois indivíduos que se fundem para formar uma nova célula viva que dá origem a todo o organismo adulto. Todas as células desse organismo adulto vão eventualmente morrer e, somente algumas células germinativas poderão sobreviver, justamente após se fundirem com células germinativas de um indivíduo do sexo oposto para formar nova célula ovo que se desenvolverá em um indivíduo adulto. Não há, pois, do ponto de vista biológico, "início" de vida, mas continuidade de uma a outra geração.

Segundo esse grupo de trabalho, determinar que o momento inicial da vida do indivíduo é o da fecundação é tão arbitrário quanto definir em qualquer outro ponto. Sendo assim, infere-se que *vida* existe e sempre existiu. A questão que viria a lume pelos juristas seria quando considerar a existência de vida humana para conferir efetiva proteção.

O grupo de trabalho é uníssono em afirmar que o *início do desenvolvimento embrionário* ocorre com a fecundação. Segundo os professores, esse conjunto de células está muito distante de compreender qualquer atividade cerebral que caracteriza os animais evoluídos. A característica mais importante – desse conjunto de células – é a de poder, em condições apropriadas, dar origem a todos os diferentes tecidos que compõem o organismo adulto. Daí a importância em se permitir a utilização de embriões excedentários nas pesquisas – entendam-se aqui os embriões congelados há mais de três anos; os inviáveis; a anuência dos genitores; o fato dos projetos serem condicionados a apreciação e aprovação dos comitês de ética e pesquisa e, por fim, a vedação à comercialização de material biológico. Pertinente falar, nesse ponto, das pesquisas com células-tronco embrionárias, onde as mesmas possuem uma *pluripotencialidade*[11] que é inconteste – segundo o grupo de trabalho – e aceita por todos os cientistas que trabalham na área.

---

[10] ZAGO, Marcos Antonio; ZATZ, Mayana; CARVALHO, Antonio Carlos Campos de. *A propósito da Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei que autoriza a pesquisa em células-tronco embrionárias.* Disponível em: http://www.ghente.org. Acesso em 03 maio 2007.

[11] Na biologia celular, a definição de pluripotência é utilizada para se referir a uma célula-tronco que possui potencial de se diferenciar em qualquer uma das três camadas germinativas, quais sejam, endoderma (que origina o trato gastrointestinal e os pulmões), mesoderma (origina os músculos, ossos, sangue e sistema urogenital) e ectoderma (origina os tecidos epidermais e sistema nervoso). Desta forma, essas células-tronco podem chegar a se especializar em qualquer tecido corporal. Importante mencionar que, na medida em que as células-tronco do blastocisto se multiplicam, é perdida essa capacidade de formação de qualquer tecido.

Devido a essas pesquisas, surge uma preocupação que assola a tranqüilidade de todos. O grande temor é que se venha a ter um processo de instrumentalização do embrião. Nesse sentido, Heloisa Helena Barboza[12] aduz que:

> A instrumentalização do embrião, em afronta à dignidade humana, e a sua destruição, a significar a exterminação da vida, ainda que em seu estágio inicial, transformam-se em obstáculos ao avanço ilimitado e incontrolado das pesquisas, na medida em que investem contra valores intangíveis.

Na Espanha[13], certa pesquisa demonstrou que cerca de cinqüenta por cento (50%) dos casais que se submeteram à fertilização *in vitro* optaram por doar os embriões excedentes para pesquisa com células-tronco. De acordo com os autores do relatório, a chave para a decisão dos casais foi uma explicação clara das opções para a *destinação dos embriões*. Dessa forma, o resultado da pesquisa apresentou-se da seguinte forma:

> No estudo, os casais receberam quatro opções de destinação para os embriões sobressalentes. 49% dos casais optaram por fazer a doação para pesquisas com células-tronco; 44% decidiram mantê-los em estoque, para possível uso futuro; 7% optaram por doá-los a outros casais, e menos de 1% decidem destruí-los.

Segundo entendimento de Luís Roberto Barroso[14], *"o reconhecimento de uma linha divisória moralmente significativa entre óvulo fertilizado e pessoa humana é uma das grandes questões do debate ético contemporâneo"*. Com relação às teorias defendidas no plano teórico acerca do início da vida humana, é possível enunciar as seguintes (sem a pretensão de exaurimento): *(i)* a vida tem início com a fecundação; *(ii)* com a nidação; *(iii)* quando o feto passa a ter condições de existir sem a mãe (entre a 24ª e a 26ª semanas de gestação); *(iv)* quando há a formação do sistema nervoso central. Com isso, pretende-se demonstrar a existência do que a filosofia denomina de *desacordo moral razoável*[15] – que nada mais é do que a ausência de consenso entre posições racionalmente defensáveis. Chega-se a um ponto crucial no presente estudo, pois se constata a existência de um senso moral individual cercado de outras concepções particulares. Cite-se, mais uma vez Luís Roberto Barroso[16]:

> Não se trata de pregar [...] um relativismo moral, mas de reconhecer a inadequação do dogmatismo onde a vida democrática exige pluralismo e

---

[12] BARBOZA, Heloisa Helena. *O estatuto ético do embrião humano*.*Op. cit.* p. 528.
[13] CERCA de 50% dos casais aceitam doar embriões para pesquisa. Disponível em: http://www.estadao.com.br/ciencia/noticias/2007/abr/26/251.htm. Acesso em: 03 maio 2007.
[14] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 676.
[15] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 676.
[16] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 677.

> diversidade. Em situações como essa, o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas.

É esse o ponto ao qual se deseja chegar. A Lei de Biossegurança traz, no parágrafo primeiro do artigo 5º, o *consentimento dos genitores*, seja para permitir a pesquisa com embriões inviáveis ou com embriões congelados há três anos ou mais. Portanto, com a leitura do dispositivo, conclui-se que está assegurado o direito de cada indivíduo decidir – com as opções expressamente permitidas na lei – o fato de acordo com seus valores pessoais. E, vivendo num Estado Democrático de Direito, o mesmo deve assegurar que a autonomia privada de seus cidadãos seja cumprida – sempre tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no entender de Flávia Piovesan[17], é o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos e garantias fundamentais.

Já no preâmbulo da Constituição de 1988, verificamos a construção desse Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, *a liberdade*, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, *a igualdade* e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, *pluralista* e sem preconceitos.

É nesse cenário que a Lei de Biossegurança tenta fincar bases de justiça, segurança jurídica e bem-estar social.

Façamos uma análise para justificar nosso entendimento de que inexiste violação à dignidade da pessoa humana – no que tange à permissão de pesquisa com células-tronco embrionárias. De acordo com Luís Roberto Barroso[18]:

> O argumento contrário à utilização de células-tronco em pesquisas e tratamentos médicos é alimentado, no mais das vezes, por um *sentimento religioso*. Funda-se ele no pressuposto de que a vida teria início com a fecundação, fazendo a equiparação entre embrião e pessoa humana. Como conseqüência, sua destruição para a realização de pesquisas e para o tratamento de outras pessoas representaria uma violação da vida. (Sem grifos no original).

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, há a garantia do direito à vida, sendo a mesma considerada inviolável. O

[17] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana.* Revista do Advogado, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, ano 23, nº 70, p. 34-42, julho/2003.
[18] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 688.

Código Civil de 2002, por sua vez, trouxe expresso no artigo 2º que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida (noção de *capacidade*); mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do *nascituro* – invocando aqui a idéia de *personalidade*. Examinando o dispositivo, chega-se à conclusão que *nascituro*[19] é o ser humano que já foi concebido e que irá nascer. Importante ressaltar que o embrião humano apenas será considerado nascituro se estiver implantado no útero. Assim, segundo Heloisa Helena Barboza[20], o nascituro possui personalidade – qualidade inerente à condição de ser humano – reconhecida desde a concepção. Porém, sua capacidade jurídica está condicionada ao nascimento com vida.

É nesse sentido que se traz a conclusão de Luís Roberto Barroso[21], onde:

> O embrião resultante da fertilização *in vitro*, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um *nascituro*, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal.

É nítida a constatação de que nosso Código Civil vigente contém apenas dispositivos aplicáveis ao nascituro, entendido como ser concebido e já implantado no organismo feminino – ou seja, em gestação. Infere-se que a norma compilada não traduz a realidade social. Enquanto a medicina expõe todos os avanços alcançados com pesquisas, o direito não acompanha os acontecimentos com a mesma velocidade. Com freqüência, a regulamentação de novas situações jurídicas é enfrentada pela ética médica através de suas comissões éticas, por exemplo.

Em última análise, após essa breve reflexão proposta, julga-se pertinente demonstrar o entendimento que se construiu acerca do tema. Levando em consideração que, em particular juízo, a vida humana necessita de proteção jurídica a partir do décimo quarto dia após a fecundação, faça-se uma correlação com a morte encefálica.

Segundo a legislação vigente em nosso país, o término da vida se dá com a morte encefálica. Assim, o que a caracteriza é a extinção da atividade cerebral (ou seja, pela paralisação das funções cerebrais). Portanto, infere-se que, se o conceito de morte –

---

[19] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986. De acordo com o dicionário, por *nascituro* entende-se: 1. Que há de nascer. 2. Aquele que há de nascer. 3. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.

[20] BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. p. 83.

[21] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 690.

hodiernamente – é aceito como aquele onde se verifica a ausência de atividade cerebral, a *contrario sensu*, pode-se considerar o início da vida humana quando da formação do sistema nervoso. Essa é uma corrente de que tem crescido de forma grandiosa, no mundo inteiro.

E assim, para corroborar tal pensamento, cite-se o Luís Roberto Barroso[22]:

> Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso pára de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada "placa neural".

Importante mencionar que o conceito de *morte*[23] que se tem contemporaneamente não é o mesmo que se tinha há anos:

> Até meados do século passado, a medicina informava que a morte acontecia quando uma pessoa parava de respirar ou quando seu coração parava de bater. Hoje, com os avanços científicos, a medicina criou o conceito de "morte encefálica", assim definido o momento em que o cérebro deixa de funcionar. Sob o novo conceito, a morte pode ser decretada quando o coração ainda bate – e, assim, pragmaticamente, é possível retirar os órgãos para fins de transplante. Diante disso, se a vida acaba quando o cérebro pára, é lícito supor que ela só começa quando o cérebro se forma.

Uma preocupação levantada por Heloisa Helena Barboza[24] diz respeito à conceituação jurídica desse ser – embrião (entendido aqui no sentido amplo). Segundo ela, sendo certo que o concebido não é *coisa*, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer *indefinidamente* como uma potencialidade. Assim, em seu entendimento:

> No momento, parece que o mais razoável, à luz da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma 'tutela particular', desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado.[25]

Desta forma, o receio em se instrumentalizar o embrião deve ser afastado, pois a Lei de Biossegurança permite – repise-se esse ponto – para fins de pesquisa e terapia, apenas a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por *fertilização in vitro*. Logo, não há previsão, na legislação

---

[22] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 691-692.
[23] ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. Quando começa a vida? *Veja*, São Paulo:Abril, ano 40, nº 16, p. 54-57, abril 2007. A corrente que defende o início da vida humana a partir do 14º dia após a fecundação tem se tornado expressiva, sendo bem vista pelos especialistas em neurociência. Para eles, a vida humana tem início com a formação das primeiras terminações nervosas.
[24] BARBOZA, Heloisa Helena. In: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 692.
[25] BARBOZA, Heloisa Helena. In: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. p. 692-693.

pátria, de utilização de células-tronco extraídas de embriões produzidos exclusivamente para servir de meios para pesquisa. Serão utilizados apenas os que se encaixarem nas condições previstas no artigo 5º da supracitada lei. Conseqüentemente se mostra patente a finalidade da crioconservação, qual seja, uma nova implantação caso haja insucesso na anterior.

À luz de tais apontamentos, o impedimento da realização dessas pesquisas deixa de propiciar a vida e saúde de outras pessoas. Retira-se, assim, de pacientes que sofrem de doenças degenerativas, uma esperança, ainda que mínima, de sucesso nas pesquisas e tratamentos com células-tronco. Um trecho documentado do que ocorreu na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal é suficiente para expressar a importância da realização dessas pesquisas:

> A pró-reitora de Pesquisa da USP, Mayana Zatz, apresentou em telão imagens de pacientes de doenças degenerativas, muitos deles crianças com prognósticos de dor e sofrimento. O mesmo recurso foi usado pelo próprio Voltarelli, que, ao concluir sua intervenção, mostrou foto com seus pacientes: "Vocês discutirão à exaustão o que é vida. Eu garanto a vocês que esses pacientes são vivos." "Por que preservar um embrião congelado e sem viabilidade, mesmo sabendo que a probabilidade de ele gerar um ser humano é praticamente zero?", perguntou Zatz. [26]

Finalmente, invocando o princípio da solidariedade, entende-se cabível uma analogia quanto à doação de órgãos para transplante e a permissão de utilização de embriões para pesquisa científica. Em ambos os casos, os envolvidos desejam a produção de um bem maior, qual seja, permitir *real* qualidade de vida aos beneficiados e a efetividade da dignidade humana. Maria Celina Bodin de Moraes[27] explicita muito bem essa preocupação quando assevera que:

> Do ponto de vista jurídico, [...], a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da "igual dignidade social". O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos [...].

A *solidariedade*, entendida como princípio geral, segundo entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, teve uma expressiva significação após as trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Guerra Mundial. Após esses acontecimentos, viu-se uma grande necessidade em se tutelar os direitos coletivos, já

---

[26] CAPRIGLIONE, Laura. *STF assiste a disputa ideológica pela "vida" em audiência pública.* Disponível em: http://www.ghente.org. Acesso em 03 maio 2007.

[27] MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade.* Disponível em: http://www.idcivil.com.br. Acesso em 03 maio 2007.

que o valor fundamental havia deixado de ser a vontade individual, emergindo a dignidade da pessoa humana como vértice do ordenamento.

É nesse contexto que a solidariedade se afirma como valor, onde interesses comuns, decorrentes desse novo fato social, evidenciam a importância em pensar no indivíduo inserto numa sociedade, e não num mero conglomerado de pessoas.

Por sociedade tem-se a idéia de pessoas que compartilham propósitos e que são capazes de interagir para alcançar um objetivo maior, deixando do lado de fora dessa relação suas diferenças.

É justamente nesse ponto que a solidariedade está sendo utilizada como fundamento para a consentir – nos limites que a lei estabelecer – a pesquisa com células-tronco embrionárias. Porém, defende-se o estudo levando-se em consideração que jamais haverá, nesse caso, a instrumentalização da vida humana, o que seria inadmissível.

Maria Celina Bodin de Moraes[28], citando Pietro Perlingieri, informa que *"o direito é justamente isso, uma força de transformação da realidade"*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tecidos esses comentários, infere-se que o esclarecimento da sociedade, sobre as diversas facetas do tema, é fator preponderante para que todos possam se conscientizar da importância em se permitir a pesquisa com células-tronco embrionárias – entendam-se aqui as que se encaixam nos requisitos citados no artigo. Desta forma, como exposto anteriormente, a informação foi essencial para que casais espanhóis – submetidos à fertilização *in vitro* – pudessem escolher o destino daqueles embriões.

Por conseguinte, o valor solidariedade e a dignidade da pessoa humana tornam-se sustentáculos do que se defende neste estudo. O indivíduo não pode viver solitário em sociedade, mas sim coexistir com os demais semelhantes. Percebe-se que o ser humano não é uma totalidade em si mesmo, mas torna-se totalidade quando interage com outros.

[28] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 05.

Não se deve pensar coletivamente apenas quando se fala em destruição do planeta, escassez de água potável e esgotamento de recursos naturais. Deve-se, sim, pensar em proporcionar o bem e até mesmo – quando for possível – uma sobrevivência mais digna ao outro. E essa é exatamente a hipótese dos casais que possuem material genético – embriões – crioconservado e que não têm a pretensão de se submeter a uma nova gravidez.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. *O Novo Homem*. Disponível em http://www.algumapoesia.com.br/drummond/drummond17.htm

BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CAPRIGLIONE, Laura. *STF assiste a disputa ideológica pela "vida" em audiência pública.* Disponível em: http://www.ghente.org

CERCA de 50% dos casais aceitam doar embriões para pesquisa. Disponível em: http://www. estadao.com.br/ciencia/noticias/2007/abr/26/251.htm

ESCOSTEGUY, Diego; BRITO, Ricardo. Quando começa a vida? *Veja*, São Paulo:Abril, ano 40, nº 16, p. 54-57, abril 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1986.

INGLATERRA restringirá fertilizações com mais de um embrião. Disponível em http://www.ghente.org

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade.* Disponível em: http://www.idcivil.com.br

MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana.* Revista do Advogado, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, ano 23, nº 70, p. 34-42, julho/2003.

SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Coords). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ZAGO, Marcos Antonio; ZATZ, Mayana; CARVALHO, Antonio Carlos Campos de. *A propósito da Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei que autoriza a pesquisa em células-tronco embrionárias.* Disponível em: http://www.ghente.org

DECISÃO JUDICIAL SOBRE DIREITOS SOCIAIS: IGUALDADE MATERIAL COMO LIMITE

Edinilson Donisete Machado[*]

Samara Tavares Agapto das Neves[**]

RESUMO

As decisões Judiciais nos casos difíceis possuem enfoques diferentes para sua resolução, quer no positivismo quer no pós-positivismo, em ambas há grande dificuldade para a delimitação da chamada discricionariedade judicial que, em síntese, seria a limitação da subjetividade judicial. Na doutrina Kelsiana, que melhor expressou o pensamento positivista, a ordem jurídica é completa e, por esta razão, não há como se falar em lacunas, posto que o julgador buscará e encontrará no sistema a resposta à decisão no caso concreto. Com Bobbio, tem-se que há unidade e coerência no ordenamento e também não aceita lacunas no ordenamento, promovendo a estruturação de um método de resolução dos conflitos dentro do mesmo, ou seja: "(1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem para seu exame; (2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema", sendo admitido, contudo, que ambas as doutrinas partem do Direito Legislado, separando conseqüentemente o Direito de quaisquer inserções morais, que não a da norma regrada. Na doutrina que se convencionou chamar de pós-positivismo, que entre nós, foi inserida pela doutrina de Paulo Bonavides, vamos encontrar um enfoque mais amplo para a resolução dos conflitos, onde há a inserção dos princípios como normas, que a partir de expoentes, conforme Ronald Dworkin, ganhou força e se consolidou da segunda metade do século passado em diante, como um retorno às pautas da filosofia e da política na resolução dos conflitos, partindo da idéia de que há uma menor discricionariedade judicial, quando abrimos o espaço de decisão a pautas principiológicas, que passam, a partir de então, a ser normas e, portanto, tem aplicação cogente. Nesse sentido constata-se que as decisões políticas fundamentais, nas escolhas de políticas públicas, sistematicamente vêm sendo substituídas por decisões judiciais, ao arrimo dos fundamentos principiológicos contidos na Constituição.O presente trabalho pretende promover a aproximação do papel da função jurisdicional e a decisão judicial no contexto democrático, bem como analisar o sistema, como forma de contenção à discricionariedade. Verificar-se-á, também, a função do princípio da igualdade e o papel do Judiciário na decisão judicial em casos difíceis de políticas públicas.

[*] Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e do Centro Universitário Toledo – UNITOLEDO/Araçatuba, pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais; O Processo na Dimensão Constitucional e Teoria dos Direitos Fundamentais.

[**] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais.
Orientadora: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha.

PALAVRAS-CHAVES: DECISÃO JUDICIAL; DIREITOS SOCIAIS; POLÍTICA PÚBLICA; IGUALDADE MATERIAL.

ABSTRACT

The judicial decisions of hard cases have different focuses for their resolution in the Positivism or in the Post-positivism. In both cases there has been a great difficulty for the delimitation of the judicial discretion, because, in synthesis, this would be the limitation of the judicial subjectivity. In the Kelsen´s doctrine, in which the positivist though is better expressed, the juridical order is complete and, for this reason, we can not speak in gaps, once the judge will look for and find in the system the answer to decide a concrete case. For Bobbio, the legislation has unit and coherence and he has not accepted gaps in the legislation. Thus, he has promoted the structuring of conflict's methods of resolution inside of the legislation, which are: "1) the judge has to judge all controversies that has been presented for his exam; 2) he has to judge them based on a rule of the system", once both doctrines have come from the Legislated Right, separating, consequently, the Right of any moral inserts of the ruled norm. In the Post-Positivism doctrine, which has been introduced for us by Paulo Bonavides, we will find a wide emphasis for the resolution of the conflicts, in which principles are considered norms. According to Ronald Dworkin, this transformation has won force and has been consolidated from the second half of the last century to nowadays as a return of the philosophy and policy discussions for the resolution of the conflicts, because there has been a minor judicial discretion when spaces are opened for the decision of principled subjects that start to be norms and have cogent appliance. Thus, we could understand that fundamental policy decisions in the choices of public policies have been replaced by judicial decisions based on the principled foundations contained in the Constitution. This paper intends to promote the approximation of the hole of the jurisdiction function and the judicial decision in the democratic context, as well as make an analysis of the system, as a manner of contenting the discretion. It will also verify the function of the equality principle and the hole of the Judiciary in the judicial decision in hard cases of public policies.

KEYWORDS: JUDICIAL DECISION; SOCIAL RIGHTS; PUBLIC POLICY; MATERIAL EQUALITY.

INTRODUÇÃO

Ainda no século XXI busca-se a fundamentação para resolução de casos concretos difíceis, que não sejam justificados na vontade subjetiva do julgador, mas sim em critérios jurídicos previamente estruturados e que possam ser legitimamente

justificados. Procura-se justificar e estruturar a natureza jurídica e o limite, se esse é possível, para essa decisão, bem como sua fundamentação.

Na linha de pensamento de Bonavides (2003) tem-se o denominado pós-positivismo, tido como a tentativa de construir uma interpretação da Constituição a partir de sua abertura, por via de uma leitura moral, sendo esta principiológica, em superação ao reinante positivismo do final do século XIX e início do século XXI.

A decisão judicial deixa de ser mera subsunção do caso concreto à lei, que pela doutrina do positivismo, possuía todas as respostas necessárias à resolução dos conflitos no próprio sistema positivado, passando a contar com os princípios.

Constata-se que as decisões políticas fundamentais, nas escolhas de políticas públicas, sistematicamente vêm sendo substituídas por decisões judiciais, ao arrimo dos fundamentos principiológicos contidos na Constituição.

O presente trabalho pretende promover a aproximação do papel da função jurisdicional e a decisão judicial no contexto democrático, bem como analisar o sistema, como forma de contenção à discricionariedade. Verificar-se-á, também, a função do princípio da igualdade e o papel do Judiciário na decisão judicial em casos difíceis de políticas públicas.

1. O PAPEL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: DECISÃO JUDICIAL

Enquanto Instituição política, a principal competência da Função Jurisdicional é controlar a constitucionalidade das leis e demais atos normativos produzidos pelo Legislativo ou pelo Executivo. Como guardião da Constituição espera-se que controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado de forma a assegurar a vontade do Poder Constituinte. Como realizar sua missão, sem que o Judiciário se torne o único detentor do Poder?

A autonomia judicial não pode ser excessiva, posto que poderá vir a exteriorizar apenas vontade individual do julgador. Da mesma maneira, que nunca poderá ser excessiva a adesão aos princípios constitucionais, em sua aplicação, haja vista que derrogaria todas as regras do sistema que promovem a autonomia, necessária ao cumprimento do controle da vontade política substancial, consolidada no

ordenamento, via Constituição. A autonomia judicial, assim, ao se limitar aos conteúdos normativos, regras e princípios, evita que haja arbitrariedade.

Paulo Bonavides (2003, p. 484) nos adverte dos riscos que enfrentamos aos nos distanciarmos da normatividade constitucional, realizando opções políticas, confira-se:

> Acontece, porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração.

Afigura-nos que a única forma de se evitar que haja efetivamente um desvio na decisão judicial para o campo da política e em especial o das políticas públicas, é a observância do ordenamento, por via das regras e princípios. Tal conduta evita a tentação de decisões subjetivas, de caráter unicamente pessoal, ou em substituição às escolhas atribuídas as demais Funções. A obediência aos comandos normativos da Constituição, evitam o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se distanciam da rigidez de seus cânones. (BONAVIDES, 2003, p. 484).

Por mais contemporâneas que sejam as teorias, entre elas a do pós-positivismo (DWORKIN, 2002), seus fundamentos partem de dogmas já consolidados na doutrina, como, por exemplo, os postulados da unidade, da coerência e, se não nestes, em outros, para formularem suas críticas ou adesão à determinada linha de argumentação.

Alexy[1] (2003) com a sua formulação dos princípios como mandados de otimização, propõe a conexão entre Direito e razão e, para tanto, promove o apontamento dos elementos que definiriam Direito, quais sejam: 1) a legalidade em conformidade com o ordenamento; 2) a eficácia social; e 3) a correção quanto ao conteúdo. Demonstrando claramente que o campo de incidência de sua teoria parte do ordenamento estruturado a partir de um modelo de Estado, qual seja: o Estado Constitucional Democrático.

Assim, a tensão existente entre constitucionalismo e democracia se insere na contradição entre vontade da maioria e limites substanciais ao poder político, controlado pela Função Jurisdicional, como regra constitucional.

[1] Robert Alexy em entrevista a Manuel Atienza, Cuadernos de Filosfia Del Derecho, Doxa n 24, pág. 33

A teoria apresentada por Alexy (1989), necessita para sua leitura, da aceitação da existência de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento, que no seu próprio dizer seria a Constituição.

A definição do que seja sistema interno de regras e princípios se afigura importante, posto que, a partir desta compreensão, poder-se-á falar em limitação da Função Jurisdicional ao sistema normativo. Nesse sentido Canotilho (1999, p. 1099):

> A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferentes graus de concretização (diferente densidade semântica). Estes princípios ganham concretização através de outros princípios (ou subprincípios) que densificam os princípios estruturantes, iluminando o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno (a uma união perfeita alude Larens).

A probabilidade de uma decisão judicial ser correta será sempre maior, quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição e, por conseqüência, o próprio ordenamento por ela estabelecido. Não há garantias de que haja uma decisão correta, no sentido de ser aquela esperada ou almejada pela parte, mas no sentido de que houve a observância de princípios (de justiça) estabelecidos previamente e não *pós facto*, que certamente levaria ao questionamento de índole subjetiva.

Padilha (2004, p. 94) em sua tese de doutorado, abordou o tema da resposta correta, concluindo que não há uma única resposta correta, mas decisões justificadas pelos princípios, que se pode dizer decorrem do ordenamento:

> Dessa forma, a regulamentação do direito ao meio ambiente, na sua atual concepção, é acontecimento relativamente recente, conseqüência das novas e complexas circunstâncias que envolvem os feixes de interesses de uma sociedade de massa, bem como a sua recepção no ordenamento tem exigido uma crescente adequação e adaptação de institutos de direito material e processual, o que torna os casos de confronto que envolva direitos com ele colidentes, casos a tal ponto difíceis, que, mesmo um *sistema jurídico moderno, desenvolvido e complexo*, dificilmente conseguiria regular previamente, em toda a sua extensão e complexidade; e para os quais dificilmente poderia ser fornecida uma única resposta correta.

O ordenamento, como sistema axiológico, e, portanto, valorativo, foi laboriosamente apresentado por Canaris (1996, p. 66-67) ao propor que:

> Sendo o ordenamento, de acordo com a sua derivação a partir da regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica – na qual, aqui, teleológico não é utilizado no sentido estrito da pura conexão de meios aos fins, mas sim no sentido mais lato de cada realização de escopos e de valores.

Para Canaris (1996, p. 75-76) a regra da justiça é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico, que por ser racionalmente orientado e demonstrável, traduz o princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença. Garantindo, assim, a adequação formal, em consonância com a sua justificação, a partir do princípio formal da igualdade e não da justeza material.

O ponto de vista interno do ordenamento é, portanto, distinto do ponto de vista externo, posto que não se vincula em razões de custo benefício, que é a justeza material, assinalada por Canaris (1996). Devendo sim, ser observadas as razões de direito e moral, valorados por meio de uma interpretação do ordenamento.

A adoção do ponto de vista interno do ordenamento permitirá não a vontade subjetiva do julgador, mas, sim, uma autonomia pessoal, a nível normativo, que delimitará o campo de atuação do Judiciário.

Partindo do sistema normativo, pelo ponto de vista interno, verifica-se que os juizes devam promover uma firme adesão ao conteúdo das normas básicas do ordenamento e que se mantenham imparciais, em relação aos conflitos de interesses que têm que resolver e distantes das questões externas ao ordenamento.

A questão, portando, refere-se ao contexto do que se pretende que seja autonomia judicial, se esta abrange somente questões de Direitos ou se poderá manifestar-se sobre questões de política.

A doutrina chamada de judicialização da política (LOEWENSTEIN, 1986, p. 305), diferentemente do que se possa atribuir-lhe, propõe que as questões políticas se afastem da decisão judicial, em seu contexto de escolha, ficando restrito ao controle do exercício da política, por meio do ordenamento.

Neste contexto, há que se entender por autonomia judicial aquela que possui independência do político, sendo, nesse sentido, âmbito da política aquele que demanda

por negociação e o compromisso, que a decisão judicial não pode promover, por lhe faltar legitimidade democrática.

Assim, se entender que à autonomia judicial se atribuem requisitos da política, estar-se-á lesionando a própria competência, que é a de controle e não de escolha da vontade das maiorias e, por conseqüência, adotando-se o ponto de vista externo do sistema normativo.

É justamente a inversão dos velhos conceitos que se propõe, e este recai sobre os fundamentos já estabelecidos da separação de poderes. E que ao se atribuir escolhas de políticas públicas a Função Judicial estará se distanciando de sua verdadeira função, qual seja, de colocar limites às possíveis arbitrariedades nas escolhas dos representantes eleitos para manifestar a vontade geral.

Esta opção de controlador e não de executor de opções políticas exige alguns requisitos, para que não se incorra no que se tem denominado genericamente judicialização da política. O Judiciário, e especialmente o Supremo Tribunal Federal, como Tribunal Constitucional, ao interpretar as questões, deve pautar-se pelos princípios e regras constitucionais, previamente escolhidos e positivados e se afastar das questões inerentes às escolhas políticas.

A estabilidade consiste na manutenção da identidade do sistema e são justamente os juizes os encarregados de manter essa estabilidade e, por conseguinte, impedir o descumprimento das disposições constitucionais. O juiz é o responsável por avaliar e controlar juridicamente a conduta governamental e legislativa de acordo com as pautas constitucionais.

Assim, por definição constitucional, é que teremos nas mãos do Judiciário a última palavra, e neste contexto é que se insere a maior crítica da doutrina (Waldron, Dahal e outros) sobre não ser o Judiciário legitimado democraticamente para fazê-lo.

Desta forma, a adoção do ponto de vista interno do sistema na decisão judicial, parece que irá reforçar a democracia e fatalmente perderá sua força, uma vez que não se está usurpando a opção política dos que foram eleitos e que são, portanto, politicamente responsáveis.

Neste contexto, somente é possível tal afirmação se a autonomia judicial se afastar das deliberações políticas e se assentar estritamente no ordenamento, limitando sua atividade a decisão de cunho eminentemente jurídico. Tal procedimento, se assim

observado, gerará por parte da comunidade dos intérpretes da Constituição, Peter Häberle (2002), a aceitação e legitimação do poderes constituídos, ou seja, do Judiciário. A confiança na correção, portanto, depende da adesão incondicionada à Constituição democrática, que é a que possibilita o respaldo da decisão judicial, sem que tal procedimento interfira nas competências relativas às escolhas, mas somente na sua adequação ou não com o sistema normativo.

Ao promover uma interpretação de acordo com os fundamentos constitucionais, promove-se a adequação da conduta de cada interlocutor, de acordo com essa vontade geral preordenada e não em manifestações atribuídas ao parlamento, pois, segundo a Constituição, o Tribunal não esta promovendo escolhas, mas exigindo seu cumprimento.

É o respeito à Constituição, com seus princípios e regras, que levará a confiança pelos eleitores e governantes da decisão judicial e, por conseqüência, à própria aceitação de que um Tribunal, de uns poucos não eleitos democraticamente, possa confirmar ou mesmo alterar as decisões dos representantes eleitos democraticamente, por meio dos limites substantivos.

Michel Troper (2003, p. 72), ao discorrer sobre o poder judiciário, após analisar várias correntes doutrinárias, apresenta a seguinte conclusão, para a reformulação do pensamento americano ao tema da democracia:

> Com efeito, para admitir que a corte garanta o respeito à vontade do povo estabelecido na constituição é necessário pressupor que esta se limita a aplicar a constituição, sem exercer o poder discricionário, por que a interpretação não é mais que uma função do conhecimento do que o povo está realmente em situação de corrigir as interpretações dadas a sua vontade.

Se por outro lado, a decisão judicial, com sua autonomia, decidir por deliberações políticas e não se assentar estritamente no ordenamento, resultará no rompimento do princípio da igualdade. Nesta linha de argumentação a decisão judicial, quando recai sobre questões de políticas públicas, não pode se afastar da ponderação do princípio da igualdade. De certo, há que se ter em mente que a igualdade substancial é muito mais do que um jogo semântico, a que possa se atribuir o sentido que bem se deseja.

A lição de Bobbio (2000, p. 298) mostra que seriam possíveis quatro perguntas, para se aproximar de uma resposta sobre o que é igualdade: “1) igualdade de

alguns em alguma coisa; 2) igualdade de alguns em tudo; 3) igualdade de todos em alguma coisa; 4) igualdade de todos em tudo".

A proposição que, a princípio, representaria a aplicação do princípio da igualdade estaria vinculada à igualdade de todos em tudo, uma vez que a maioria das desigualdades são desigualdades sociais e, portanto, superáveis, do ponto de vista de Bobbio (2000, p. 305).

Vieira (2005, p. 80), partindo da análise da proposta de Bobbio, apresenta a igualdade distributiva, para uma análise da distribuição de direitos ou recursos, adotada pela Constituição de 1988, que busca encontrar um critério justo para distribuir recursos escassos entre os membros de uma sociedade.

Para o tema do presente trabalho, entre os critérios apresentados por Vieira (2005) para distribuição de recursos e direitos, interessa o que diz respeito ao critério da universalização de alguns recursos públicos, como educação básica e saúde, caracterizando que todos têm acesso universal, independentemente de mérito ou necessidade, representado pela proposição: "todos têm direito a iguais parcelas de X". Estando tipificados nos artigos 206 de nossa Constituição: "A educação é direito de todos e dever do Estado..." e no artigo 208 que a: "saúde é direito de todos e dever do Estado...", por meio de "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" de acordo com o artigo 196 da Constituição. (VIEIRA, 2005, p. 81)

Da leitura que se faz da abordagem, tanto de Bobbio (2000) como de Vieira (2005), percebe-se que as opções políticas deveriam estar respaldadas pelo princípio da igualdade, quer pela visão tradicional de tratar os iguais igualmente, como aos desiguais desigualmente, como pela proposição contemporânea de ampliar os critérios e estes podendo ser os da universalidade, da necessidade e da diferença.

Delimitando-se que o princípio da igualdade deve abranger as políticas públicas a partir de atribuição de mesma parcela a todos, no sentido da universalidade. Ao decidir sobre questões de políticas públicas distribuindo direitos sociais individualmente, a decisão judicial rompe com o princípio da igualdade.

Por isso, há que se privilegiar, também, a decisão política, nos termos de políticas públicas, para que não se rompa com o princípio da igualdade, uma vez que a decisão judicial, no caso concreto, sempre atribuirá direitos a indivíduos ou grupos de

indivíduos, em prejuízo de outros, que estavam acobertados pela política da universalização dos Direitos Sociais.

Bobbio (2000, p. 501) apresenta uma síntese sobre o tema direitos sociais que:

> [...] em oposição aos direitos individuais, por *direitos sociais* entende-se o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem e, não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos.

Entre nós, Piovesan (2003, p. 333-335), após discorrer sobre as características do Estado Social, que é aquele que "aceita o desafio da sociedade, arrogando-se uma função distributiva e promocional" assenta:

> A igualdade converte-se, assim, em valor essencial do sistema constitucional, tornando-se critério imperativo para a interpretação constitucional em matéria de direitos sociais. Eleva-se o direito à igualdade a direito-guardião do Estado Social.
> [...] A igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma conseqüência. O conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num compromisso positivo, num *facere*, num *dare.*

Assim os direitos sociais, para que possam expressar a vida em sociedade, jamais poderão perder o caráter da igualdade, sob pena de se cometer, no caso concreto, injustiça e a distribuição desigual de recursos públicos.

De tal afirmação se podem sintetizar as seguintes conclusões: a) uma função essencial dos juizes é serem os garantidores da qualidade democrática das decisões políticas, a adoção de um paradigma material para a interpretação dos princípios constitucionais, especialmente aqueles vinculados com a igualdade, evitando a discriminação; b) O controle de qualidade democrática há de limitar-se às questões vinculadas, como os princípios básicos do sistema, não devendo intervir naquelas que constitucionalmente estão baseadas na negociação e o compromisso dos partidos políticos que integram o parlamento. Uma coisa é a aplicação de um paradigma material de igualdade e outra é a intervenção em assuntos decididos de acordo com o princípio da maioria. Portanto, controle de qualidade democrática não significa judicialização da política.

2. DECISÃO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Um olhar mais detido no resultado da Função Judiciária, qual seja, a decisão judicial, sempre atribui obrigações às partes, aos terceiros ou mesmo ao Estado.

Ao promover a análise do caso concreto, estará o Juiz diante da abordagem de uma situação real que, diante do Direito, comporta pelo menos duas decisões diferentes, ou seja, de procedência, de acordo com os fundamentos jurídicos do pedido, ou sua improcedência.

Neste contexto, nada de novo há para discutir, pois, ao promover a participação procedimental, que deve ser exigida, estarão sendo propiciadas as partes oportunidades iguais, desejadas e garantidas no princípio do devido processo legal, com todas suas implicações. No caso concreto, sempre estaremos diante do procedimento e garantias propiciada pelos Direitos Fundamentais.

GARAPON (2001, p. 74), ao discorrer sobre o tema, aponta um caminho contrário ao aqui descrito, onde diz textualmente, por conta da ineficácia da Função Legislativa e do Governo, que devem sim os juizes, enquanto guardiões das promessas, promoverem a eficácia das normas constitucionais. Eis suas palavras:

> O Juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia.
> Eis a promessa ambígua da justiça moderna: os *petits juges* nos livram dos políticos venais, e os grandes juízes, da própria política. A justiça participa dessa repulsa ao político tanto pelo desvio aristocrático como pela tentação populista. Mas, poderia o ativismo judiciário ser concebido sem o elemento novo que nossa democracia não consegue incorporar: a mídia?

Cappelletti (1999, p. 44) assinala, entre outros fundamentos para uma maior participação do Judiciário na implementação das políticas públicas, o fato de que as demais funções estariam desacreditadas e que: “Os valores e prioridades desses políticos são, por isso, muito amiúde valores e prioridades locais, corporativos ou de grupo”.

Várias seriam as razões para não se ter às discussões que hoje se transvertem de fundamentos para atuação do Judiciário, mas o que se afigura é que não há como se

pretender ser executor das promessas democráticas, como sugere Garapon (2001), por lhe faltar o essencial, ou seja, as condições materiais para a sua realização e a sua total irresponsabilidade política. Ou seriam eles o governo dos sábios, do qual dizia Aristóteles (1995, p. 124): "[...] o melhor governo é forçosamente aquele que é administrado pelos melhores chefes".

LOEWENSTEIN (1986, p. 325) nos apresenta bem os perigos de uma doutrina que permita toda sorte de intervenção nas políticas públicas, com objetivos de substituí-las, a saber:

> Se a outorga de direito aos tribunais de frustrarem uma decisão política do governo ou parlamento, armazena um perigo de que, bem a decisão do tribunal não seja respeitada – com prejuízo para o Estado de direito-, ou bem a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial, ainda que revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato político de pessoas que não tem nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função.

Tal observação se apresentou após ter divido em três classes distintas a atuação judicial: 1) o dever dos tribunais a supervisionar e comprovar a concordância das ações do poder executivo com sua legalidade; 2) a competência judicial para o controle da constitucionalidade das leis emitidas pelo governo e pelo parlamento; 3) em algumas ordens jurídicas, a decisão arbitral sobre conflitos, que se pode produzir no exercício das funções atribuídas aos outros detentores do poder. Sendo esta última, em sua análise, a que se designa freqüentemente como "judicialização, ou jurisdicialização da política". (LOEWENSTEIN, 1986, p. 305)

A denominação de judicialização da política e das relações, entendida como sendo a delegação do soberano a um corpo especializado de peritos, não será propícia à formação de homens livres e nem para construção de uma democracia de cidadão ativos. (VIANA, 1999, p. 43)

Viana (1999, p. 47) justifica a denominação da expressão judicialização, pelo fato de se ter adotado o modelo de controle abstrato de constitucionalidade pela comunidade dos intérpretes, de acordo com o artigo 103 da Constituição Federal, por via de um processo Institucional a cargo do Supremo Tribunal Federal, e não na condução das escolhas de políticas públicas.

A proposta de trabalho de Viana (1999) analisou as 1935 Adins ajuizadas até o ano de 1998, promovendo levantamento de todos os dados constantes em cada uma,

como: legitimado, objeto, distribuição, dispositivos legais questionados, fundamentação constitucional, o julgamento quanto ao pedido de liminares e ao mérito da ação. Deste trabalho, serão extraídos dados relevantes para esta argumentação.

De todas as ações analisadas, pôde Viana (1999, p. 63-64), tendo-se em vista o objeto da norma, resumi-las a sete categorias, a saber:

> (a)**administração pública** – reuniu-se a legislação que versa sobre carreiras, remunerações e organização do serviço público, no âmbito dos três poderes; também foram incluídas nessa categoria os casos relativos à divisão de unidades políticos-administrativas, como a criação de municípios e regiões administrativas, e conflitos de atribuições entre os Poderes quando referentes a procedimentos de administração públicas;
> (b) **política social** – incluiu as normas que tratam dos sistemas de seguridade social não afetos ao funcionalismo público, bem como a legislação reguladora do acesso a diferentes benefícios sociais;
> (c)**regulação econômica** – reuniu as normas de regulamentação da economia afetas à política cambial, monetária, salarial e de preços,com exceção das medidas de natureza tributária, tendo sido incluídas nesta categoria as normas concernentes aos programas de privatização, reforma agrária e direito de greve;
> (d) **política tributária** – reuniu as normas que tratam da definição da base de arrecadação e da alíquota dos impostos, também tendo sido classificadas nessa categoria;
> (e)**regulação da sociedade civil** – incluiu as normas que ordenam as relações entre particulares, a exemplo da regulamentação da cobrança de mensalidades escolares, as relativas às corporações profissionais, tendo sido também classificada nessa categoria a produção legislativa referente ao meio ambiente e às populações indígenas;
> (f) **competição política –** reuniu as normas relativas às eleições e aos partidos políticos;
> (g) **relações de trabalho –** incluiu as normas que regulam o mundo do trabalho, tais como os direitos do trabalhador e organização sindical, com exceção das relativas às políticas salariais e das afetas ao exercício do direito de greve.

Da análise do resultado da pesquisa a primeira observação que há para se fazer é que a atividade foi promovida pelos legitimados, considerados por Viana (1999) de comunidade aberta dos intérpretes, partindo da positivação de normas, ou seja, sempre se precedeu da manifestação política, por parte dos órgãos Legiferantes e de Governo, sendo portanto, controle abstrato de normas.

Esta abordagem se afigura essencial na distinção que se quer promover, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, no exercício da atribuição de competências, que lhe assegura a Constituição, em todas as ações, exerceu o controle abstrato de normas positivadas.

A diferença parece ser insignificante, mas não é. O juiz monocrático se arvora na Função de Legislador e de Governo, exercendo a opção política, sem que esta tenha sido objeto de quaisquer deliberações anteriores e, portanto, não se trata de controle e sim de exercício de competência alheia.

As opções para realização das políticas públicas devem ser de acordo com o sistema, representado pela Constituição, entregue em mãos do Legislativo, para autorizar; e do Executivo, para torná-las efetivas. Sua constitucionalidade ou não poderá e deverá ser controlada pelo Judiciário, por força dos arranjos promovidos na seara democrática.

É de se ressaltar, ainda, que mesmo o controle exercido em abstrato se faz, em garantia dos Direitos Fundamentais e das Minorias, em respeito ao princípio da Supremacia da Constituição. Segundo Viana (1999, p. 97): "Vale registrar que o recurso ao Judiciário como sistema de defesa de minoria vem se manifestando por meio de Adins que reproduzem, em sua postulação, as coalizões estabelecidas nas lutas parlamentares."

Note-se que a decisão judicial no controle abstrato de constitucionalidade determina a suspensão da norma impugnada, com efeito, *erga omnes e ex tunc*, com clara atribuição única e exclusivamente de legislador negativo.

Do resultado desse controle abstrato é que se devolvem as instâncias próprias, ou seja, Legislativo e Executivo têm a possibilidade de rever suas falhas e promover nova discussão e novo regramento, de acordo com os limites definidos na decisão Judicial.

No controle concreto, somente a Resolução do Senado poderá suspender os efeitos da norma impugnada e declarada inconstitucional, após todo trâmite processual, uma vez que os efeitos serão *inter parts e ex tunc*, sem quaisquer efeitos de suspensão *erga omnes*.

No caso concreto, a decisão judicial, quando promove a entrega de direito assegurado, parte de uma regra ou princípio, que é o Direito, mas jamais de uma lei posterior da própria Função Judiciária. Aliás, preocupação esta apresentada por Dworkin (2002), quando aponta que na inexistência de uma regra para o caso concreto, esta não poderá ser criada pelo juiz, que estará legislando *ex post facto*;

Destarte, o que se pode compreender, com a denominada judicialização da política é efetivamente, a possibilidade de controle repressivo das leis e atos normativos, que afronte a Constituição, e jamais em questões que envolvam diretamente a comunidade dos intérpretes e a Corte Suprema, com supressão da instância política própria.

Garcia de Enterría (2001, p. 184), ao apresentar resposta às objeções aos Tribunais Constitucionais, deixou assentado que jamais os Tribunais poderão realizar decisões meramente políticas, e, sim, deverão buscar a fundamentação no Direito de nível superior. Concluindo que:

> Um Tribunal Constitucional não pode recusar a validez de uma lei somente pelas conseqüências políticas implicadas com ela... Em caso de conflito entre o Direito e a política o juiz está somente vinculado ao Direito.

Demonstrando, claramente, que a competência da Jurisdição Constitucional é a realização do Direito, não meramente à vontade do Legislador positivada, mas nos fundamentos superiores da Lei Fundamental, e, jamais, nas questões que impliquem opções políticas.

Como, então, promover a eficácia dos direitos sociais que necessitam de opções por políticas públicas a cargo dos responsáveis democraticamente? Afigura-se que o caminho a seguir é o democraticamente escolhido na Constituição, garantido a desobstrução de seus caminhos e assegurando os Direitos Fundamentais da Liberdade e Igualdade.

CONCLUSÃO

No cenário democrático e com as Instituições desenhadas na Constituição, o papel dos juizes é exercer o Direito e não promover escolhas políticas. Nessa perspectiva, tem-se o Direito como princípios e regras contidos em um sistema, cuja fonte é a Constituição.

A decisão judicial, por via da Função Jurisdicional, desenvolve-se no cenário democrático, contido pelos arranjos constitucionais, dos quais busca fundamentações para suas decisões, mas, acima de tudo, também é contido pela sua força, não podendo dela se afastar, sob pena de usurpar as atribuições alheias e concentrar poderes.

Na ponderação de valores ou bens, mesmo face às decisões políticas sobre direitos sociais, há que se respeitar o princípio da igualdade, que em casos difíceis afigurou-se incompatível, uma vez que, tais pretensões se deferidas individualmente, implicará prejuízo de outras pretensões, que envolvem a mesma situação fática. Além de implicar prejuízo de outras políticas escolhidas e implementadas pelo processo democrático estabelecido na Constituição.

A atribuição de competência ao Legislativo, por sua vez, não nos permite retirar a possibilidade de exercício de um juízo de valor manifesto pela ponderação, ao elaborar as normas. A discussão entre inconstitucionalidade ou não, deve, obrigatoriamente, buscar os valores utilizados pelo legislador e, somente na hipótese de contrariar a Constituição, será retirada sua eficácia, mas nunca substitui-la, por um outro juízo de valor, qual seja, o do Juiz ou Tribunal.

Estamos diante de processos democráticos de decisão política, que instituem quais as competências que cada Função deverá desempenhar, com o objetivo claro da realização do fim almejado pela Constituição, de uma sociedade justa e igualitária que promova a dignidade da pessoa humana.

Quando se atribuiu a denominação “judicialização da política”, o que se está afirmando, pela análise apresentada é quanto à abrangência dos controles materiais das políticas públicas, positivadas nas escolhas das autoridades escolhidas democraticamente, que é diferente de se atribuir à escolha dessas políticas a mãos do judiciário.

O controle desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal diz respeito às opções realizadas e trazidas a lume por lei ou ato normativo, dos quais os efeitos foram de suprimir o ato inconstitucional que, de resto, traz conseqüências às escolhas públicas, mas não é na sua opção pelo caminho, que deva ser efetivada. Quando muito, pode o legislador e o Executivo retomar, do ponto declarado inconstitucional, e realizá-lo, de acordo com a Constituição.

A Constituição reserva à Função Jurisdicional o controle da constitucionalidade, no campo formal e processual, com vistas à preservação da ordem jurídica constitucional, por meio de procedimentos específicos, cuja iniciativa é reservada às partes, ou seja, controle difuso. Assim como reserva aos legitimados, o controle concentrado, com fases específicas e rigor procedimental.

Por outro lado, verificou-se a existência, também constitucional, de controles da omissão, quer por via concentrada quer no caso concreto, pela Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e pelo mandado de injunção, que nos levaram a indagar quais seriam as finalidades de referidos instrumentos, se a Função Jurisdicional não é um legislador positivo.

O próprio Supremo Tribunal Federal, no controle da omissão, se incumbiu de determinar quais os limites de sua atuação, ou seja, de não ser legislador positivo, pelo contrário, deixou assentado que tal função cabe ao Legislador.

O controle jurisdicional, por via da decisão judicial, visa essencialmente, que a Constituição seja respeitada por todos, Instituições e sociedade e, nesse mister, os Direitos Fundamentais e a conseqüente proteção das minorias são essenciais. Outra fundamental atribuição diz respeito à garantia dos arranjos democráticos esculpidos no texto constitucional, como fator preponderante da desobstrução que as maiorias podem promover ao processo, sendo estas atribuições fundamentais e necessárias à democracia.

O Poder Judiciário não possui a estrutura e nem detém os recursos necessários à implementação das políticas públicas, razão pela qual, mesmo que fosse possível tal delegação, esta seria inexeqüível.

Há possibilidade de intervenção judicial, ou seja, a procedência ou não da ação, será sempre precedida de algumas premissas, que asseguram a própria manutenção dos princípios constitucionais.

O controle jurisdicional exercido pelas decisões judiciais em caso difíceis, diz respeito às condições necessárias à desobstrução dos canais democráticos e às garantias individuais, como forma de assegurar a liberdade e a igualdade.

As decisões judiciais difíceis envolvendo direitos sociais que geralmente implicam implementação de políticas públicas não podem ser concretizadas pela via judicial, sob pena de se romper com o princípio da igualdade, que é fundamental, uma vez que, ao se atribuir a um único indivíduo, direitos sociais, dos quais os demais gozarão, o princípio da universalidade estará comprometido.

Por fim, a falta ou o inadequado exercício das atribuições constitucionais não possui o condão de delegar à outra Função as escolhas políticas, bem como o mau funcionamento da democracia não permite tutores de plantão, que se arvorem em únicos e suficientes para solução das questões políticas.

A mudança do centro de decisão política não resolverá, de fato, a questão de implementação da igualdade material, ou mesmo a implementação dos direitos sociais.

O déficit democrático possivelmente seja o problema que se apresenta na implementação de políticas públicas, onde o mau funcionamento das Instituições, com o não exercício pleno da cidadania nos leva a um abismo, que se afigura instransponível, sem o agir comunicativo e procedimental da sociedade, ou se preferirem, com a participação da sociedade aberta dos intérpretes da sociedade.

Desta forma, não se apresenta como solução para o déficit democrático a transferência das decisões sobre políticas públicas à Função Jurisdicional que, além de romper com o princípio da separação de poderes, deixará de tornar efetivo o princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoria de los Princípios**. Colômbia: Universidade Externado de Colômbia, 2003.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves, Supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru: Edipro, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DAHAL, Robert. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Titulo original: “On democracy. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução Nélson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia: O Guardião das promessas**. Tradução Maria Luiz Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 3. ed. 4ª reimpressão. Madrid: Civitas, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a interpreteção pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e Do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWNSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. 4ª impressão. Espanha: Arial Derecho, 1986.

PADILHA, Norma Sueli. **O meio ambiente e sua decidibilidade judicial no confronto com os direitos colidentes**. Tese (doutorado em direito)- Puc-SP: São Paulo, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra as Omissões Legislativas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2003.

TROPER, Michel. **El Poder Judicial Y La Demcracia**. Isonomía, n. 18, 2003 Disponível em : <www.cervantesvirtual.com/portal/isonomia/cuadernos.shtml> Acesso em 13 de janeiro de 2005.

VIANA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CONSTRUÇÃO PRINCIPIALISTA DO DIREITO CONSTITUCIONAL NA SUA NOVA INTERPRETAÇÃO

Enisa Eneida da Rosa Pritsch Winck[*]
Jorge Renato dos Reis[**]

RESUMO

O diploma constitucional sobreviverá ao desenrolar do processo histórico, apenas se contiver, em seu cerne, as sementes das mudanças, sendo que estas alojam-se precisamente na estrutura aberta dos princípios, capazes de recepcionar as alterações ocorridas no entorno social. Assim, o presente trabalho pretende abordar a nova dogmática principiológica - a ascensão dos princípios constitucionais ao ápice de coração das constituições contemporâneas, como sucedâneo a recente metódica interpretativa constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: DOGMÁTICA PRINCIPIOLÓGICA, NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

RESUMEN

El diploma constitucional sobrevivirá al desenroscar del proceso histórico, solamente siendo contenido, en su cerne, las semillas de los cambios, siendo que éstos están alojados necesariamente en la estructura abierta de los principios, capaz a recepcionar las alteraciones ocurridas en el entorno social. Así el actual trabajo se prepone acercar al dogmática nuevo del principiológica - la ascensión de los principios constitucionales al ápice del corazón de los contemporáneos de las constituciones, como sucedáneo reciente el interpretativa constitucional metódico.

PALABRAS LLAVES: DOGMÁTICA PRINCIPIOLÓGICA, NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

INTRODUÇÃO

O volumoso índice de questões suscitadas ao realizar-se uma reflexão acerca dos princípios é revelador da importância do assunto e das múltiplas dimensões que o

[*] Mestranda em Direito (UNISC); Especialista em Direito Civil (UNISC); Pesquisadora membro do grupo de pesquisa: "A Constitucionalização do Direito Privado"; Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul(aposentada); Advogada atuante.
[**] Pós-Doutor pela Universita Degli Studi Di Salerno (UDSS), Itália. Doutor em Direito (UNISINOS). Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC). Coordenador do programa de Pós-graduação em Direito/ Mestrado UNISC. Professor do Curso de Mestrado em Direito da UNISC, e Coordenador do grupo de pesquisa "A Constitucionalização do Direito Privado".

mesmo comporta. Como bem assevera Paulo Bonavides, "sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo"[1], e complementa Eros Grau citando Jean Boulanger, para afirmar que "os princípios haurem parte de sua majestade no mistério que os envolve"[2].

Torna-se imprescindível dissipar a área gris que envolva os princípios, sendo a discussão sobre regras e princípios constitucionais necessária para a compreensão das grandes questões do Direito Constitucional na contemporaneidade[3]. Afinal a "complexidade e a largueza das questões relativas à problemática dos princípios constitucionais e sua conceituação", percebe-se além do "esforço teórico e dogmático no desiderato de estabelecer a normatividade dos princípios constitucionais, enquanto conceito e norma de direito". Assim, conclui-se que "para extrair-se da idéia de princípios constitucionais toda a sua *normatividade mediata* e *normatividade concreta"*, prescinde de uma edificação "téorico-dogmática constitucionalmente adequada", que dê elucidação aos "elementos normativo-categoriais de uma Constituição positiva, concreta, temporal e espacialmente situada"[4].

No caso do estudo que se segue, o exame dos princípios percorrerá um caminho de reflexão que visa à sua conceituação, conjuntamente à do sistema jurídico, com uma breve diferenciação entre regras e princípios. Toma-se emprestadas as palavras de Eros Grau: "Desejo insistir afirmando a importância dos *princípios:* as possibilidades de realização de justiça material hão de residir - ou não residir - no próprio direito, em seus princípios [...]"[5] Neste traçado vislumbrar-se-á, ainda, a teoria dos princípios, a dogmática principialista estruturante, como aporte à uma hermenêutica principiológica.

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios constitucionais, o "que há de singular na dogmática jurídica da quadra

---

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 231.
[2] Jean Boulanger apud GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e critica). São Paulo: Revista dos Tribunais, 21 edição, 1991, p. 92.
[3] Na linha de seus aportes, são significativos os seguintes trabalhos: ESPíNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, 2002; RHOTEMBURG, 1999; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 1997; ALEXY, Robert. T*eoria de los derechos fundamentale*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, especialmente p. 81-172; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
[4] ESPÍNDOLA, 2002, p. 192.
[5] GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*"[6] e consequentemente de sua força normativa imediata. Aqui, torna-se basilar, procurar entender como esta força opera, para que se lhe aplique corretamente. A ignorância dos princípios, na expressão de Vicente Ráo, "quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas"[7].

Complementa-se com as percucientes palavras de Paulo Bonavides: "A teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições"[8]. Na trajetória que transportou os princípios ao centro do sistema, os mesmos tiveram de conquistar o "status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata"[9].

Como prelúdio ao desenvolvimento, de forma a facilitar a compreensão do trajeto a ser seguido, abrindo as condições para avaliar-se com uma certa acuidade o atual a nova interpretação constitucional, e a posição ocupada, atualmente, pela Constituição Federal de 1988, como força normativa, proceder-se-á ao exame da ascensão dos princípios constitucionais como coração das constituições e fonte de atualização das mesmas, para tanto, deve-se definir e delimitar o nível de construção principialista e sua interação na esfera do atual do Direito Constitucional Brasileiro contemporâneo.

1 A Constituição como norma jurídica e sua força normativa constitucional

Uma das grandes mudanças paradigmáticas ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo no qual a Constituição era vista como um "documento essencialmente político", um convite à atuação dos Poderes Públicos. "A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador"[10]. Tal quadro passou a ser alterado com a reconstitucionalização que sobreveio à segunda Grande Guerra Mundial. Atualmente,

---

[6] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 29.

[7] RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 48.

[8] BONAVIDES, 1998, p. 253. Para o mestre brasileiro, "foi com o constitucionalista alemão Robert Alexy", que a teoria dos princípios, posta por Ronald Dworkin, se aprimorou. Passim.

[9] BARROSO, 2003, p. 337.

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 02 dez. 2006.

"passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições."[11].

No Brasil, o debate acerca da força normativa da Constituição só chegou de forma efetiva, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as oposições previsíveis. Cabendo à Constituição Federal de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de então, o rompimento com posições mais anacrônicas. "Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional". "Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata" [12].

Afinal, como diz Luís Barroso, "fora da Constituição, não há instrumentos nem meio que afiance a sobrevivência democrática das instituições."[13] A superioridade normativa do direito constitucional na lição de Gomes Canotilho, "implica o *princípio da conformidade* de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais". Por conseguinte "o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior (princípio da hierarquia)", da mesma forma, nenhuma "norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia (princípio da constitucionalidade)"[14].

Não se pode olvidar, que a Constituição Brasileira de 1988, particularmente extensa, visualiza-se como "vasto código normativo",[15] capaz de tutelar e proteger em seu âmago, um certo núcleo de direitos fundamentais, abarcando a atual conjuntura social, política e cultural contemporânea. Neste estágio de desenvolvimento das

---

[11] BARROSO, 2005. Vale dizer: "as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado."

[12] BARROSO, 2005. Veja-se: "Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reproduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição" in: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

[13] BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial (A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional)*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 13.

[14] CANOTILHO, 1993, p.137/138.

[15] MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In GRAU. Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 317

sociedades, na qual se insere a brasileira, claramente insuficientes se mostram as concepções acerca do Direito que, de alguma forma, o mantenham dissociado do corpo social ao qual deve tutelar. Assim, são sábias, além de poéticas as palavras de Konrad Hesse:

> As Constituições não podem ser impostas aos homens tal como se enxertam rebentos em árvores. Se o tempo e a natureza não atuaram previamente, é como se se pretendesse coser pétalas com linhas. O primeiro sol do meio-dia haveria de chamuscá-las.[16]

Destarte, a Constituição conforma o estatuto jurídico fundamental de uma sociedade, consolidando, toda a estrutura do respectivo Estado e seu processo de evolução, intrinsecamente relacionando às forças de transformação sociais. Assim, Constituição, sendo um fenômeno relativamente recente, é no dizer de Luís Barroso, uma das "grandes *descobertas* do pensamento moderno", tida como "lei superior, vinculante até mesmo para o legislador. A supremacia da Constituição se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada"[17], ou melhor sobre todo o sistema jurídico, apresentando o balizamento para a difusão da juridicidade, através dos autores das leis e daqueles que as recebem em seus efeitos no tecido social, desta forma, ela deve necessariamente ser interpretada e compreendida. Bem, afirma, Gomes Canotilho, que a Constituição trata-se de uma verdadeira "ordenação normativa fundamental dotada de *supremacia* – supremacia da constituição – e é nesta supremacia da lei constitucional que o *'primado do direito'* do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão"[18].

Por outro prisma, a idéia da Constituição como um instrumento de governo, insensível às políticas públicas sociais e só envolvida com a proteção da liberdade individual e as garantias de cada indivíduo, já se tornou opinião da história das idéias político-constitucionais do século XX, objeto de "*metamorfosis del Derecho Constitucional*", nas palavras de José Sánchez.[19]

Essas novas concepções potencializam a "força normativa da Constituição"[20] e lhe garantem a inescusável qualidade de norma jurídica - é a idéia de "Constituição

---

[16] HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 17

[17] BARROSO, Luís Roberto. O *controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11

[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º Edição, 2º Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2006, p. 245/246.

[19] SANCHEZ, José acosta. Transformaciones de la Constituión en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época*) N. 100 – Madrid: abril/junho, 1998. p. 59.

[20] HESSE, 1991, Ver seu livro *Força Normativa da Constituição.* Passim.

como norma"[21]. Mas, convém referendar a atualíssima lição de Lênio Streck: "para que se imprima a força normativa à Constituição - entendida em sua totalidade político-principiológica - torna-se relevante a observação do basilar princípio da proporcionalidade"[22]. Complementa Konrad Hesse, a "Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social". [23]

"Perecendo a sua força normativa quando ela já não corresponde à natureza singular do presente, a atualidade dessa força dependerá da sua interpretação, tal como venha sendo produzida em cada momento histórico".[24] O que realmente, vale ficar da idéia da Constituição, para os objetivos deste discurso, é que ela, de certa forma, é documento orientador[25] da ação do Estado e da Sociedade; ela tem algo de utopia positivada; por ela se aposta no futuro através da força revolucionadora de suas normas constitucionais. Ela é, no dizer de Gomes Canotilho[26], uma "Constituição dirigente". Mas, o próprio Gomes Canotilho, vem revendo sua antiga posiçao, por isso defende, hoje, a necessidade de uma nova "Teoria da Constituição", haja vista a impossibilidade de que a norma constitucional continue a conformar autoritariamente a sociedade contemporânea, pluralista e diferenciada, que se radica antes na auto-organização[27].

Assim, as constituições, grandes repositórios da pauta axiológica consagrada nos Princípios de Direito, figurando como fonte conceitual-normativa suprema, avocam a posição central no ordenamento jurídico de onde emanam valores humanísticos basilares da estrutura e forma do Direito contemporâneo, e, em conseqüência, a dogmática principiológica ganha corporatura, promovendo uma nova retomada na compreensão e interpretação do Direito. Neste prisma, a importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente,

---

[21] ENTERRIA, Garcia de. Ver seu livro *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. passim.

[22] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 221.

[23] HESSE, Konrad, 1991, p. 24/25.

[24] GRAU, Eros Roberto. A interpretação constitucional como processo. *Juris Plenum*, Edição nº 77, vol. 2. Porto Alegre: Editora Plenum, maio/jun, 2004.

[25] Leia-se em BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos Princípios no Direito brasileiro. IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Ana Paula de Barcellos...[et.al.]; Organizador: Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 360.

[26] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982. Passim.

[27] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: *Constitición y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel Garcia, Pelayo, 2000. p. 217- 225, passim.

mormente se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio[28]. Além do mais, a gênese e o modo como os princípios são positivados nos textos constitucionais evidenciam que estes possuem, igualmente, uma importante dimensão institucional, como fatores de criação e manutenção de unidade política.

2 Teoria dos princípios como coração das constituições contemporâneas

A novidade das últimas décadas não está, propriamente, na existência de princípios constitucionais, o "que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua *normatividade*"[29] e consequentemente de sua força normativa imediata. Aqui, torna-se basilar, procurar entender como esta força opera, para que se lhe aplique corretamente. A ignorância dos princípios, nas palavras de Vicente Ráo, "quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas"[30].

Na trajetória que transportou os princípios ao centro do sistema, os mesmos tiveram de conquistar o "status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata"[31]. A "dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras" [32].

> Normalmente, as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações. Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição[33].

Os princípios como "valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são, apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência", eles se medem "normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa".[34] Destarte, sendo a Constituição um sistema de regras e princípios, tendo como aporte a consonância social sobre os

[28] BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 260.
[29] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 29.
[30] RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 48.
[31] BARROSO, 2003, p. 337.
[32] BARROSO, 2003, p. 337.
[33] BARROSO, 2003, p. 338.
[34] BONAVIDES, 1988, p. 260.

valores básicos, compreende-se que os princípios estão no “ápice da pirâmide normativa”, são "*norma normarum*" ou "norma das normas", "fonte das fontes", sintetizando Paulo Bonavides, "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição"[35].

Como seqüência, aduz-se que os princípios constitucionais são dotados de certa estrutura normativa, podendo atuar como fonte autônoma, mesmo que não seja sua única função, ”possuindo juízos de dever ser inseridos no plano normativo positivo”. Mas, “princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela”.[36] Desta forma, “os princípios, dotados de normatividade, constituem, ao mesmo tempo, a chave de interpretação dos textos constitucionais”[37]. Pode ocorrer ainda, em relação aos princípios, um entrave adicional: “o fim a ser atingido ou o estado ideal a ser transformado em realidade pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete”[38].

> Quer dizer: a constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização (diferente densidade semântica). Existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por *princípios estruturantes,*constitutivos e indicativos das idéias directivas básicas de toda a ordem constitucional. São, por assim dizer, as traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político[39].

Gomes Canotilho considera que os princípios estruturantes “ganham densidade e transparência através das suas concretizações”, formando “uma unidade material (unidade da Constituição). Além do mais, todos estes princípios “poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da *concretização legislativa e jurisprudencial*” [40]. Esses princípios estruturantes "designam os princípios constitutivos do 'núcleo essencial da Constituição', garantindo-lhe uma determinada identidade e estrutura".[41] Nesta esteira, os princípios encontram-se positivados nos textos constitucionais, passando à “esfera decisória dos arestos, até constituírem com estes a jurisprudência *principial”,* a qual tem “feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade - traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios”[42].

---

[35] BONAVIDES, 1998, p. 265
[36] BARROSO. BARCELLOS, 2003, p. 360
[37] BONAVIDES, 1998, p. 246/247, passim.
[38] BARROSO. BARCELLOS, 2003, p. 341.
[39] CANOTILHO, 1993, p. 180.
[40] CANOTILHO, 1993, p.181/182.
[41] ESPÍNDOLA, 2002, p. 183/184.
[42] BONAVIDES, 1998, p. 260.

Nos termos em que Gomes Canotilho coloca a normatividade mediata e concreta dos princípios, conclui-se que o princípio constitucional, enquanto "regra geral e abstrata" estabelecida, passará da normatividade mediata (assento positivo na Constituição) à "normatividade concreta, quando o processo concretizador a transformar em *norma de decisão*"[43].

Pode-se aludir que autores brasileiros, como Luís Barroso, Ivo Dantas, Ruy Espíndola, Virgílio Afonso da Silva[44], entre outros, estão em consonância com o pensamento de Gomes Canotilho, ou seja, consideram que existem princípios constitucionais que se desdobram através de subprincípios. Melhor dizendo, "existem princípios normativamente mais abstratos que se radicam e se especificam através de princípios mais concretos, dando à Constituição uma estruturação sistêmico-principialista"[45].

3 Ascensão dos princípios constitucionais

Em vôos a patamares cada vez mais elevados na direção ao reconhecimento e consagração na Teoria do Direito, o papel desempenhado pelos Princípios Gerais do Direito[46], configura-se como fonte normativa estruturante do ordenamento jurídico. Um dos elementos que melhor permite embasar esta assertiva, encontra-se no processo de inserção dos Princípios Gerais de Direito nos textos constitucionais, o que se mostra crucial para que adquiram "força positiva incontrastável, perdendo, desde já, grande parte daquela clássica e alegada indeterminação, habitualmente invocada para retirar-lhes o sentido normativo de cláusulas operacionais."[47]

A palavra princípio para o Direito Constitucional brasileiro, quando esculpida dentro do contexto princípios fundamentais, diz respeito ao início de todo sistema jurídico, pois trata-se da base em que o mesmo se sustenta e desenvolve. Paulo Bonavides ensina, que os princípios são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validez e obrigatoriedade[48]. Que os princípios, tratam-se de uma "fonte

[43] CANOTILHO, 1993. Idem, p. 223.
[44] BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. ESPÍNDOLA, 2002. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Editora Malheiros, 2005. Passim.
[45] ESPÍNDOLA, 2002, p. 233.
[46] BONAVIDES, 1998, p. 245.
[47] BONAVIDES, 1998, p. 259.
[48] BONAVIDES, 1998, p. 230.

material básica e primária, com ascendência hierárquica sobre a lei e o costume", possuindo, ainda, "virtualidade para matizá-los, com força para gerá-los, com potencialidade para invalidá-los", terminam por se "converter, sem sombra de dúvida, numa 'superfonte', porquanto, refere ainda, 'podem ser fonte das mesmas fontes'."[49]

Por sua vez, Afonso da Silva assenta os princípios como ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, "são como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira 'núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais". Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que "começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional"[50]. Já, na compreensão de Peces Barba, os "princípios jurídicos são na sua essência fundamentais, pois, ponto de partida de interpretação e elaboração de todo ordenamento jurídico"[51]. Já, na colação de Bandeira de Mello, princípio jurídico é,

> 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 dê sentido harmônico[52].

Assim, o princípio "exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo, sigam a mesma direção, realizem o seu mesmo espírito"[53]. Neste crivo, os princípios constitucionais são "o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins". Complementando, sumariamente: "os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui"[54].

Tendo, os princípios, suas propriedades, "diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente)" dos demais preceitos jurídicos, a distinção firma-se, em face deles constituírem "*expressão primeira* dos *valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas"[55]. Robert Alexy atribui aos "conceitos básicos jusfundamentais materiais, os da dignidade, liberdade e igualdade", a incorporação à Constituição e, assim, ao direito positivo, os princípios

---

[49] BONAVIDES, 1998, p. 259.
[50] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996. 45
[51] PECES BARBA, Gregório. *Los Valores Superiores*. Madrid: Tecnos, 1986.
[52] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1994. P. 450
[53] BONAVIDES, 1998, p. 259
[54] BARROSO, 1999, p. 147.
[55] ROTHENBURG, 1999, p. 16

mais importantes do direito racional moderno"[56].

Refere-se, Gomes Canotilho, que os princípios possuem "um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes", bem como à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico. Com um "grau de abstracção relativamente elevado" e na aplicação do caso concreto, os princípios, "por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras".[57].

Sendo os princípios normas "jurídicas impositivas de uma *optimização*"[58], são compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos", ocorre a coexistência. Em conseqüência, os princípios, ao "constituírem *exigências de optimização,* permitem o balanceamento de valores e interesses [...], consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes"[59]. Torna-se cogente mencionar que os princípios, "por seu natural aspecto vago e genérico", proporcionam "problema à concretização em face de situações concretas"[60].

Ultima-se ao dizer que os princípios são indispensáveis ao desenvolvimento da ordem jurídica positiva, pois, "contêm em estado de virtualidade grande número das soluções que a prática exige,"[61] agasalhando "os principais valores e 'imantar' todo o sistema normativo de modo suficientemente elástico"[62].

No entanto, conforme aduz Walter Rothenburg, baseando-se no pensamento de Robert Alexy e Ricardo Lorenzeti, que tanto as regras como os princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das "expressões deônticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Os princípios, tal como as regras, são razões para juízos concretos de dever ser, ainda quando sejam razões de um tipo muito diferente". Concluindo, "a distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas"[63]. Mas, na concepção de Luís Barroso,[64] "já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio".

---

[56] ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 525
[57] CANOTILHO, 1993, p. 166
[58] CANOTILHO, 1993. Idem, p. 166. Por sua vez Robert Alexy também refere que: "*...los princípios são mandatos de optimización*". In: ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 85
[59] CANOTILHO, 1993. Idem, p. 167
[60] ROTHENBURG, 1999, p. 25
[61] BONAVIDES, 1998, p. 240
[62] ROTHENBURG, 1999, p. 26.
[63] ROTHENBURG, 1999, p. 16
[64] BARROSO, 1999, p. 147

Ressalte-se, que autores como Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterria[65] incluem os valores, ao lado dos princípios e das regras, como espécies de norma. Porém, por transcender aos limites do presente estudo, tratar-se-á dos valores de forma inclusa como parte componente dos princípios, haja vista, a admirável carga valorativa que eles encerram.

Gomes Canotilho, analisando as linhas do constitucionalismo moderno, aponta para a necessidade de se construir uma "classificação tipológica da estrutura normativa". Afirma que as "normas constituem um gênero, do qual os princípios e regras são espécies" [66], sendo tarefa complexa proceder a distinção entre regras e princípios, "no âmbito do superconceito norma". [67]

Por sua vez, Robert Alexy considera que a distinção entre regra e princípio é antiga e clássica, embora nem sempre rigorosa e que "*existe una desconsertante variedad de critérios de distinción. La delimitación com respecto a otras cosas tales como los valores es oscura; la terminología, vacilante*". [68] Nesta linha de pensamento, Robert Alexy sustenta que as regras e os princípios "*son razones de tipo diferente. Los princípios son siempre razones prima facie; las reglas, a menos que se haya estabelecido una excepción, razones definitivas*".[69] Esclarece, ainda, que os princípios determinam que algo deve ser feito na *"mayor medida posible, teniendo em cuenta las possibilidades jurídicas y fácticas"*. Por tanto, *"no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie."*[70] Em outras palavras, o autor alemão refere-se às regras jurídicas como *mandamentos definitivos*, no que se diferenciam dos princípios, *mandamentos de otimização*[71].

Como adverte Virgílio da Silva, a principal contribuição de Robert Alexy quanto a distinção entre princípios e regras foi justamente "o desenvolvimento de mandamento de otimização"[72]. Assim, para Robert Alexy a diferença entre regras e

---

[65] PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. Antonio. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1998. PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990. ENTERRIA, Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. Passim.

[66] CANOTILHO, 1993, P. 1166/1167. Neste sentido leia-se in ROTHENBURG**.** Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 15:

[67] CANOTILHO. 1993, p. 1167.

[68] ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 82/83

[69] ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 101

[70] ALEXY, 1993 (Reimp. 2002). Idem., p. 99

[71] ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de direito Administrativo*. Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217. jul./set., 1999. p. 74-75, passim.

[72] AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Editora Malheiros, 2005. p. 32.

princípios é "qualitativa e não de grau"[73]. "Tal distinção entre os conteúdos do dever ser das regras e dos princípios implica também uma importante diferença na forma de aplicá-los, utilizando as figuras do 'conflito entre regras' e da 'colisão entre princípios' para deixar isso claro"[74]. Em face dos princípios terem suas propriedades, "diferenciando-se por sua natureza (qualitativamente) dos demais preceitos jurídicos", a distinção está em que, constituem eles "*expressão primeira* dos *valores fundamentais* expressos pelo ordenamento jurídico, *informando materialmente* as demais normas"[75].

Ao intérprete é conferida a atribuição de identificar os elementos próprios de regras e princípios e assegurar sua máxima realização, seu "conteúdo de dever-ser".[76] Por força da consagração da natureza normativa dos princípios, pela sua inscrição nos textos constitucionais hodiernos, como também, pelo labor dos pensadores da atual jusfilosofia, a dogmática principiológica ganha vulto, propiciando um novo paradigma para a compreensão e interpretação do Direito. Neste viés os princípios assumem o papel de indicadores das premissas a serem observadas quando da elaboração, interpretação e aplicação das normas, constituindo, desta maneira, a materialização dos paradigmas de um Direito permeado de valores e voltado à realização do ideal de justiça, dentro de uma nova interpretação constitucional.

A partir deste ponto do presente trabalho, emerge o tema da nova interpretação constitucional, mais precisamente a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa – supremacia, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder[77], de importância, até mesmo, para compreensão de nossa própria Constituição.

Gomes Canotilho propõe-se a considerar o direito constitucional, através do que se pode chamar de "dogmática principialista estruturante", ou melhor, uma dogmática alicerçada em "princípios constitucionalmente estruturantes"[78], como "princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica".[79] Frente a tal dogmática defendida por Gomes Canotilho, torna-se crível concluir com bases nas assertivas de Ruy Espíndola, que esta é uma tendência

[73] ALEXY, 1993 (Reimp. 2002), p. 87.
[74] AFONSO DA SILVA, 2005, p. 32 e p. 29/30. Adverte-se, aqui, com bases na digressão de Afonso da Silva, que a distinção entre regras e princípios, da forma posta por Robert Alexy, "não é sempre compatível com as definições usuais desses conceitos na doutrina brasileira".
[75] ROTHENBURG**.** 1999, p. 16
[76] ÁVILA, 2004, p. 44, 46, 55, passim.
[77] BONAVIDES, 1997, p. 259, passim.
[78] CANOTILHO, 1993. Idem, p. 345.
[79] CANOTILHO, 1993, p. 345.

predominante no Direito Constitucional brasileiro, uma vez que

> essa concepção reforça, [...] a idéia de normatividade dos princípios constitucionais, ao emprestar-lhe um sentido articulado-estruturante e uma dimensão praxiológico-concretizadora, já que torna mais plausível a compreensão, a interpretação e a aplicação dos princípios de maior abertura pelos princípios de maior densidade e pelas regras constitucionais[80].

Evidencia-se a importância vital que os princípios assumiram nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como os pontos axiológicos de mais alta proeminência, a fundamentar a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional na hermenêutica dos tribunais. Neste crivo, compôs-se uma "massa crítica de jurisprudência acerca dos princípios, tendo como referência emblemática a decisão do Conselho de Estado francês, no curioso caso *Morsang-sur-Orge*"[81]. Por sua vez os tribunais brasileiros, Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, têm fundamentado decisões importantes, "superadoras do legalismo estrito", com suporte nos princípios[82], em especial no princípio da dignidade da pessoa humana.

Paulo Bonavides considera que a posição de supremacia adquirida pelos princípios constitucionais "se concretizou com a jurisprudência dos princípios, que outra coisa não é senão a mesma jurisprudência dos valores, tão em voga nos tribunais constitucionais de nossa época". Além do que, as "sentenças dessas Cortes marcam e balizam a trajetória de juridicização cada vez mais fecunda, inovadora e fundamental dos princípios". Como é sabido, "essa jurisprudência tem feito a força dos princípios e o prestígio de sua normatividade - traço coetâneo de um novo Estado de Direito cuja base assenta já na materialidade e preeminência dos princípios" [83].

Assinala-se que, o "ponto de partida do intérprete há de ser sempre os princípios constitucionais"[84], advindo daí a força normativa imediata destes princípios[85]. Sob este aporte, a atividade de interpretação da Constituição deve iniciar-se pela "identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie."[86] [87]

---

[80] ESPÍNDOLA, 2002, p. 185.
[81] BARROSO, 2003, p. 39. Leia-se a respeito do famoso caso "conhecido como *lancer de main* (arremesso de anão)".
[82]BARROSO, 2003, p. 40.
[83]BONAVIDES, 1998, p. 264.
[84] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3º ed. São Paulo: saraiva, 1999. p. 147.
[85] Cf. ESPÍNDOLA, 2002, p. 211.
[86] BARROSO, 1999, p. 147
[87] Por sua vez Ricardo Lorenzetti aponta as relações entre princípios e valores: "os princípios referem-se 'Juízos' estimativos que servem para regular comportamentos"; sendo que ambos se interpretam

Nesta sinfonia, os princípios fazem a "congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo". Paulo Bonavides refere que os princípios, "postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes", uma vez que são "qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição"[88].

Assim, sendo a Constituição um enunciado, é dentro desse universo complexo e relacional que ocorre seu processo interpretativo, não podendo só ser interpretada de maneira sistemática, considerando-a como um todo, mas sem perder de vista sua característica relacional com a realidade social. Se ocorrer o isolamento artificial da constituição, corre-se o risco de subtrair da Carta Magna o que ela possui de mais importante: sua base democrática. É, pois, essa característica democrática que a impulsiona a ser lida dentro de uma realidade indivorciável de valores.

Dessarte, é no Direito Constitucional que a concepção de fundamento da ordem jurídica como ordem global se otimiza diante da teoria principialista do Direito. Portanto, "*nunca tan clara como ahí la existência de uma espécie de habilitación implícita dada por el constituyente al intéprete para remplazar su pensamiento en um nuevo contexto social*".[89] Para garantia da "eficácia e efetividade do sistema normativo assentado em uma Constituição",[90] prescinde-se da característica da atualidade dos princípios. Assim, de certa forma, reforça o caráter de adaptabilidade da Constituição, gerando muitas vezes interpretações inovadoras que a atualizam e ao mesmo tempo conferem-lhe uma "força normativa" maior,[91] uma vez que a Constituição é o norte interpretativo de todo o ordenamento jurídico. Conclui-se com Lênio Streck[92] que "a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico".

Este "*topos*" hermenêutico, como texto normativo, permite escolher um entre os vários tipos de interpretações possíveis. Configura-se que, "o desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição" produzem a idéia

---

"mediante um juízo de ponderação, destinado a estabelecer 'seu peso' no caso concreto" IN: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998. p. 316 e 287, passim.

[88] BONAVIDES, 1998, p. 264.

[89] YANN AGUILA apud SANCHEZ, José acosta. Transformaciones de la Constituión en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época*) N. 100 – Madrid: abril/junho, 1998. p. 94.

[90] ESPÍNDOLA, 2002, p. 85.

[91] A respeito disso escreve HESSE: "Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais segura há de ser o desenvolvimento de sua força normativa." In: HESSE, Konrad *A força normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 20.

[92] STRECK, 1999, p. 215.

de uma nova interpretação constitucional[93]. É de levar-se em conta que, mesmo sob a égide da "dogmática jurídica tradicional, já haviam sido sistematizados diversos princípios específicos de interpretação constitucional", de forma a suplantar "as limitações da interpretação jurídica convencional, concebida sobretudo em função da legislação infraconstitucional"[94].

Luís Barroso considera que a "grande virada na interpretação constitucional" ocorreu ante a verificação de que "as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular" não trazem, sempre, em si "um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem", de forma que somente "caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização".

> A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar.

A concretização dos valores e princípios constitucionais se faz inafastável pela força do próprio documento constitucional. Assim, quem interpreta e aplica o Direito não pode cogitar se inclui ou não a análise constitucional, isto é, ao interprete não é dado decidir se realiza apenas Hermenêutica Clássica ou aplica ainda a Hermenêutica Constitucional[95]. "A nova interpretação constitucional é fruto de evolução seletiva, que conserva muitos dos conceitos tradicionais, aos quais, todavia, agrega idéias que anunciam novos tempos e acodem a novas demandas"[96].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, extintas a velhas utopias liberais, parafraseando Luís Barroso, considerou-a como marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história, carregada com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes[97].

Neste viés, assevera-se que a concepção principiológica, que vem se solidificando, permite antever o real valor que possuem, os princípios, para a viabilização de uma ordem jurídica mais justa, fundada em critérios de eqüidade, reconhecendo-se a necessidade de adequação ao corpo social ao qual deve tutelar.

---

[93] BARROSO, 2003, p. 331.
[94] BARROSO, 2003, p. 331.
[95] AFONSO DA SILVA, 2005, p. 116.
[96] BARROSO, 2003, p. 333.
[97] BARROSO, 2003, p. 329.

É certo que a tendência dos Princípios em se espraiar pelo ordenamento jurídico, abandonando seu tradicional papel subsidiário e assumindo uma função primacial, representa uma ruptura com a postura de distanciamento do Direito com a realidade social e ao mesmo tempo uma exaltação ao ideal democrático, posto que voltada irrefutavelmente à concretização de anseios e valores atinentes a toda sociedade.

Por sua vez a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada, segundo Luís Barroso, as normas constitucionais conquistaram o "status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam". Mais do que isso, a "Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais". E, a efetividade da Constituição é a "base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional"[98].

Ao interprete que alça seu vôo, não se lhe importa de que lado está a brisa e nem quão forte ela possa se tornar, há de ter como balizamento os princípios constitucionais, que "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins"[99], expondo seu autêntico sentido, sem olvidar que os princípios garantem a estrutura e uma certa identidade do núcleo constitucional. Nessa tessitura, afirma-se que o "sentido da Constituição não pode continuar velado" – há de ser descoberto, efetivo[100].

Neste contexto, a pedra de toque - a nova hermenêutica constitucional calcada nos princípios, corretamente entendida e operacionalizada, mostra-se capaz de fornecer as bases conceituais imprescindíveis à materialização das promessas de promoção de justiça e dignidade a partir das quais forja-se o Direito contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* Tradução de: *Theorie der Grundrechte*. Valdes, Ernesto Garzon, trad. Madrid: CEPC, 1993 (Reimpressão 2002).

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de direito Administrativo.* Trad. Luis Afonso Heck. Rio de Janeiro: Renovar. n. 217. jul./set., 1999.

[98] BARROSO, 2003. Idem, p. 330
[99] BARROSO, 1999, p. 147.
[100] STRECK, Lênio Luiz. A crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN BARROSO, Luís Roberto. Org. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.* São Paulo: Saraiva, 2006

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática funcional transformadora*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: *Revista de Direito Administrativo*, nº 240. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 2005. p. 01-42

BONAVIDES, Paulo *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7º Edição, 2º Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

_____. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Revista. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In : *Constitición y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundación Manuel Garcia, Pelayo, 2000.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Almedina, 1982.

DANTAS, Ivo. *Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1995.

ENTERRIA, Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional.* Madrid, Civitas, 1981.

ESPÍDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU. Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A interpretação constitucional como processo. *Juris Plenum*, Edição nº 77, vol. 2. Porto Alegre: Editora Plenum, maio/jun, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1994.

MOREIRA, Vital. O futuro da Constituição. In GRAU. Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PECES BARBA, Gregório. *Los Valores Superiores*. Madrid, Tecnos, 1986.

PÉREZ LUÑO. Antonio. *Los derechos fundamentales*. 7ª ed. Madrid: Tecnos, 1998.

PRIETO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999.

ROTHENBURG**.** Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANCHEZ, José acosta. Transformaciones de la Constituión en el siglo XX. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época*) N. 100 – Madrid: abril/junho, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. A crise da Hermenêutica e a Hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). IN: SAMPAIO, José Adércio Leite - Coordenador *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIREITO À SAÚDE: DIREITO FUNDAMENTAL E SUBJETIVO?

Lidiane Nascimento Leão*

RESUMO

O direito à saúde emerge no constitucionalismo contemporâneo inserido na categoria dos direitos sociais. No Brasil o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 como direito público subjetivo a prestações estatais, ao qual corresponde o dever dos Poderes Públicos desenvolverem as políticas públicas que venham garantir esse direito. As objeções doutrinárias em relação à sua fundamentalidade e subjetividade é o ponto de partida para análise da eficácia e aplicabilidade do direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVES: SAÚDE; DIREITOS SOCIAIS; DIREITO SUBJETIVO; EFICÁCIA.

ABSTRACT

The right to health emerges in constitucionalism contemporary inserted in the category of the social rights. In Brazil the right to health was constitucionalized in 1988 as right subjective public by installments state owned companies, to wich corresponds the duty of the public powers to develop the politics that come to guarantee that right. The doctrinaire objections regarding its foundationty and subjectivity is the start point for analysis of right effectiveness and applicability to health.

KEYWORDS: BOTTOMS UP; SOCIAL RIGHTS; SUBJECTIVE RIGHT; EFFECTIVENESS.

* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará na linha de pesquisa "Constitucionalismo, Democracia e Direitos humanos" e área de concentração "Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais", bolsista CAPES, orientada pelo Prof. Dr. Antonio Gomes Moreira Maués. Artigo baseado no trabalho elaborado como requisito para aferimento de conceito da disciplina "Controle do Estado e Implementação dos Direitos Sociais", ministrada pelo Prof. Dr. Fernando Facury Scaff.

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais inquietantes e persistentes na temática dos direitos fundamentais é a de se os direitos sociais são direitos subjetivos. De fato, se há alguma questão que merece ocupar um lugar de destaque no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, esta, é, sem dúvida, a indagação em torno da possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental social, e independentemente de qualquer interposição legislativa, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, se há como compelir judicialmente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui seu objeto.

São muitos os que defendem a tese da impossibilidade de se alcançar a exigibilidade de tais direitos. Na verdade, ainda é largamente questionada na doutrina sua fundamentalidade, eficácia e justiciabilidade. Dessa forma, enquanto categoria os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC's), despertam objeções de ordem normativa, política e econômica. No entanto, há de fato alguma distinção válida entre os direitos fundamentais? A problemática encontra-se na estrutura dos direitos sociais ou na concepção de direito subjetivo ainda vigente no ordenamento jurídico pátrio? É possível desfrutar de liberdades substantivas sem igualdade de oportunidades?

Apesar de todos os argumentos e interesses contrários à aplicabilidade imediata dos direitos sociais, os juristas e juízes têm reconhecido e atribuído eficácia a um direito social prestacional específico em face do Estado. Trata-se do direito social à saúde, previsto no art. 6° da Constituição Federal de 1988 e insculpido como direito fundamental da pessoa humana.

Com efeito, verifica-se que há uma incidência cada vez maior do número de ações ajuizadas contra o Estado Brasileiro na tentativa de compelir a máquina estatal a fornecer medicamentos e tratamentos médicos de forma gratuita. Tais ações são propostas com fundamento no art. 196 da Carta Magna que estabelece que "*a saúde é um direito de todos e um dever do Estado*".

Em face do supracitado dispositivo constitucional que assegura o acesso universal à saúde e do que dispõe o art. 5°, §1°, da Constituição Federal de 1988, pode-se dizer que o direito à saúde gera para o cidadão o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, junto ao Estado, o custeio de um tratamento médico hospitalar na rede pública ou mesmo o fornecimento de medicamentos gratuitamente?

O direito social à saúde é um direito subjetivo? Caso positivo, é fruível coletivamente ou apenas individualmente? O princípio da universalidade de tratamento básico é para todo e qualquer cidadão ou para a maioria? E os casos de alta complexidade que demandam tratamentos caros? Afinal, existe algum critério que assegure a justiça e a igualdade em situações de tomada de decisões trágicas (direito à vida)?

O artigo em epígrafe tem por escopo precípuo analisar qual o posicionamento da doutrina e jurisprudência acerca do conteúdo, eficácia e aplicabilidade imediata ou não do direito fundamental à saúde na Constituição Federal do Brasil de 1988.

1. ESTRUTURA DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA EXIGIBILIDADE

Tendo em conta a classificação doutrinária tradicional dos direitos fundamentais (que divide os direitos fundamentais em gerações), Ingo Wolfgang SARLET menciona que o termo 'gerações' de direitos pode levar à falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual prefere o termo 'dimensões' dos direitos fundamentais, utilizada pela doutrina mais moderna.[1]

Por essa classificação, os direitos fundamentais de primeira dimensão são direitos de cunho 'negativo', já que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.[2] Têm por titular o indivíduo, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa, ostentando, ainda, uma *subjetividade*, que é seu traço marcante. São direitos de resistência ou de oposição frente ao Estado.[3] Integram os direitos civis e políticos: os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.

Por sua vez, os direitos de segunda dimensão, também denominados de direitos econômicos, sociais e culturais, têm origem no século XIX. Com a industrialização e os graves problemas sociais e econômicos, acompanhados de movimentos reivindicatórios, houve a exigência em relação ao Estado, de um comportamento ativo na realização da justiça social. Há, portanto, uma dimensão positiva. Não se trata mais de liberdade perante o Estado, mas de uma liberdade por intermédio do Estado. Caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como: assistência social, saúde, educação, trabalho, etc. É no século XX, de modo especial no segundo pós-guerra, que estes direitos

[1] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 53.
[2] Idem Ibidem, p. 54.
[3] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 517.

acabaram sendo consagrados em um número significativo de constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais[4].

Originadas de uma visão liberal, para Víctor ABRAMOVICH e Christian COURTIS, estas distinções estão baseadas em uma visão totalmente equivocada e "naturalista" do rol e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição do Estado mínimo que garante exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa.[5]

De fato, o ideário liberal rejeita o objetivo de redução das desigualdades, em nome de qualquer ideal de eqüidade e de justiça: as políticas que buscam realizar a justiça social distributiva são sempre encaradas como um *atentado contra a liberdade individual*. Nesse sentido, analisando a compreensão liberal dos direitos fundamentais esclarece Dieter GRIMM que, "*a limitação à proteção negativa dos direitos fundamentais que se reclamava em nome da aplicação racional do direito tende a salvaguardar as classes proprietárias burguesas*"[6].

Portanto, é óbvio que a função de uma interpretação exclusivamente negativa dos direitos fundamentais é contribuir para a estabilização do *status quo* social, afastando a tão temida compreensão em termos de intervenção que geraria um extraordinário impulso transformador.

Nos dias atuais, considerando a lógica da *política de globalização* neoliberal que aponta como uma necessidade a redução do estado ao *estado mínimo*, a privatização de todos os serviços públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação (eliminação) do poder dos sindicatos e a destruição do Estado-providência, António J. Avelãs NUNES, confirma que

> "O neoliberalismo exclui da esfera da responsabilidade do estado as questões atinentes à justiça social, negando, por isso, toda a legitimidade das (ineficientes) *políticas de redistribuição do rendimento*, orientadas para o objetivo de reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca de mais eqüidade, de mais justiça social, de mais igualdade efetiva entre as pessoas."[7]

---

[4] Para um estudo da eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito internacional, Cf. TREMPS, Pablo Pérez. *Las relaciones entre los sistemas internos e internacionales de protección de los derechos fundamentales*. *In*: MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. (Coords.). **Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 135-152; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991; LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[5] ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibiles**. Madrid: Trotta, 2002. p. 23.

[6] GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006. p. 157.

[7] NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39.

Observa-se, portanto, que não é a estrutura substancial dos direitos sociais que constitui um óbice à sua efetivação mas, sim os interesses político-econômicos neoliberais. Com efeito, até para pensadores respeitados no âmbito da economia política clássica, como Adam SMITH e David RICARDO, resultava mais que óbvia a inter-relação entre as supostas "obrigações negativas" do Estado, em especial em matéria de garantia da liberdade de comércio, e uma larga série de "obrigações positivas", vinculadas com a manutenção das instituições políticas, judiciais, de segurança e defesa, necessárias como condição do exercício da liberdade individual.[8]

Com efeito, em relação aos direitos civis e políticos, nem sempre é exigida exclusivamente abstenção, já que podem ser exigidas prestações positivas ou ajudas materiais, sem as quais é frustrado o seu exercício (como por exemplo, a liberdade de imprensa, que implica assegurar pela lei os meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes político e econômico).[9]

Da mesma forma, os direitos sociais não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, a garantia de salário-mínimo, limitação de jornada de trabalho, entre outros.[10]

Distinguem-se dos direitos de liberdade e igualdade formal, já que têm relação com igualdade no sentido material.[11] A liberdade igual leva para a igualdade real, pressupondo a possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. Tal liberdade enseja tarefa de distribuição/redistribuição dos 'bens sociais' entre classes e extratos das populações, entre nações e entre gerações.[12] Nesse sentido, os direitos sociais se realizam por meio de políticas públicas, orientados pelo princípio lógico e estruturante de solidariedade social.[13]

Por conta disso, ABRAMOVICH conclui que tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais constituem um complexo de obrigações positivas e negativas. Nessa perspectiva, *as diferenças entre tais direitos são mais diferenças de grau do que diferenças substanciais*.[14]

A debilidade da distinção clássica entre direitos civis e políticos e direitos sociais põe também em questão a principal objeção que se aponta contra a caracterização destes últimos

[8] ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. op. cit., p. 23.
[9] MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 102.
[10] SARLET, op. cit., p. 56.
[11] Idem Ibidem, p. 55.
[12]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 476.
[13] Idem Ibidem, p. 511.
[14] ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. op. cit., p. 24 e 25.

como direitos exigíveis. De acordo com esta objeção, a força vinculante, a exigibilidade ou mesmo a "juridicidade" dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta duvidosa já que a satisfação destes depende de disponibilidade de recursos financeiros[15] por parte do Estado.

Cabe repetir que esta objeção parte da consideração simplista dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos que estabelecem exclusivamente obrigações positivas, idéia que se constatou equivocada.[16] Além do mais, constata-se que já é automática a vinculação direta das obrigações positivas do Estado com a obrigação de dispor de fundos. Sem dúvida de que se trata de uma das formas mais características de cumprir com obrigações de fazer ou de dar, em especial em campos tais como a saúde, a educação ou o acesso à moradia.

No entanto, adverte Víctor ABRAMOVICH que as obrigações positivas não se esgotam em obrigações que consistam unicamente em dispor de reservas orçamentárias para o fim de oferecer uma prestação. As obrigações de prover serviços podem caracterizar-se pelo estabelecimento de uma relação direta entre o Estado e o beneficiário da prestação. O Estado, pode, ainda, assegurar o gozo de um direito através de outros meios, nos quais podem tomar parte ativa outros sujeitos obrigados.[17] Um bom exemplo, é a prestação pelo setor privado, em caráter suplementar (art. 199 da CF/88), de serviços públicos de saúde regulados pelo Estado.

Portanto, entendemos que não há uma distinção substancial válida entre os direitos fundamentais. Todos são constituídos de uma fundamentalidade intrínseca e se complementam formando um "*continuum* de direitos"[18]. Essa compreensão só é possível se entendermos, com Amartya K. SEN, que há uma íntima relação entre liberdade e igualdade e que o caminho para o desenvolvimento é a expansão das liberdades substantivas através da igualdade de oportunidades e possibilidades.[19]

Nesse sentido, o foco da aplicabilidade dos direitos fundamentais deve se dirigir aos graus de concretização possíveis, já que o problema da eficácia dos direitos sociais não reside na sua estrutura ou conteúdo mas, na concepção de categorias jurídicas, como a de direito subjetivo, que não dão respostas satisfatórias às multifacetadas e difusas demandas sociais.

---

[15] A respeito da teoria da reserva do possível, cf. entre outros: ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002; KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

[16] Desfazendo a distinção extremada entre direitos negativos e positivos, Stephen HOLMES e Cass R. SUNSTEIN em seu livro: **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Co., 1999, demonstram que todos os direitos custam dinheiro, inclusive os direitos negativos, e nada que custe dinheiro pode ser absoluto.

[17] ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. op. cit., p. 32 e33.

[18] Idem Ibidem, p. 27.

[19] SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17-108

2. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUBJETIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito à saúde figura como direito e dever fundamental na Constituição de 1988, se relacionando intrinsecamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o próprio direito à vida, tendo sido, inclusive, objeto de expressa menção no plano internacional[20], pelo que não há controvérsia quanto a sua natureza de direito fundamental.

Com efeito, a Constituição Republicana não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi mais além, consagrando a saúde como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátria.

Assim, de acordo com SARLET,[21] a saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais (e que, por esta razão, assim são designados) na nossa ordem constitucional. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: *a)* como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; *b)* na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; *c)* por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.

Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável

[20] No direito internacional, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz com a previsão expressa de um direito à saúde. Com efeito, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe, aqui de forma resumida, que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também na Convenção dos Direitos da Criança, já com a dimensão específica voltada para a questão da saúde da criança e do adolescente, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontramos nova referência ao direito à saúde.

[21] SARLET, op. cit., p. 86-90.

importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - dispensa maiores comentários.[22]

Dessa forma, a constitucionalização do direito à saúde na atual Carta Magna possui duas características principais: o seu reconhecimento como direito fundamental e a definição dos princípios que regem a política pública de saúde.

A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II ('Dos Direitos Fundamentais') da Constituição de 1988. Além disso, o *caput* do art. 196, já referido, define a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Outrossim, a leitura combinada dos arts. 194, 196 e 198 da Constituição permite a definição dos seguintes princípios informadores da política pública de saúde:

a) **universalidade** (art. 194, I; art. 196, *caput*): como direito de todos, a saúde não requer nenhum requisito para sua fruição, devendo ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde.

b) **caráter democrático e descentralizado da administração**, com participação da comunidade (art. 194, VII; art. 198, I e III): traduz- se em distribuição de responsabilidades pelas ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da noção de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maiores as chances de acerto. Tal diretriz tem orientado a regulamentação do sistema de saúde, pautada pela maior responsabilidade dos municípios na implementação das ações de saúde, a chamada 'municipalização da saúde'.

c) **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II): a integralidade do atendimento significa que o sistema de saúde deve garantir acesso a ações de promoção, que buscam eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, envolvendo também as ações em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação etc.; de proteção, que visam à prevenção de riscos e exposições a doenças, incluindo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária; de recuperação, ou seja, atendimento médico, tratamento e reabilitação para doentes.

d) **regionalização e hierarquização** (art. 198, *caput*): este princípio busca permitir um conhecimento maior, por parte da rede de serviços do sistema, dos problemas de saúde da população de uma área delimitada, favorecendo medidas de vigilância epidemiológica,

[22] Para maiores reflexões a respeito dos direitos fundamentais como exigência e concretizações do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

sanitária, educação em saúde, e ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade, viabilizando a distribuição espacial dos serviços e sua organização com suporte técnico e de recursos humanos.

Essa forma de constitucionalização do direito à saúde acarretou várias conseqüências jurídicas.

Deveras, com a definição da saúde como direito fundamental, abriu- se o caminho para que todos os cidadãos brasileiros dela possam usufruir, tendo em vista que a saúde passou a constituir um direito público subjetivo, garantido pela existência do Sistema Único de Saúde (SUS).

Analisando as características essenciais do conceito de direito subjetivo fundamental, leciona José Carlos Vieira de ANDRADE que "a figura do direito subjectivo implica um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efectiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular"[23].

Diante disso, conclui-se que o direito à saúde é um direito público subjetivo por expressa determinação constitucional. Ademais, a criação e regulamentação do Sistema Único de Saúde bem como, a regulamentação de políticas específicas no campo da saúde mental (Lei n. 10.216/01) e do fornecimento estatal de medicamentos (Lei n° 8.080/90) entre outras, dirime qualquer dúvida quanto à existência de um direito subjetivo à saúde.

Mas a saúde, para além da sua condição de direito fundamental e subjetivo é também dever. Tal afirmativa decorre - no que diz com o Estado – diretamente da dicção do texto constitucional, que, no art. 196, sublinhou a obrigação precípua do poder público para com a efetivação deste direito. Todavia, a não ser que se pretenda sustentar uma interpretação literal e restritiva, que, no entanto - ao menos no nosso sentir - não resiste minimamente quando se privilegia uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, afinada, por sua vez, com os postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa[24], também haverá de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever e respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares[25] em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.

---

[23] ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 114.

[24] Sobre a força normativa da Constituição, ver sobretudo HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

[25] O direito à saúde não pode, portanto, continuar sendo reconduzido exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares, ainda que se possa admitir que a assim denominada "eficácia horizontal" dos direitos fundamentais, em suma, a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público. Cf. dentre outros, CANOTILHO, op. cit., p. 1204 ss.

Assim, embora os direitos fundamentais tenham sido originariamente concebidos como oponíveis ao Estado, deve-se admitir que eles também incidem nas relações jurídicas entre particulares. No campo do direito à saúde, esta noção impõe aos poderes públicos a obrigação de proteger e regular a saúde no âmbito das relações privadas[26], devendo o legislador estabelecer leis adequadas a essa proteção e os tribunais interpretar as normas privadas em conformidade com a Constituição.

3. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1. O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais

Em que pese a complexidade do problema e os riscos decorrentes de uma simplificação, salientamos que, dadas as limitações deste estudo, haveremos de priorizar alguns dados de cunho mais genérico, restringindo a nossa abordagem a alguns dos inúmeros aspectos passíveis de serem enfrentados neste contexto.

Desde logo, cumpre rememorar que a nossa Constituição, no âmbito da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, previu, expressamente, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos.

Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar, sustentamos que a norma contida no art. 5º, parágrafo 1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de normaprincípio,[27] de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.[28] Vale dizer, em outras palavras, que das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e

[26] Acerca das formas privadas de prestação da saúde pública e de sua regulação pelo Estado, cf. CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
[27] A respeito da distinção entre regras e princípios como espécie de normas, v. CANOTILHO, op. cit., p. 1085 e ss., embasado especialmente nas lições de Dworkin e Alexy.
[28] Sobre este sentido do art. 5º, § 1º, da CF/88, v. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.245 e ss.

devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nesta medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador. No entanto, tal postulado (o princípio que impõe a maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais) não implica em desconsiderar as peculiaridades (graus de concretização) de determinadas normas de direitos fundamentais, admitindo, dadas as circunstâncias, alguma relativização ou mesmo uma concretização progressiva.

Feitas estas breves considerações a respeito do princípio da máxima efetivação dos direitos fundamentais[29], passaremos então a tratar como as normas constitucionais versando sobre a saúde, especialmente naquilo que dizem com um direito à saúde, poderão alcançar eficácia e efetividade. Neste contexto, vale relembrar que, na condição de direito constitucional fundamental, o direito à saúde possui várias dimensões, assim como diversas possibilidades de concretização, isto é, de realização, dentre as quais destacam-se as que seguem.

3.2. A dimensão negativa do direito à saúde

No âmbito da assim denominada dimensão negativa, o direito à saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou a sociedade) deve fornecer aos cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos, etc. Na assim chamada dimensão negativa, ou seja, dos direitos fundamentais como direitos negativos (ou direitos de defesa), basicamente isto quer significar que a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isto direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde.

Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, pelo menos em princípio, inconstitucional, e poderá ser objeto de uma demanda

[29] Para um estudo mais profundo desse princípio verificar PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

judicial individual ou coletiva, em sede de controle concreto ou abstrato de constitucionalidade. Uma lei, por exemplo, que tivesse como objetivo impedir a determinados cidadãos o acesso ao SUS, poderia, em princípio, vir a ser declarada inconstitucional e anulada, o que, por si só, já se revela como uma forma de tornar efetivo o direito à saúde, ao menos nesta dimensão importante.

Além disso, ainda no contexto da assim denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que considerar o princípio da proibição de retrocesso, que, embora ainda não esteja suficientemente difundido entre nós, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela nossa ordem constitucional.[30]

O princípio da vedação de retrocesso, embora necessariamente não tenha o condão de desconsiderar uma certa margem de liberdade da qual dispõe o legislador numa ordem democrática, impede, todavia, que o legislador venha a desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio havia dado às normas da Constituição, especialmente quando se cuida de normas constitucionais que, em maior ou menor escala, acabam por depender destas normas infraconstitucionais para alcançarem sua plena eficácia e efetividade, em outras palavras, para serem aplicadas e cumpridas pelos órgãos estatais e pelos particulares.

Também no âmbito do direito à saúde – como citado anteriormente – existem várias leis que o regulamentam. Assim, por exemplo, há como citar a legislação federal e estadual, determinando que o governo (da União e/ou do Estado) é obrigado a fornecer, gratuitamente, medicamentos especiais a pessoas sem condições financeiras para a aquisição e que deles necessitam para o tratamento de suas moléstias, incluindo, à evidência, medicamentos para os portadores do HIV. Também temos uma ampla e minuciosa regulamentação do SUS, igualmente instituído originariamente pela Constituição de 1988. Da mesma forma, há como citar a legislação sobre os planos de saúde, que dizem com o papel da iniciativa privada no campo da saúde, tudo isto apenas para demonstrar a importância desta regulamentação da Constituição pelo legislador ordinário (infraconstitucional) e até mesmo pelo Poder Executivo, no âmbito da sua competência administrativa e normativa.

[30] Sobre a proibição de retrocesso v. SARLET, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 369 e ss.; STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. **Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31 e ss. Sobre o Estado democrático de Direito e seu papel na concretização da igualdade e dos direitos sociais, v., ainda, MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

Pois bem, considerando os exemplos colacionados, verifica-se que com base no princípio da proibição de retrocesso, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, o que se pretende é evitar que o legislador venha a revogar (no todo ou em parte essencial) uma ou mais normas infraconstitucionais que concretizaram o direito à saúde constitucionalmente consagrado.

3.3. A dimensão positiva do direito à saúde

A pergunta que se coloca a todos que analisam a dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde, em última análise, diz com a possibilidade de o titular deste direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde. A resposta, à evidência, não é simples, assim como também é evidente que não teremos aqui condições de esgotar o problema. Por esta razão, seguem apenas algumas breves considerações a respeito desta faceta do direito à saúde, partindo-se, desde logo, da premissa de que o direito à saúde, para além da dimensão defensiva já declinada, é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade.

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma, do direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até o fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.

Quem vai definir o que é o direito à saúde, quem vai, neste sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição. Da mesma forma, será o Poder Judiciário (ao menos, assim o sustentamos), quando acionado, quem irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem.[31]

[31] Apresentando uma visão em contrário, cf. o excelente artigo de COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 737, março de 1997. p. 11-22.

Permanece, todavia a indagação se o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva do Estado, compelindo o Estado ao fornecimento de medicamentos, leitos hospitalares, enfim, toda e qualquer prestação na área da saúde. Na medida em que o nosso poder público não tem logrado atender (e aqui não se está adentrando o mérito das razões invocadas) o compromisso básico com o direito à saúde, constata-se a existência de inúmeras ações judiciais tramitando nos Foros e Tribunais brasileiros, dentre as quais destacam-se as demandas movidas por portadores do HIV na busca do fornecimento dos medicamentos para o tratamento adequado da moléstia e a garantia de uma sobrevida mais longa e com menor sofrimento e, portanto, mais digna.

A expressiva maioria dos argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo individual à saúde como prestação (assim como ocorre com os demais direitos sociais prestacionais, tais como educação, assistência social, moradia, etc), prende-se ao fato de que se cuida de direito que, por sua dimensão econômica, implica alocação de recursos materiais e humanos, encontrando-se, por esta razão, na dependência da efetiva disponibilidade destes recursos, estando, portanto, submetidos a uma reserva do possível.

Com base nesta premissa e considerando que se cuida de recursos públicos, argumenta-se, ainda, que é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação dos poderes.[32] Assim, em se acolhendo de forma irrestrita este entendimento, efetivamente haveríamos de capitular diante daqueles que propugnam o cunho meramente programático das normas constitucionais sobre a saúde.

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o

[32] Sobre a falta de legitimidade democrática do Judiciário na implementação de políticas públicas, cf. o instigante artigo de **Martônio Mont'Arverne Lima. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política**. *In:* Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Claudio Pereira de Souza Neto *et alii*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-261.

comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo.[33]

Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.[34]

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade.[35]

Tal concepção, ora sumariamente exposta, foi recentemente acolhida em notável Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do eminente Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, demonstrando, na esteira de inúmeras outras decisões de Juízes e Tribunais pátrios, a consagração da tese em prol do reconhecimento de um direito subjetivo à saúde como prestação, bem como o comprometimento, pelo menos de larga parcela do Poder Judiciário, com a causa da vida e da dignidade da pessoa humana,[36] entendimento este atualmente sufragado até mesmo pelos inicialmente mais tímidos Tribunais Superiores.[37]

---

[33] Cabe lembrar, neste contexto, que, nesta linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger - em face dos limites já referidos - toda e qualquer prestação possível e imaginável,restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas. Neste sentido, cumpre referir paradigmática formulação enunciada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo, não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.

[34] Cf. SARLET, op. cit., p. 298 e ss.

[35] ALEXY, Robert, op. cit., p. 81-114.

[36] Cf. julgamento nos Embargos Infrigentes nº 598526481, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Des. Luiz Felipe Brasil Santos, 11.06.99.

[37] Vale lembrar, neste contexto, decisões do Superior Tribunal de Justiça afirmando o cunho programático do direito à saúde (art. 196 da CF), muito embora a recente e louvável alteração substancial deste entendimento, como se verifica a partir do Acórdão proferido em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11183/PR, relatado pelo Ministro José Delgado, onde restou assentado que o direito à saúde é direito fundamental do ser humano.

Resta consignar, nesse ponto, que no caso específico do fornecimento de medicamentos, os argumentos contrários ao reconhecimento de um direito subjetivo a prestações diretamente deduzido da Constituição esbarram até mesmo na existência de legislação específica (Lei Federal nº 9.313/96 e, no caso específico do Rio Grande do Sul, da Lei Estadual nº 9.908/93), de tal sorte que já houve, ao menos para este efeito, uma concretização pelo legislador infraconstitucional, inexistindo, igualmente na senda do que já tem sido decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,[38] qualquer óbice à condenação do Estado no fornecimento ou pagamento (se não tiver em estoque os medicamentos) da medicação necessária, o que assume particular importância no caso dos portadores do HIV.[39]

Por outro lado, não haveria como desconsiderar a grave ameaça que paira sobre todos aqueles que necessitam bater às portas do Judiciário para a obtenção, via processo judicial, do reconhecimento e proteção de seu direito à saúde. Com efeito, tendo em conta o caráter normalmente emergencial da prestação reclamada, impõe-se, em regra, a concessão de uma medida liminar, que, evitando o comprometimento grave e até mesmo irreversível da saúde do demandante, concede-lhe antecipadamente o direito reclamado em Juízo, no todo ou em parte.

Pois bem, considerando a existência de legislação proibitiva da concessão de tutela antecipada contra o poder público e levando em conta, ainda, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter-se pronunciado pela constitucionalidade desta legislação (embora não de forma definitiva), não se poderia mais, a prevalecer este entendimento, obter provisória e antecipadamente, o medicamento, exame laboratorial, atendimento médico, enfim, a prestação saúde constitucionalmente assegurada.

Mesmo assim, constata-se que Juízes e Tribunais - a despeito do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a este ponto - continuam, ao menos em sua maior parte, deferindo liminares, cientes de que negar a antecipação da tutela e relegar ao final do processo a concessão do direito reclamado, em muitos casos equivaleria, na linha do que já restou dito, condenar a pessoa à morte ou ao comprometimento grave e, por vezes, definitivo de sua saúde.

De outra parte, verifica-se que a referida ameaça - pelo menos no caso do direito à saúde - tem sido amenizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, seja pelo fato de não ter cassado, em sede de Reclamação, as decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais ordinários,

[38] Cf. Apelação Cível nº 598018182, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, julgada em 22.10.98.
[39] Sobre exemplos de casos de exigibilidade direta dos DESC's (especialmente na área da saúde), cf. ABRAMOVICH, op. cit., p. 117-168.

seja por ter considerado, já em mais de um julgamento, que a condenação do Estado no fornecimento de medicamentos, com base em legislação específica, sequer desafia Recurso Extraordinário, já que não se cuida de ofensa direta à Constituição, além de afirmar, recentemente e de modo enfático, o caráter fundamental e, pelo menos em certa medida, também justiciável do direito à saúde (na condição de direito subjetivo) no âmbito de nossa ordem jurídico-constitucional.[40]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, e cientes de que aqui logramos apenas tangenciar alguns dos aspectos de tão relevante e complexa problemática, parece-nos oportuno registrar que, quando falamos do direito à saúde e da sua efetivação, não podemos desconsiderar a inequívoca imbricação entre questões que normalmente são tidas como "meramente" políticas, econômicas, sociais ou mesmo culturais, com a ordem jurídica, isto é, com a evidente relevância jurídica destes problemas. Da mesma forma, não há como negligenciar que o jurídico - e isto não apenas no âmbito da saúde – encontra seus limites justamente na realidade social, econômica e cultural de uma determinada sociedade.

Apesar das limitações fáticas, podemos certamente afirmar que os direitos sociais não são direitos de "segunda hierarquia" ou mesmo apenas metas ou "catálogo de intenções". Observou-se que são direitos investidos de igual fundamentalidade e subjetividade que os direitos civis e políticos. Apresentam dimensão tanto positiva quanto negativa e, portanto, são justiciáveis ou exigíveis, na medida de suas peculiaridades, como os demais direitos fundamentais.

Nesse sentido, observou-se que há uma possibilidade de se chegar à igualdade a partir da liberdade. Com efeito, em nossa opinião, o desenvolvimento a partir da liberdade no Brasil pode ser alcançado através de qualquer sistema político (seja num governo de direita ou

[40] Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 267.612-RS (decisão publicada no DJU de 23.08.2000), o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, em hipótese versando justamente sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS, consignou que "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o poder público, fraudando justas espectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." (extraído das transcrições efetuadas no Boletim Informativo do STF).

esquerda) pois, a nossa Constituição Dirigente aponta para a gradativa e progressiva concretização dos direitos fundamentais.

Tal concretização já pode ser observada no que diz respeito à garantia do direito à saúde, que possui *status* constitucional de direito fundamental e subjetivo. Por conta disso, e considerando que da garantia desse direito fundamental dependem o pleno gozo do direito à vida digna, entendo que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata conforme prescreve o § 1º, do art. 5º da CF/88, e que, portanto, pode-se dizer que referido direito gera para o cidadão (individualmente) o direito subjetivo de pleitear, de maneira imediata, junto ao Estado, o custeio de um tratamento médico hospitalar na rede pública ou mesmo o fornecimento de medicamentos gratuitamente.

É importante consignar que, entendemos que o beneficiário do direito à saúde pública é qualquer cidadão (rico ou pobre) em decorrência do princípio constitucional da universalidade de tratamento básico. No entanto, disso não se infere que o Estado deve garantir tudo, sempre, independente se tiver recursos disponíveis ou não, a todos os que baterem na porta do Judiciário.

Acreditamos que o juiz quando concede uma prestação específica à um cidadão individual (fornecimento de medicamentos, por exemplo) não está implementando uma política pública que tem a finalidade de atender uma coletividade. No entanto, mesmo nas hipóteses de decisões judiciais individuais os pedidos hão de se pautar pelo razoável e possível. Portanto, o direito social à saúde há de ser ponderado especificamente de acordo com o caso concreto. Tal juízo de ponderação vai variar de acordo com a opção política de quem decide e da sua eleição de prioridades.

Por conta disso, temos a convicção de que apenas mediante uma convergência de vontades e esforços (do Poder Público e da sociedade), bem como especialmente com a superação do tradicional jogo do “empurra-empurra” que se estabeleceu no nosso País (entre Estado e iniciativa privada, entre União e Estados, entre estes e os Municípios, entre Executivo e Legislativo, entre estes e o Judiciário, etc.) é que se poderá chegar a uma solução satisfatória e que venha a resgatar a dignidade da pessoa humana para todos os brasileiros, notadamente no que diz com a efetiva possibilidade de usufruir das condições mínimas para uma existência digna.

É por tudo isso, que acreditamos que a participação popular gerindo e controlando os recursos públicos é fundamental para a concretização dos direitos fundamentais. Sem o efetivo exercício da cidadania não há garantia do direito à saúde. De fato, tanto para que a lei reflita o ideal de justiça da sociedade, quanto para que os órgãos da Administração Sanitária

normatizem as relações concretas que podem ameaçar a saúde ou para que o poder Judiciário decida sempre preservando o direito à saúde, é indispensável a participação dos cidadãos, atuando sua parcela de responsabilidade na autoridade deliberativa e judiciária da *polis*.

Assim, é necessário que as condições procedimentais do processo democrático sejam protegidas, ou seja, torna-se necessário preservar o papel dos Parlamentos como legítimos representantes dos interesses dos diferentes setores envolvidos tanto no processo de produzir, consumir e controlar os riscos sanitários quanto na definição das políticas públicas de assistência à saúde, combinando-o com a extensão das hipóteses de participação dos cidadãos junto aos serviços de saúde, com o controle democrático dos meios de comunicação de massa, especialmente no que se refere diretamente aos riscos sanitários, e com o fortalecimento de comissões especializadas no tema nas estruturas partidárias. É necessário, pois, que o povo e governantes se unam na construção e manutenção dos espaços públicos de discussão.

Isso porque - em face de sua estreita vinculação com a própria garantia da vida e de uma vida com dignidade - para o direito à saúde, a benfazeja utopia constitucional da máxima realização dos direitos fundamentais assume feições emergenciais, especialmente em virtude das peculiaridades da ordem jurídica, social e econômica pátria.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibiles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 737, março de 1997.

CUNHA, Paulo César Melo da. **A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: Norton & Co., 1999.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Martônio Mont'Arverne. **Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política**. *In:* Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional. Claudio Pereira de Souza Neto *et alii*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando Facury; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. (Coords.). **Direitos fundamentais e relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. **Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

A IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA VISITA AOS SEUS PRESSUPOSTOS HISTÓRICO-TEORÉTICOS NA PASSAGEM DO IMPÉRIO PARA A REPÚBLICA, DA PERSPECTIVA DA FORMA DE ATUAÇÃO DO GUARDIÃO MÁXIMO DA CONSTITUIÇÃO.

Maria Fernanda Salcedo Repolês[*]

RESUMO

O presente texto tem o objetivo de reconstruir discursivamente um fragmento da história constitucional brasileira: o da passagem da guarda máxima da Constituição exercida pelo critério político mediante o Poder Moderador, durante o Império, para a guarda da Constituição através do controle jurisdicional difuso exercido pelo Judiciário em geral, enfocando-se, sobretudo a atuação do Supremo Tribunal Federal, o seu órgão de cúpula. Buscou-se analisar criticamente os argumentos que discutem a politização do Poder Judiciário e suas conseqüências para a construção da identidade do sujeito constitucional numa sociedade que se quer democrática, desde a problematização das distintas articulações da tensão entre o Direito e a Política necessariamente presente no exercício da guarda máxima da Constituição, seja política, seja jurisdicional. Enfocou-se, assim, a tensão entre autoridade e poder sempre presente na cultura jurídica brasileira desde o Império, de forma a compreender, através da discussão sobre essa tensão, as imprescindíveis e distintas formas de articulação entre poder administrativo e poder comunicativo levadas a efeito pelo STF no sentido de buscar fundamentar a sua atuação, constituindo uma tradição que pode e deve ser enfocada como um permanente processo de aprendizado. Desse modo é que, da perspectiva adotada de aprendizado institucional de longo prazo, ou seja, de construção do sujeito constitucional, os fracassos são tão relevantes quanto os sucessos alcançados. Cada capítulo desse romance institucional é escrito tendo como base os anteriores. A qualidade desse romance depende, portanto, de nossa capacidade de retomarmos crítica e seletivamente essa história que nos constitui.

PALAVRAS-CHAVES: IDENTIDADE; SUJEITO CONSTITUCIONAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, BRASIL; INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, BRASIL; JÜRGEN HABERMAS; MICHEL ROSENFELD.

[*] Mestre em Filosofia (FAFICH-UFMG) e Doutora em Direito (FD-UFMG), Professora Titular de Teoria do Direito do Programa de Mestrado da Unipac, campus Juiz de Fora, MG. Professora dos Cursos de Graduação em Direito das Faculdades Estácio de Sá e Novos Horizontes, em Belo Horizonte, MG.

ABSTRACT

The Thesis has the aim to reconstruct, from the point of view of the discourse theory, one fragment of Brazilian constitutional history: that of the transition from the political guardian of the Constitution, exerted during the Empire, by the 'Moderator' Power, to guardian of the Constitution exerted by the diffuse judicial review, through the Judiciary Power, in general, specially focusing the actions of the Federal Supreme Court, its cupola organ. We tried to critically analyze the arguments that discuss the politization of the Judiciary Power and its consequences for the construction of the identity of the constitutional subject in a society that aims to be democratic. Thus, we rose the problems that develop from the different articulations of the tension between Law and Politics necessarily present in the exercise of the review of constitutionality of the laws, be it political, be it judicial. We focused the tension between authority and power, always present in Brazilian juridical culture since the Empire, in search to understand, through the discussion of this tension, the indispensable and different articulation forms between administrative power and communicative power taken to effect by the Federal Supreme Court, when it looks for a foundation of its performance, constituting a tradition that can and should be focused as a permanent learning process. In this way, from the stand point of a long term institutional learning process, that is, from the perspective of the construction of the identity of the constitucional subject, the failures are as relevant as the reached successes. Each chapter of this institutional chain novel is written having the precedent chapters as a base. Therefore, the quality of the chain novel, depends on our capacity to critically and selectively recover this history that constitute us.

KEYWORDS: IDENTITY; CONSTITUTIONAL SUBJECT; CONSTITUTIONAL REVIEW, BRAZIL; INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION, BRAZIL, JÜRGEN HABERMAS, MICHEL ROSENFELD.

INTRODUÇÃO:

O presente texto busca analisar os desafios postos ao guardião máximo da Constituição no exercício de seu papel constitucionalmente definido, buscando localizar os momentos de crise institucional e circunstâncias em que se torna fundamental a definição do que é a Constituição constitui. Buscamos problematizar a postura que o guardião máximo da Constituição deve tomar nesses momentos, para que mediante a sua decisão, seja possível construir e reconstruir a identidade do sujeito constitucional como algo aberto e indeterminado, que mantém no pano de fundo uma tensão constitutiva entre a afirmação da identidade e a necessária indeterminação que permite ver que toda identidade implica em diferença e em exclusão.

O texto toma como ponto de partida uma visão de história como processo aberto de transformação de contextos sociais que permite, na análise desse processo, o reexame do tempo presente e dos problemas que se colocam nesse tempo e que exigem das atuais gerações, a atualização da substancia normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da Constituição.

A definição de Constituição que nos serve de ponto de partida, a de "Constituição viva", encerra em si mesma o problema da identidade do sujeito constitucional – a afirmação dessa identidade em Constituições modernas dentro da chave interpretativa da igualdade e da liberdade e a determinação da identidade como conseqüência das limitações e deficiências da situação empírica e histórica desse sujeito.

A inovação do enfoque que propomos no presente texto é a de perceber que a identidade como ausência que é para nós, hoje, auto-evidente, provêm de um processo de aprendizado social que a torna assim. Ao reconstruir o papel institucional do guardião máximo da Constituição, vemos a sua tendência a se apropriar dos espaços de definição de identidade que deveriam ser mantidos vazios. Tanto a teoria constitucional clássica quanto as práticas sociais e jurídicas buscam reforçar a necessidade de determinar um "dono" para esses espaços, o que supostamente garantiria a afirmação efetiva dos direitos constitucionais. No entanto, na medida em que o espaço de definição da identidade é ocupado, a tensão entre inclusão e exclusão torna-se mais evidente e problemática, o direito constitucional afirma-se na medida em que nega a si próprio.

Assim, em vários momentos dessa história constitucional, a tentativa do guardião máximo da Constituição de ocupar o espaço de definição da identidade com os seus valores, sua ideologia, sua concepção de mundo, ignorando a pluralidade ética, a diversidade política e a necessária manutenção da interdependência entre esferas pública e privada, não resiste à dinâmica que a própria tensão coloca de maneira contrafatica. Ao invés de afirmar o seu poder, traduzido em sua capacidade de decidir e guardar os valores constitucionais, o órgão máximo enfraquece e abre brechas para que esse espaço seja ocupado de variadas formas, inclusive por formas que contrariam e negam o direito que se quer afirmar.

Ao recorrer a fragmentos da história constitucional brasileira conseguimos perceber e confirmar a nossa hipótese inicial. Conseguimos nos valer da reflexão dos sucessos e dos fracassos dessa história para demonstrar a importância da alteração da postura do guardião máximo da Constituição que propomos. Em síntese, buscamos demonstrar a diferença qualitativa que existe quando o guardião máximo da Constituição consegue assumir um papel institucional no qual a ausência opera como uma tensão necessária, e no qual o órgão cria mecanismos institucionais para lidar e confrontar os riscos inerentes à definição da identidade ao invés de tentar ocultá-los ou ignorá-los achando que assim pode reforçar o seu poder, quando em verdade o enfraquece. Buscamos reforçar a idéia de que a construção dessa identidade do sujeito constitucional é um processo de aprendizado social do qual o guardião máximo da Constituição é apenas um dos atores, cuja função precípua é a de manter abertos os processos de definição de identidade constitucional que permitem que esse aprendizado institucional se afirme em longo prazo, como um processo político democrático, em que as diferenças sejam incorporadas por via da realização de direitos fundamentais apoiados em uma soberania popular difusa.

Para isso nos valemos da reconstrução de um fragmento desse processo de aprendizado em que essas questões vêm à tona e evidenciam a sua complexidade : o da passagem da guarda máxima da Constituição exercida pelo Poder Moderador durante o Império, para o controle jurisdicional de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário em geral, e pelo seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, na República. Buscamos problematizar como o Poder Moderador e o Supremo Tribunal Federal, entendidos - cada um em seu tempo, como os guardiões máximos da Constituição, agiram na tarefa de definição da identidade do sujeito constitucional brasileiro. Procuramos dar relevância às tensões e contradições implicadas nesse processo histórico de maneira a auxiliar na compreensão do que seja a atuação do Supremo Tribunal Federal e os riscos implícitos no exercício do controle de constitucionalidade hoje.

1. A ATUAÇÃO DO PODER MODERADOR FRENTE ÀS AMBIGÜIDADES INERENTES À MANUTENÇÃO DO ESPAÇO SIMBÓLICO DA NAÇÃO

Em primeiro lugar, a análise do exercício da guarda máxima da Constituição pelo critério político do Poder Moderador nos revela os riscos inerentes a esse modelo de controle que aparecem principalmente na permanente necessidade de personificação e de busca de uma figura carismática capaz de por si só sustentar a simbologia da autoridade, necessária à tarefa de legitimar as decisões políticas que ajudam a definir a identidade constitucional. A ocupação do lugar vazio da autoridade por essa figura carismática, que no Império do Brasil foi exercida especialmente por Dom Pedro II, permitiu à elite saquarema criar um conceito de Nação que, inclusive pela via dos discursos políticos usados no exercício do Poder Moderador, sustentava o poder dessa elite e mantinha a exclusão social tanto na esfera pública, em que a política só poderia ser exercida pela "boa sociedade", quanto na esfera privada, em que o poder patriarcal era justificado contra as mulheres e os escravos.

No debate teórico entre Braz Florentino[1] e Zacarias de Góes[2] fica evidente a necessidade de legitimar a figura carismática do Imperador por via de discursos que lançam mão de chaves pré-modernas, como o da religião, do sagrado e das tradições imemoriais. Mas nem por isso, há como negar o seu caráter eminentemente moderno, na medida em que esses discursos são apropriados para justificar a construção da unidade social do povo, da unidade jurídica dos princípios federativos e da separação de poderes e da unidade política dos partidos e facções. Ou seja, o discurso da inviolabilidade e da irresponsabilidade do Imperador no exercício do Poder Moderador, pode ser compreendido como uma tentativa de oferecer uma alternativa ao vazio simbólico deixado pelo caráter sagrado do monarca absoluto. Essa transição entre Monarquia absolutista e Monarquia Constitucional exige que se reconheça e se tome como ponto de partida a separação funcional entre direito e política, a cisão gerada pela transição entre pré-modernidade e modernidade, a partir da qual a tensão implicada na identidade do sujeito constitucional torna-se problemática.

---

[1] (SOUZA, 1978) Braz Florentino foi professor da Faculdade de Direito de Recife, integrante do partido conservador, autor de obra clássica sobre Poder Moderador, aqui citada.

[2] (VASCONCELOS, 1978) Zacarias de Góes e Vasconcelos foi deputado liberal, publica o ensaio sobre Poder Moderador aqui citado de maneira anônima, em 1860, deflagrando uma crise na Corte. No ano seguinte, reedita o ensaio e o assina.

O caráter eminentemente moderno desse debate fica evidenciado ainda mais quando se resgata a discussão da doutrina constitucional sobre a aplicabilidade da máxima "O Rei reina, mas não governa", discussão essa pressuposta na formação da idéia de Poder Moderador pelo liberal Benjamim Constant[3]. No contexto de consolidação das monarquias parlamentares européias, tal máxima acaba por esvaziar o caráter simbólico do Rei, tanto na sua inviolabilidade quanto na sua sacralidade.

Benjamim Constant define o Poder Moderador como a chave para se compreender a relação entre poder executivo, investido de prerrogativas positivas e o poder real, mantido por tradições e reminiscências religiosas; ou seja, o Poder Moderador é a chave para se compreender a possibilidade de manutenção de um poder real no contexto moderno em que a remissão ao sagrado é rejeitada e em que as ações implementadas pelo poder administrativo devem se remeter a uma figura neutra, incapaz de ser personalizada e, por outro lado, capaz de garantir a força integradora da Nação, em contextos históricos em que a unidade não é possível. Essa figura será precisamente a Constituição.

A reinvenção do conceito de Poder Moderador pela doutrina constitucional brasileira não guarda correspondência com essa experiência européia, embora faça um esforço para se utilizar daquele conceito. Na obra *Da natureza e limites do Poder Moderador* Zacarias de Góes chega a afirmar que a inclusão da figura do Poder Moderador na Constituição do Império foi uma cópia literal do livro de Benjamim Constant. (VASCONCELOS, 1978: 28). Mas nossa hipótese é que de fato a interpretação da figura do Poder Moderador pela doutrina constitucional brasileira modifica radicalmente a tese francesa, de forma a justificar a constituição de uma sociedade sob certos termos. A pergunta fundamental seria, o que a Constituição do Império constitui?

No Brasil, a inclusão do Poder Moderador na Constituição torna claro aquilo que pretende ocultar: a dificuldade de se construir uma unidade necessária ao conceito moderno de Nação numa sociedade segmentada, escravocrata, patrimonialista, em que a elite ocupante do poder tem especial interesse em manter a ordem de distribuição de privilégios e

[3] (CONSTANT, 1957, 1997) Henri Bejamim de Rebecque Constant (1767-1830) nasceu na Suíça e se naturalizou francês, foi chefe do partido liberal francês, político e escritor. Nas obras aqui citadas defende a figura do Poder Moderador, de um poder neutro capaz de introduzir um equilíbrio nas relações de poder entre parlamento e rei.

honrarias da ordem colonial anterior. Por isso, três conceitos distintos aparecem. Os liberais radicais sustentam que o Poder Moderador é a chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote da liberdade dos povos (Frei Caneca, *apud* LEAL, 2002: 134). O liberais moderados, como Zacarias de Góes o definem como chave no sentido de fecho de abóbada, ou seja, como mecanismo de apóio, coordenação e composição. Finalmente os conservadores, a visão majoritária que acompanha Braz Florentino, o define como chave mestra capaz de abrir todas as portas por imposição de uma vontade pessoal inquestionável. (CARVALHO NETTO, 1992: 73)

A condição para que essa última definição tenha se tornado dominante foi a de revestir a figura do Imperador de um caráter simbólico em duas dimensões. Na dimensão física, a do guardião da brasilidade, da transmigração da alma portuguesa, do espírito cristão de bondade e caridade, que faz de Dom Pedro II uma figura amada pelo povo, alguém tão próximo e empático, que explica a presença de centenas de ex-escravos no porto em sua partida para o exílio após a proclamação da república. A segunda dimensão metafísica reveste o Imperador de uma aura mística e impenetrável, que transforma a Corte no lugar de iniciados, marcados pelo lápis vermelho, e o corpo do Imperador em algo sagrado.

A construção dessa figura carismática da autoridade, permite a personificação do poder que cria a identidade entre governantes e governados, necessária à manutenção inquestionável da elite saquarema nos altos postos de mando. Torna problemática, por outro lado, a consolidação de mecanismos que lidem com os riscos modernos advindos de um crescente processo de pluralismo social, ético e político. Por isso, é tão revelador que o próprio Dom Pedro tenha percebido a necessidade de transpor as atribuições do Poder Moderador a uma corte nos moldes da corte norte-americana, como consta da seguinte citação, em julho de 1889, em que Salvador de Mendonça, de partida para os Estados Unidos em missão especial ouviu do Imperador a seguinte recomendação:

> Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão

> bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda a atenção a este ponto. (*apud* RODRIGUES, 1965: tomo I, 1)

Assim, não obstante a tentativa recorrente do Império de ocultar as tensões e riscos inerentes ao exercício do papel de guardião da Constituição pelo critério político do Poder Moderador, esses riscos reapareciam em momentos de crise institucional e em momentos em que se tornava importante definir a identidade do sujeito constitucional. É o que acontece, por exemplo, ao longo das décadas de 1860, 1870 e 1880, em que além das diversas crises de governo na disputa do poder entre liberais e conservadores, acirram-se os ânimos dos movimentos abolicionistas e republicanos e aumentam as pressões externas em favor do fim da escravidão. Nesse contexto surge a Representação do Clube da Lavoura de Campinas (1879) em favor da revogação da Lei n.4 de 10 de junho de 1835, Lei de Execução Penal de inspiração regressista, e que, por força da interpretação do Poder Moderador torna-se, contrafaticamente, um caminho para a libertação de escravos.

Assim acontece também com a interpretação da lei do ventre livre em 1871, e a possibilidade aberta pelas lutas sociais contra a escravidão que a lei acaba por reconhecer formalmente, na qual negros têm a sua condição de liberdade reconhecida pelos tribunais brasileiros mediante prova de capacidade econômica de pagar o próprio preço de mercado. É nesse mesmo sentido que todo o debate sobre os projetos de Código Civil não conseguiram sair do papel ao longo de todo o século XIX. Não se tratava apenas de disputas político-partidárias, mas sobretudo da necessidade de se definir a identidade do sujeito constitucional a partir da afirmação do direito de propriedade e o paradoxo implicado na interpretação desse direito, na medida em que se apresenta como contrário ao direito de liberdade, também consagrado pela Constituição do Império e reivindicado pelos movimentos abolicionistas e pelos escravos.

Todos esses exemplos mostram a tensão inerente à definição de identidade do sujeito constitucional, que, embora possa ser reconstruída apenas do ponto de vista de seus sucessivos fracassos, encerra na forma de uma tensão, fragmentos de racionalidade capazes de constituir a história institucional sob a melhor luz. E a tensão fica clara no

exercício do Poder Moderador, que se por um lado é o avalista da abertura de espaços políticos de debate, inclusive condição de possibilidade do debate sobre abolição da escravatura, por outro, impede que esse debate se funde na autoridade simbólica da Constituição, na medida em que opta por ocupar esse espaço, que deveria ser de todos e de ninguém, ao mesmo tempo.

Com a adoção do controle jurisdicional de constitucionalidade, com a criação do Supremo Tribunal Federal e com a estruturação da justiça federal na Primeira República, os riscos inerentes à forma política de guarda da Constituição podem ser considerados até certo ponto superados. A personificação da figura carismática do Imperador é substituída por um órgão colegiado, que toma decisões coletivamente, e que se legitima pelo seu caráter técnico, pela capacidade de fundamentar suas decisões mediante argumentos técnico-jurídicos, supostamente neutros do ponto de vista político, ético e religioso.

Assim é que defendemos que a passagem da guarda da Constituição a partir do critério político do Poder Moderador para a guarda a partir do controle jurisdicional representou um ganho evolutivo a partir do qual foi possível introduzir na arena pública política argumentação sobre princípios, podendo esses ser sustentados para além das preferências pessoais de uma vontade soberana inquestionável, deslocando a formação dessa vontade para a idéia de povo, tal como colocado pela lógica dos direitos fundamentais individuais. O Poder Judiciário transforma-se no "grande arquiteto, capaz de construir e reconstruir [as práticas sociais instituídas] por meio da interpretação dos textos". (CARVALHO NETTO, 1999).

2. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS RISCOS DE OCUPAÇÃO DO ESPAÇO SIMBÓLICO DA CIDADANIA.

Embora esse ganho evolutivo tenha sido significativo, os riscos inerentes à adoção do modelo de controle de constitucionalidade não foram eliminados. Eles se apresentam sob novos ângulos, o que permite ampliar o campo de problemas com os quais é possível lidar. Trata-se do risco de apropriação do espaço de decisão ocupado pelos valores, visão religiosa, ideologias políticas, dos próprios juízes, transformados em universalmente válidos por via dos discursos de aplicação que remetem a direitos fundamentais e à

Constituição. Dessa forma, o texto, seja ele na forma de uma lei ou de um precedente, não elimina o problema do Direito, mas o inaugura. Na dinâmica de aplicação do Direito, os conteúdos das decisões permanecem abertos ao trabalho hermenêutico do juiz, mas este não pode prescindir da forma – ou seja, da Constituição como moldura, como *Paramount law* – essa sendo indisponível à construção interpretativa do juiz.

A construção da identidade do sujeito constitucional no contexto da Primeira República, e portanto quando da introdução do controle jurisdicional de constitucionalidade, pressupõe que para que esses discursos técnico-jurídicos produzidos no trabalho interpretativo dos juizes não se transformem em discursos sobre as preferências axiológicas, religiosas ou políticas desses juízes, há que se colocar a indisponibilidade das formas jurídicas como condição de possibilidade.

Para compreender esse novo problema podemos reconstruir os debates entre os autores Rui Barbosa e Oliveira Vianna sobre quem deva ser o guardião máximo da Constituição. Esse debate pode ser remetido ao um paralelo com o clássico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, justificado esse paralelo pela importância outorgada pela doutrina constitucional atual a esses autores como conformadores das teorias brasileiras. As duas tradições, no entanto, são desenvolvidas pelos autores brasileiros muito antes da adoção das teorias estrangeiras pela doutrina constitucional.

Para Carl Schmitt, a tentativa da ciência do Direito de legitimar ou justificar a existência do Estado Nacional em princípios normativos não passa de ideologia, pois o Estado existe na esfera do político, e tal existência é tão evidente (e naturalizada) quanto a existência do individuo humano vivo. Por isso a proposta de Schmitt não é utilizar a Teoria da Constituição para legitimar ou justificar a existência do Estado. Seu objetivo é discutir politicamente a relação fundamental que está na base de formação do Estado - a relação amigo-inimigo -, revelando, a partir dela, os sentidos polissêmicos da palavra Constituição, até chegar no sentido moderno, que ele denomina Constituição do Estado, a unidade política de um povo. (SCHMITT, 1927)

Essa perspectiva a partir da qual Schmitt inaugura a Teoria da Constituição, guarda correspondência com a teoria constitucional de Oliveira Vianna, que assim como Schmitt, busca no conflito a essência do político, a permanente necessidade de colocar

sob controle a iminência da guerra e do conflito armado como cimento da soberania, enquanto dimensão simbólica do poder.

Tanto Schmitt quanto Oliveira Vianna percebem em seus respectivos contextos a importância de construção do espaço simbólico, quase místico, de soberania, único capaz de suplementar o vazio resultante do desencantamento do poder estatal sagrado, mediante a construção icônica do conceito de povo.

Por isso, a importância que esses autores atribuem à necessidade de traçar uma linha de continuidade histórica entre pré-modernidade e modernidade, feita por Schmitt mediante a defesa da tese de que os conceitos principais das democracias parlamentares européias nada mais são do que a secularização de conceitos teológicos; feita por Oliveira Vianna mediante a defesa de uma linha de continuidade histórica entre a Colônia e o Império, e depois entre a Constituição Imperial e a Constituição Republicana. Para este autor, as tradições políticas brasileiras nunca prescindiram de uma figura carismática, sob pena de mergulhar a sociedade brasileira numa anarquia maior do que ela já se encontra.

A questão fundamental da República, para Oliveira Vianna é encontrar o substitutivo icônico do Imperador, capaz de fazer frente a uma sociedade cujo ethos histórico é resumido a uma coleção de pequenas comunas governadas por aristocracias locais com mentalidade feudal. Ele reconhece que tal tarefa torna-se mais difícil no contexto do cínico e insosso Estado administrativo-burocrático republicano, governado por democracias partidárias, em que o pluralismo partidário dilapida a aura inspiradora da soberania. No contexto do pluralismo partidário fica muito mais difícil escolher uma elite política governante, munida de espírito público, tal como foi possível pela força moderadora do poder imperial.

Schmitt e Oliveira Vianna buscam, seja na monarquia, seja na democracia, o princípio da unidade, único capaz de garantir uma verdadeira soberania. Na monarquia brasileira a unidade política do povo é garantida pelo Poder Moderador, como se assevera no pensamento dos dois autores. Na democracia parlamentar, a ausência do Poder

Moderador deveria ser preenchida pelo conceito de Nação, uma sociedade homogênea com uma identidade comum garantidora da igualdade entre os cidadãos e essencial para a constituição de uma unidade política, sem a qual é impossível a existência do Estado. A democracia carregaria consigo o próprio germe de sua destruição, a soberania do monarca-presidente-caudilho teria que se manifestar na forma da decisão no momento do conflito ao mesmo tempo em que a democracia liberal propugnaria a formação da vontade geral a partir do Parlamento e dos partidos políticos, cuja pluralidade e constante perigo de discussão seriam totalmente incompatível e contrário à homogeneidade necessária para se afirmar a unidade política.

De uma outra perspectiva, Rui Barbosa e Hans Kelsen analisam o problema da relação entre política e direito no exercício da atividade judicial, inclusive e especialmente na de controle de constitucionalidade, partindo do pressuposto de que a relação política entre governante e governado não pode ser naturalizada, mas vista, da perspectiva inaugural de uma teoria do direito, como uma construção de feixe de atribuições normativas. É nessa perspectiva que deve ser compreendida, para esses autores, a Constituição como fundamento do Estado. A Constituição torna-se a forma indisponível cujo papel é de regular a criação de normas jurídicas, determinar atribuições normativas aos órgãos estatais e regular os processos de produção de decisões políticas.

A unidade do corpo político é garantida, assim, pela manutenção do ordenamento jurídico na medida em que as decisões tomadas em um Estado resultam da sua conformidade com a Constituição. Dessa perspectiva, a criação de um órgão de controle jurisdicional transforma-se em algo complemente inovador, uma forma de superar as teorias do constitucionalismo monárquico, para as quais o executivo é suficiente garantia da constitucionalidade das leis, isto em detrimento mesma da representação popular.

Para esses autores, a importância dada à jurisdição constitucional como regulador dos processos políticos de tomada de decisão por via da implementação dos argumentos jurídicos, em nada diminui a importância do Parlamento na sua tarefa de concreção da democracia, que se traduz na construção de uma vontade normativa do Estado por meio

de um órgão colegiado, eleito pelo povo com base no princípio de sufrágio universal e pelo princípio da maioria. A composição do parlamento e a pluralidade dos partidos políticos mostram que a sociedade não é uma sociedade de valores homogêneos.

Coloca-se assim o debate entre duas tradições importantes na formação do Constitucionalismo – seja do ponto de vista das teorias européias que influenciam o pensamento latino-americano, seja do ponto de vista das tradições brasileiras. Essa visão coloca o embate político no centro da análise da idéia de soberania, e mostra a importância que o conceito do político tem para a definição e compreensão do jurídico. A capacidade de trabalhar a questão da unidade política com referência a busca por uma unidade ética, expresso nas idéias de Nação e de povo, fazem das teorias autoritárias de Oliveira Vianna e de Schmitt peça chave para a compreender um dos aspectos fundamentais da democracia moderna e contemporânea, ligado à construção da identidade do sujeito constitucional pela lógica da identidade entre governantes e governados.

A introdução durante a Primeira República do modelo de jurisdição constitucional e especificamente de controle jurisdicional de constitucionalidade foi muitas das vezes vista como um problema de ocupação do espaço deixado vazio pelo Poder Moderador. Dessa vez, vários são os concorrentes a ocupar tal cargo, dentro os quais, os mais evidentes apontavam-se: o Presidente da República, como figura simbólica herdeira quase-natural do Monarca, o Parlamento, como expressão suprema da soberania do povo, "verdadeiro" titular do poder, e o Supremo Tribunal Federal, guarda excelso da lei, protetor das instituições e por tanto herdeiro do Poder Moderador, do ponto de vista do exercício da autoridade.

O problema da ocupação do lugar vazio da autoridade é tema central de análise da série de Hábeas Corpus a respeito de prisões e outros atos correlatos realizados pelo Presidente da República na vigência de estados de sítio[4]. Esses casos colocam em

[4] A batalha judicial inicia-se com uma série de hábeas corpus impetrados em favor de vários pacientes, entre eles militares, o senador João Cordeiro e cinco deputados, todos do partido de Floriano Peixoto, desterrados para a ilha de Fernando de Noronha por ter sido apurado o seu envolvimento no atentado contra o Presidente Prudente de Morais. As prisões foram realizadas na vigência do decreto de estado de

destaque a necessidade do Estado de Direito lidar com os problemas decorrentes da busca incessante da teoria constitucional de ocupar o espaço vazio da autoridade a quem é dada a tarefa central de definir a identidade do sujeito constitucional. Os casos revelam precisamente a tensão que foi explicitada na hipótese aventada. Por isso a decisão do H.C. 1073 de 1898 torna-se paradigmática, na medida em que demonstra que o Supremo Tribunal Federal somente consegue afirmar a sua autoridade como guardião máximo da Constituição na medida em que renuncia a ocupar o papel definidor de qual política ou de qual valor é o melhor a ser adotado pela sociedade plural do ponto de vista axiológico e político. Ao invés disso, o STF, no H.C. 1073 opera um deslocamento importante, por meio do qual é a remissão à defesa dos direitos individuais constitucionalmente garantidos que fundamentam a sua atuação e justificam a possibilidade deste emitir um juízo sobre atos de poder discricionário do presidente da república, sem, no entanto, colocar em xeque a presidência da república enquanto instituição democrática, e, da mesma forma, por meio do argumento da defesa dos direitos individuais, pode ele Supremo Tribunal Federal, julgar aqueles atos sem interferir nas atribuições constitucionais do Congresso Nacional de julgar esses mesmos atos do ponto de vista político.[5]

Nesse mesmo sentido, e para reforçar o ganho evolutivo da invenção do Supremo Tribunal Federal, podemos nos remeter a uma comparação com o precedente de controle de constitucionalidade norte-americano – Marbury vs. Madison, e discutir a importância do reconhecimento do caso dos Crimes de Hermenêutica julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1897[6] como o precedente brasileiro do controle

---

sítio no Rio de Janeiro. O fim dessa batalha judicial é a concessão por maioria do hábeas corpus 1073, em 16 de abril de 1898.

[5] Segundo o voto do relator, Ministro Lúcio de Mendonça, a competência do STF para apreciar os abusos do Presidente durante o estado de sítio se limita a restabelecer os direitos individuais que as medidas presidenciais tenham violado, não conflita, portanto, com o julgamento político que o Congresso deve fazer de tais medidas. (REPOLÊS, 2006)

[6] Trata-se de caso iniciado com o conflito político suscitado no Rio Grande do Sul em virtude das modificações legais introduzidas nesse Estado no instituto do tribunal do júri. Em 28 de março de 1896, instaurada a sessão do júri da cidade do Rio Grande, presidida pelo juiz de direito Dr. Alcides de Mendonça Lima, este declarou logo no início da sessão que não aplicaria os artigos da nova lei por julgá-los inconstitucionais. Ao invés de recorrer da decisão, o governador oficiou o Procurador Geral do Estado para que promovesse a responsabilidade do "juiz delinqüente e faccioso". O juiz foi denunciado por crime de prevaricação e por abuso de autoridade. Ele foi condenado a pena de nove meses de suspensão do emprego. Na Revisão-crime intentada pelo juiz junto ao Supremo Tribunal Federal, decidiu este por maioria que: "Não constitui excesso dos limites das funções próprias do cargo do recorrente, porquanto,

jurisdicional difuso de constitucionalidade, capaz de consolidar esse controle como garantidor das condições para um processo legislativo democrático que pressupõe e ao mesmo implica na garantia da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, mediante o reconhecimento da abertura e indeterminação pressupostas no processo de interpretação jurídica.

Assim, a República opera um deslocamento fundamental: o exercício da autoridade e o exercício do poder não se situam no mesmo nível, a autoridade, assumida nesses casos pelo Supremo Tribunal Federal, limita-se a estabelecer e garantir as condições fixas e não revogáveis, para o exercício do poder político democrático, que, por definição, deve permanecer aberto.

Tendo reconstruído esse momento histórico do ponto de vista do exercício do órgão a quem cabe a tarefa de guardião máximo da Constituição, mostrando as tensões e contradições inerentes a essa tarefa na medida em que ela é determinante para a construção da identidade do sujeito constitucional, é possível no final deste texto, analisar, do ponto de vista do processo de aprendizado social que o paradigma do Estado de Direito no Brasil propiciou, um caso atual do Supremo Tribunal Federal: o Hábeas Corpus 82.424 de 2004. Esse caso muito bem demonstrou as dificuldades que ainda subsistem na afirmação do espaço de construção da identidade do sujeito constitucional como um espaço aberto e do papel do Supremo Tribunal Federal como guardião não dos conteúdos da Constituição, mas dos processos que garantam ao verdadeiro guardião – o povo – o lugar vazio no qual o fluxo comunicativo inter-geracional sobre direitos possa ser definido, mesmo que precariamente. Assim, o povo como guardião da Constituição não se remete a um conceito icônico, psicológico ou de concretude política, como a soma dos indivíduos que participam das decisões tomadas, povo remete-se a esse fluxo comunicativo que encontra nos canais oficiais e extra-oficiais de produção de decisão espaços para se manifestar. Esse desafio de manter e alimentar os espaços públicos de produção de decisão é muito maior hoje do que no

os juízes estaduais, assim como os federais, têm faculdade para, no exercício das suas funções, deixarem de aplicar as leis inconstitucionais (...) faculdade que pressupõe a competência para apreciarem a inconstitucionalidade e declararem-na para aquele efeito." (BRASIL, Revisão-crime, 1897: 141) (REPOLÊS, 2006: 199).

passado, no que se refere à tarefa do Supremo Tribunal Federal, posto que a identidade como ausência, que não era obvia para as gerações passadas de constitucionalistas é hoje auto-evidente para nós.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Procuramos ao longo deste artigo reconstruir discursivamente um fragmento da história constitucional brasileira: o da passagem da guarda da Constituição exercida pelo critério político, pelo Poder Moderador, para o da guarda da Constituição por via do controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, de maneira a discutir o ganho funcional e hermenêutico implicado nessa mudança e seu impacto na construção da identidade do sujeito constitucional no Brasil.

Na primeira parte desenvolvemos a tensão permanente entre autoridade e poder presente na cultura jurídica brasileira desde o Império, tal como ela se apresentou no exercício do Poder Moderador. Essa reconstrução nos permitiu perceber a importância e os impasses envolvidos na tentativa de forjar um conceito de Nação, em um contexto histórico em que não existiam elementos para usa constituição. A discussão sobre o caráter simbólico da representação colocou em evidencia que a existência de um sentimento de nacionalidade não implica necessariamente na afirmação da autonomia pública.

A segunda parte colocou a tensão entre autoridade e poder em seu deslocamento para o modelo de controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, focando principalmente a atuação do Supremo Tribunal Federal. Esse deslocamento colocou em evidência que a garantia de direitos individuais e de respeito mínimo pela esfera privada são base para a afirmação do pluralismo que permite incorporar e tolerar diferenças.

A referencia a um exemplo atual de na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela, no entanto, as continuidades e descontinuidades do processo histórico de aprendizado social. Por quanto a garantia do respeito mínimo a autonomia privada seja base para a afirmação de seu oposto – a autonomia pública – ela não é suficiente por si. É necessário que se transcenda o nível convencional de justificação para um nível pós-convencional, o que só é possível se os direitos individuais que funcionam como

garantias contra a ingerência do público, ganhem uma função complementar. Para além da dimensão da liberdade como condição e garantia, há que se construir uma dimensão oposta e complementar – a da igualdade.

Objetivou-se com essa discussão, compreender as necessárias ligações que o Supremo Tribunal Federal tem que fazer entre poder administrativo e poder comunicativo, de maneira a cumprir com a sua missão constitucional de guardião máximo da Constituição. A ruptura operada no recorte histórico entre Império e República permite-nos vislumbrar a diferença qualitativa na determinação do que a Constituição constitui no plano simbólico da formação de uma inter-relação entre autoridade e poder que permita construir um espaço público democrático e por isso passível de lidar com os riscos inerentes à colonização desse espaço por interesses privados ou pela personificação carismática.

A criação do Supremo Tribunal Federal representa um ganho qualitativo significativo para lidar com os riscos acima descritos desde que seja capaz de assumir a tarefa de interpretação no compromisso institucional com a manutenção dos procedimentos de formação do discurso de aplicação, com a preservação das formas jurídicas e com a incorporação dos diversos argumentos democráticos típicos de uma sociedade pluralista. Assim, o papel do STF não é o de concretizar valores constitucionais lidos de acordo com as preferências políticas, ideológicas ou religiosas dos Ministros, mas ser o garantidor do processo político democrático de tomada de decisão, e, como intérprete final da Constituição, incorporar diferenças através dos direitos fundamentais, fazendo com que a democracia seja compreendida como processo de realização dos direitos fundamentais e se apóie em uma soberania popular difusa.

REFERÊNCIAS:

BARBOSA, Rui *Campanhas Jornalísticas.* São Paulo: Iracema Editora, 1972.

BARBOSA, Rui *Campanhas Presidenciais.* São Paulo: Iracema Editora, 1966.

BARBOSA, Rui *Cartas de Inglaterra.* São Paulo: Iracema Editora, 1972.

BARBOSA, Rui *Discursos, Orações e Conferências.* São Paulo: Iracema Editora, 1972.

BARBOSA, Rui. PIRES, Homero. *Commentários à Constituição Federal Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1932-34. 6v.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Revisão-crime, s/n, Alcides de Mendonça Lima versus Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Aquino de Castro, decisão de 10 de fevereiro de 1897. *O Direito*: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano XXV, p. 15-146, maio a ago de 1897.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 300 (Senador Almirante Wandenkolk), publicado em 30 da abril de 1892. Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. www.stf.gov.br

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 406 (Vapor Júpiter), publicado em 9 de agosto de 1893. Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. www.stf.gov.br

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 415 (Vapor Júpiter), publicado em 2 de setembro de 1893. Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. www.stf.gov.br

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 1063 (atentado ao Presidente Prudente de Morais), publicado em 5 de março de 1898 (1. acórdão) 26 de março de 1898 (2. acórdão) Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. www.stf.gov.br

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 1073 (atentado ao Presidente Prudente de Morais), publicado em 30 de março de 1898 (1. acórdão), em 2 de abril de 1898 (2. acórdão) e 16 de abril de 1898 (3. acórdão). Site do Supremo Tribunal Federal - Julgamentos Históricos. www.stf.gov.br

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus. Publicação de Livros: Anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem Denegada*. Habeas Corpus nº 82.424 do Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Moreira Alves. Acórdão de 17 de setembro de 2003. *Coordenação de Análise de Jurisprudência.* Ementário nº 2144-3, Brasília, D.J.U., 19 de março de 2004, p. 524-1011. Decisão por maioria, vencidos os Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio Melo.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo.* Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.* Nota técnica. Belo Horizonte, 23 de março de 1999.

HABERMAS, Jürgen. On Law and Disagreement. Some Comments on 'Interpretative Pluralism'. Ratio Juris, v. 16, n. 2, p. 187 – 194, Oxford: Blackwell, june 2003.

HABERMAS, Jürgen. "Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles?" Political Theory, vol. 29, n. 6, , p.766-781, dec. 2001.

HABERMAS, Jürgen. O Espaço Público 30 anos depois. Tradução de Vera Lígia C. Westin e Lúcia Lamounier. Caderno de Filosofia e Ciências Humanas, ano VII, n. 12, p. 7-28, Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, abril 1999.

HABERMAS, Jürgen *Direito e Democracia entre facticidade e validade* tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2vol.

HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other: studies in Political Theory.* Cambridge: MIT Press, 1996.

KELSEN, Hans. *Il Primato del Parlamento.* Coordenação de Carmelo Geraci e prólogo de Paolo Petta. Milão: Giuffrè, 1982.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* Tradução coordenada por Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Aurelino. *História Constitucional do Brasil.* Prefácio de Luiz Octavio Gallotti. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a Desobediência Civil.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Entre a autoridade e o poder:* a construção da identidade do sujeito constitucional pelos órgãos de controle de constitucionalidade do Brasil Império e da Primeira República dos Estados Unidos do Brasil. Tese (Doutorado). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Orientador: Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto, 2006. 257 f.,enc.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal* – Tomo I / 1891-1898: defesa das liberdades civis. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1965.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional.* Tradução de Menelick de Carvalho Netto com Revisão técnica de Maria Fernanda Salcedo Repolês. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSENFELD, Michel (org). *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy:* theoretical perspective. Durkham and London: Duke University Press, 1994.

SCHMITT, Carl. *Théologie Politique: 1922, 1969*. Tradução de Jean-Louis Schlegel. Paris: Gallimard, 1988.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución.* Tradução de Francisco Ayala e epílogo de Manuel García Pelayo. Madri: Editora Revista de Derecho Privado, 1927.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do Poder Moderador:* ensaio de Direito Constitucional contendo a análise do título V, capítulo I, da Constituição Política do Brasil. Introdução de Barbosa Lima Sobrinho. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Senado Federal, 1978. (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos)

VASCONCELOS, Zacarias de Góes e. *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*. Introdução de Pedro Calmon. Brasília: Editora Universidade de Brasília e Senado Federal, 1978. (Coleção Bernardo Pereira de Vasconcelos)

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras.* Brasília: Senado Federal, 1999.

SOBRE AS INFLUÊNCIAS DE KELSEN PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DA TEORIA PURA DO DIREITO À IDÉIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E SUAS PERSPECTIVAS EM FACE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – UMA ANÁLISE

Mônia Clarissa Hennig Leal*

RESUMO

Pretende-se, com este trabalho, fazer um enfrentamento da posição kelseniana de controle de constitucionalidade, em face do Estado Democrático de Direito e da nova teoria constitucional, demonstrando a insuficiência axiológica que se impõe na teoria do autor da Teoria Pura do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA PURA DO DIREITO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

It's the intent of this work make an analysis of the constitution control sistem in Kelsen in face of the Democratic State of Law and the new constitutional theory, showing how insuficient the Pure Theory of Law is in the axiological ambit.

KEYWORDS: PURE THEORY OF LAW, JUDICIAL REVIEW, DEMOCRATIC STATE.

Introdução

Hans Kelsen é, indubitavelmente, um dos grandes juristas deste século, apesar de ser criticado por seu ferrenho positivismo. Mais do que nunca, portanto, interessante estudar as posições do autor acerca de determinados aspectos de um tema de extrema relevância na conjuntura jurídica hodierna, que é o do controle da constitucionalidade das leis.

* Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, com pesquisa realizada junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha. Pesquisadora conveniada da cátedra de Direito Público e do Estado da Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, em parceria com o Prof. Dr. Winfried Brugger. Professora da disciplina de Jurisdição Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e de Direito Constitucional na Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado e financiado pelo CNPq. Advogada.

Pretendemos, com este trabalho, demonstrar a contribuição deixada pelo jurista austríaco a partir das colocações exaradas em sua obra Teoria Pura do Direito, para então enfrentar sua postura com a da atual Teoria Constitucional, considerada sob o âmbito do Estado Democrático de Direito.

Assim, no primeiro item, fazemos uma explanação da teoria kelseniana, usando como referência a obra acima mencionada[1], já ressaltando algumas questões de relevo para o ponto seguinte, quando analisamos a noção do controle de constitucionalidade em Kelsen, para, em seguida, fazer um enfrentamento de suas possibilidades em face do Estado Democrático de Direito, demonstrando-se quais os principais avanços ocorridos e, especialmente, pontuando-se quais as perspectivas e limitações da postura de Kelsen frente ao modelo de Estado constitucional vigente no Brasil.

1 O controle de constitucionalidade em Kelsen

Para se trabalhar com a idéia de controle de constitucionalidade em Kelsen, mister é que, primeiro, se proceda a uma revisão acerca de suas idéias sobre o que seja, efetivamente, a própria Constituição e como ela se insere na estrutura jurídica.

Num primeiro momento, dentro de sua dinâmica jurídica[2], o autor nos dá os fundamentos para um controle formal da constitucionalidade, quando afirma, referindo a particularidade que possui o Direito de regular sua própria criação[3], existir uma estrutura escalonada na ordem jurídica[4], razão pela qual

> uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, representando esta outra norma o fundamento de validade daquela.[5]

---

[1] Teoria Pura do Direito.
[2] O autor, distingue, na Teoria Pura do Direito, a Estática Jurídica (que trabalha com o conteúdo do Direito) e a Dinâmica Juridica, que trata, essencialmente, do fenômeno de produção das normas jurídicas, produção essa que se dá, sempre, no âmbito do próprio sistema – ou seja, uma norma regula a produção de outra norma, que por sua vez serve como fundamento de uma outra norma, e assim por diante.
[3] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984. p. 309.
[4] Apresenta-se aqui a tradicional concepção piramidal das normas jurídicas. “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada.” Ibidem, p. 310.

Ressalta o autor austríaco, ainda, existir uma distinção entre Constituição em sentido formal e em sentido material, pois ela não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes, preceitos em razão dos quais as normas nela contidas não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial, submetido a requisitos mais severos:

> Tudo isso sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derrogar a lei constitucional que determina a sua produção e o seu conteúdo. (...) Quer isto dizer que a Constituição prescreve para a sua modificação ou supressão um processo mais exigente, diferente do processo legislativo usual; que, além da forma legislativa, existe uma específica forma constitucional.[6]

Tem-se, portanto, já aqui**,** aberta a possibilidade de um sistema de controle de constitucionalidade, com base na hierarquia superior da Constituição, inclusive com fundamento em questões materiais, o que vai se revelar de extrema importância para nossa análise posterior, dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, contudo, Kelsen, em seu extremado formalismo, cria um hiato entre a essência (superior) da Constituição e a legislação ordinária, ao admitir a aplicação do princípio *lex posteriori derrogat priori*, sustentando a existência de uma *contradictio in adjecto* quando se diz ser uma lei válida contrária à Constituição, sob o argumento de que uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Em seu entendimento, se uma lei é válida, o é com fundamento na Constituição; se contrária a ela, não pode sequer ser tida como norma, eis que inválida e, portanto, juridicamente inexistente:

> Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei.[7]

Entende ele que o único sentido jurídico possível da inconstitucionalidade de uma lei é o de que ela, de acordo com a Constituição, pode ser revogada (tanto por uma lei posterior como por meio de um processo especial). Enquanto, porém, "não for revogada, tem de ser

---

[5] KELSEN, loc. cit.
[6] Ibidem, pp. 312-313 passim.
[7] Ibidem, p. 367.

considerada como válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional."[8] Diante de tal assertiva, retira ele da Constituição enquanto norma superior qualquer elemento político e axiológico que reflita seu caráter de pacto constitutivo da sociedade. O procedimento sobrepõe-se ao conteúdo.[9]

Prossegue o jurista, neste sentido, referindo que o legislador constitucional tem de ter em conta que "as normas constitucionais não serão respeitadas sempre e totalmente"[10]. Daí ser fundamental a existência de um órgão capaz e competente de julgar as hipóteses de violação da Constituição, como forma de resguardá-la, cuja legitimidade deve ser dada por ela própria: "Com efeito, nessa hipótese, a norma que lhes confere competência para estabelecer estas normas é pressuposta como Constituição válida."[11]

Uma vez postos os fundamentos teóricos para a existência de um controle de constitucionalidade no pensamento de Kelsen, passaremos, agora, a discorrer sobre alguns aspectos que constituem o sistema de controle idealizado pelo pensador austríaco e que viria a ser um dos referenciais centrais da jurisdição constitucional atual, em sua vertente concentrada.

2 A construção do sistema de constitucionalidade kelseniano

Visando a instrumentalizar as pretensões e exigências representadas pelo momento histórico vivenciado no início do Século XX, Kelsen[12] acaba sustentando a existência de um órgão específico[13], encarregado de executar a guarda da Constituição, posição que, conforme já dissemos, acabou, enfim, prevalecendo como referência para a criação e operacionalização dos Tribunais Constitucionais atuais.

---

[8] Ibidem, p. 368.
[9] Já no Estado Democrático de Direito, como assevera STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 218, "O juiz (e o operador jurídico *lato sensu*) somente está sujeito à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com o conteúdo material da Constituição."
[10] Ibidem, loc. cit.
[11] Ibidem, p. 374.
[12] Ver o texto "*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?"* ("Quem deve ser o guardião da Constituição"), publicado na revista *Die Justiz*, Heft 11-12, vol. VI, pp. 576-628.
[13] A construção de Kelsen acerca da jurisdição constitucional é marcada pelo célebre debate travado com Carl Schmitt acerca de quem deve ser o guardião da Constituição, sustentando a criação de um órgão autônomo a ser encarregado da guarda da Constituição: o Tribunal Constitucional; já o segundo sustentava que caberia ao *Führer* tal tarefa, por ser ela, eminentemente, de natureza política. Acerca desta questão, ver nossa obra LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Tal sistema, ao adotar uma lógica concentrada de controle, difere, por sua vez, da *judicial review* americana – de caráter difuso – em aspectos decisivos, pois confia a um único tribunal, o Tribunal Constitucional, a tarefa de preservar a Constituição.

Esta variação esconde, todavia, uma profunda significação por detrás de sua simples aparência prática: se a desconfiança com relação aos juízes levou à radicalização, na França, do controle de constitucionalidade – onde o mesmo é feito em caráter preventivo, por um tribunal de natureza política – essa mesma desconfiança levou, em outro nível, à exclusão dos juízes ordinários na maioria dos países da Europa, através do estabelecimento de Tribunais Constitucionais, que se localizam fora da estrutura do Poder Judiciário.

Assim, na Europa, nem sequer chegou a se colocar a opção entre um sistema concentrado e o sistema difuso[14]; a decisão pelo primeiro deveu-se, portanto, muito mais a questões de ordem política do que a aspectos técnicos (como a ausência do *stare decisis*, por exemplo, que não permitiria a tais decisões a extensão do efeito *erga omnes*).

Em face da desconfiança com relação ao Poder Judiciário, Kelsen idealizou o controle de constitucionalidade como uma função não propriamente judicial, senão de "legislação negativa", a partir do momento em que cabe, a este órgão, analisar tão-somente o problema (puramente abstrato) de compatibilidade lógica entre a lei e a norma constitucional. Trata-se, por conseguinte, de uma atividade que se aproxima da do legislador, porquanto não supõe uma decisão singular e concreta (típica da atividade judicial). Neste sistema, a lei é considerada válida até que se declare a sua inconstitucionalidade, de maneira que se trata, mais notadamente, de uma anulabilidade – com efeitos *erga omnes* para o futuro – do que de um vício de nulidade, retroativo (como pressupõe o controle difuso).

Além disso, ao incumbir o Poder Legislativo da indicação dos seus membros, buscou-se construir, a partir do resgate da noção de *volonté générale*, uma legitimidade e legitimação indiretas para este novo órgão[15], adotando-se, assim, uma compreensão que destaca a

[14] STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 305.
[15] Registre-se que, na maioria dos países, a indicação dos integrantes do referido tribunal é feita pelo Parlamento, constituindo-se de mandato fixo. Ver HAAS, Evelyn. La posición de los magistrados de la Corte Constitucional

supremacia da Constituição, porém sem comprometer a essência do mito da soberania legislativa, tão caro ao direito continental europeu.[16]

Deste modo, o Tribunal Constitucional, de concorrente do Parlamento, acaba sendo colocado como o seu complemento lógico, realizando não uma apreciação com relação ao conteúdo da lei, mas tão-somente analisando a sua *validade* (daí se dizer que ele atua como um "legislador negativo").

Enfim, diante do exposto, pode-se concluir que, para Kelsen[17], em seu sistema idealizado, o poder legislativo se dividiu em dois órgãos distintos: o primeiro é o Parlamento, titular da iniciativa política; o outro é o Tribunal Constitucional, que elimina, para manter a coerência do sistema, as leis que não respeitam a Constituição.[18]

Nesta perspectiva, a invalidez da lei não aparece como efeito da Constituição, mas sim da decisão do legislador negativo, de modo que não haveria, aí, qualquer conflito. Em meio a este processo, a Constituição perde sua natureza judicial, ficando os órgãos judiciais afastados dela e de sua força normativa e restando vinculados somente às leis e regulamentos que o legislador negativo vai paulatinamente depurando.

Ficam estabelecidas por Kelsen, portanto, as bases para a existência de um controle de constitucionalidade, que vai se aperfeiçoar ao longo do tempo, vindo a adquirir uma posição de profunda relevância no sistema jurídico atual, onde seus horizontes se ampliam para dar lugar a um sistema de controle mais amplo, lastreado, fundamentalmente, na materialidade da Constituição.

3 O Estado Democrático de Direito e suas perspectivas de controle *da Constituição*

Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* 10ª edición. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004. p. 104.

[16] Tal fato ganha destaque, sobretudo, na percepção de Enterría, ao se ter presente o risco que representava a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade das leis, especialmente na Alemanha, onde as posições românticas da *Escola Livre do Direito* alimentavam uma revolta dos juízes contra a lei. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Civitas, 1985. p. 58.

[17] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 124.

[18] Enterría, *op. cit.*, p. 59.

Dentro do contexto de uma ordem democrática[19], a questão do controle de constitucionalidade adquire profunda relevância, principalmente se se considerar que, no âmbito jurídico, "a grande 'descoberta' do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, entendidas como *lex superior*"[20], cuja grande inovação não se encontra na idéia em si mesma, mas no caráter universal por ela assumido neste período, principalmente a partir da Constituição norte-americana de 1787.

Esta norma constitucional, por sua vez, dá estrutura (organização) ao Estado, estabelece a forma de elaboração das outras normas e fixa os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos. Por tudo isto, ela passa a ser reconhecida como Lei Fundamental[21], por ser a base de todo o direito positivo da comunidade que a adota, em especial naqueles países que possuem um sistema jurídico baseado na lei escrita, sobrepondo-se aos demais atos normativos por estar situada no vértice da pirâmide jurídica[22] que representa idealmente o conjunto de normas jurídicas vigentes em determinado espaço territorial.

Em face de tais argumentos, é possível dizer que a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade – como diz Konrad Hesse[23] – acrescentando, ainda, que ela estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do resto do ordenamento jurídico, determinando amplamente seu conteúdo, bem como se converte em elemento de unidade do ordenamento jurídico da comunidade em seu conjunto, no seio do qual vem a impedir tanto o isolamento do Direito Constitucional de outras parcelas do Direito como a existência isolada dessas parcelas do Direito entre si.[24]

---

[19] Aqui tendo como referência disposições normativas, tais como a estabelecida pelo art. 1º da Constituição de 1988.

[20] CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p. 10. Segundo o autor, esta descoberta não pode ser considerada em sentido *absoluto*, pois a idéia já apresentava alguns precedentes antigos de supremacia de algumas leis tidas como 'fundamentais' sobre outras, com na Grécia, por exemplo, onde o *nómos* (lei em sentido estrito), quando em contraste com um *pséfisma* (decreto), prevalecia sobre este último.

[21] Sobre o conceito de Constituição e sua evolução histórica, ver nossa obra LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio:* os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

[22] Note-se que, apesar de se fazer presente aqui a idéia kelseniana de superioridade hierárquica da Constituição dentro da estrutura escalonada da ordem jurídica, esta perspectiva se amplia, assumindo um caráter mais substancial, de caráter eminentemente político.

[23] HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung.* Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr, 1959.

[24] Idem. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p.167.

Justamente por ser a Constituição, vista aqui no seu conteúdo normativo, aquele complexo de normas jurídicas fundamentais, escritas ou não, capaz de traçar as linhas mestras do mesmo ordenamento, é que se dá a ela a denominação de Lei Fundamental, porque nela é que estão exarados os pressupostos jurídicos básicos e necessários à organização do Estado, além da previsão das regras asseguradoras de inúmeros direitos aos cidadãos, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.[25]

Enquanto norma reguladora, por sua vez, a Constituição Federal é composta de princípios e de regras, sendo ambos, na concepção de Alexy[26], espécies do gênero norma jurídica e, portanto, dotados de normatividade. Não há distinção entre princípios e normas. As normas compreendem regras e princípios, de modo que a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios:

> tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los princípios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Para Canotilho[27], ainda,

> se a Constituição vale como lei, se o Direito Constitucional é Direito Positivo, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade, regulando jurídica e especificamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento.

Prosseguindo em sua análise, afirma o autor português que às normas programáticas[28] é reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da

---

[25] Conforme reflexão de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

[26] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Versión de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83.

[27] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1995. p. 156.

[28] É preciso ressaltar que nos referimos, aqui, à posição original do autor português, representada, dentre outras, pela obra supra citada, e não sua revisão crítica intitulada "*Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*" (publicada nos *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, pp. 7-17), onde afirma que "mesmo que as Constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta de identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas 'associações abertas de Estados nacionais abertos'." Propõe ele, por conseguinte, a

Constituição, pois, uma vez sendo o Direito Constitucional positivo, é possível falar em "Constituição como norma" ou em "força normativa da Constituição", de modo que suas normas vinculam, necessariamente, o legislador, os órgãos de concretização e os poderes públicos.

Corroborando este entendimento, as palavras de Paulo Bonavides[29], para quem

> a corrente de idéias mais idôneas do Direito Constitucional contemporâneo parece ser indubitavelmente aquela que, em matéria de Constituição rígida, perfilha ou reconhece a eficácia vinculante das normas programáticas, pois sem este reconhecimento, jamais será possível proclamar a *natureza jurídica* da Constituição, ocorrendo em conseqüência a quebra de sua unidade normativa, visto que se deve ter em vista as palavras de Rui Barbosa, que acentuam que *"Não há numa Constituição, proposições ociosas, sem força cogente.*

E continua, classificando esta concepção como *pós-positivista*, assim caracterizada:

> nesta fase, os princípios passam ser tratados como Direito, acentuando nas novas constituições a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício dos novos sistemas constitucionais.[30]

Isto significa dizer que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com seus preceitos, implicando na inconstitucionalidade de todos os dispositivos legais contrários[31], inclusive de ordem constitucional.[32]

Segundo Marcic[33], a remissão expressa do texto constitucional a alguns princípios de direito suprapositivo, como a proteção da dignidade humana, a defesa da igualdade como

---

substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz, por outras fórmulas (como os contratos) que permitam completar o projeto da modernidade nas condições da pós-modernidade.

A tentativa de explicação da idéia de "morte" da Constituição dirigente aparece, aliás, em resposta às inúmeras críticas tecidas – principalmente por parte do constitucionalismo brasileiro, como Canotilho refere expressamente no texto – em um artigo intitulado "*O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição*", onde o autor justifica que o que morreu é a "Constituição metanarrativa", entendida, com base na condição pós-moderna de Lyotard, como aquela "omnicompreensiva" e "totalizante", que confere à história um significado certo e unívoco. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição.* In: Revista Interesse Público 17, vol. 5, jan/fev de 2003. p. 20.

O que importa, aqui, contudo, independentemente dos desdobramentos teóricos posteriores, é que o referido autor português exerceu enorme influência no meio constitucional brasileiro exatamente com base na defesa da Constituição Dirigente.

[29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1996. p. 211.

[30] Ibidem, p. 224.

[31] Canotilho, op. cit., p. 186.

[32] BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994. pp. 27-28.

concretização do princípio de justiça material, demonstra que a Constituição limitou-se aqui a incorporar postulados jurídicos superiores. Tais princípios superiores restringem a própria soberania do Constituinte e, fundamentalmente, a do legislador infraconstitucional.

Tem-se, por conseguinte, a partir da teoria constitucional contemporânea, uma ampliação da concepção de Constituição, no sentido de se incorporarem a ela, à sua força normativa, elementos essencialmente axiológicos, positivados e expressos na forma da normas-princípio, estendendo-se, conseqüentemente, o limite das possibilidades do controle de constitucionalidade em relação ao admitido por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito.

Esta concepção, que se afasta de um conceito de Constituição puramente formal, também é reconhecida atualmente em sede jurisprudencial, principalmente por parte dos Tribunais Constitucionais alemães, como se pode depreender do seguinte julgado, proferido pelo *Verfassungsgerichtshof* da Baviera já em 1950[34]:

> A nulidade inclusivamente de uma disposição constitucional não está a priori e por definição excluída pelo facto de tal disposição, ela própria, ser parte integrante da Constituição. Há princípios constitucionais tão elementares, que obrigam o próprio legislador constitucional e que, por infracção deles, outras disposições da Constituição sem a mesma dignidade podem ser nulas.[35]

Diante do exposto, é possível concluir que, segundo esta nova perspectiva da teoria constitucional, uma vez sendo os princípios constitucionais portadores de valor normativo, seu conteúdo, necessariamente, deve servir como referencial axiológico ao controle de constitucionalidade, impondo-se a declaração de inconstitucionalidade em face de princípio, por parte dos Tribunais competentes, seja no âmbito da legislação infraconstitucional, seja no âmbito da legislação constitucional.[36]

Neste sentido, em nível de Brasil, tem o Supremo Tribunal Federal tido um comportamento um tanto quanto paradoxal, pois, ao mesmo tempo em que reconhece a

---

[33] MARCIC, René. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat.* Viena: [s.n.], 1957. p. 130.
[34] In MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998. p. 115.
[35] Posição esta ratificada em inúmeros julgados posteriores, como se pode ver em Bachof, 1994, p. 30 et seq.
[36] Como no caso das Emendas Constitucionais, por exemplo.

inconstitucionalidade de Emenda Constitucional[37], sequer conhece do recurso extraordinário interposto com fundamento na violação de princípio constitucional.[38]

É possível concluir, daí, que grande parte da doutrina constitucional brasileira ainda não incorporou, de forma efetiva, a vinculação aos princípios constitucionais, adotando uma postura conservadora perante a nova realidade posta pela nova ordem constitucional. Colocam-se com propriedade, aqui, as palavras de Barroso[39], para quem

> Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

Assim, em face dos novos elementos de teoria constitucional, impõe-se uma teoria constitucional mais ampla, lastreada em princípios (vinculantes), que conduzem a uma efetiva implementação do Estado Democrático de Direito:

> Como *topos* hermenêutico, o texto constitucional deve ser visto em sua substancialidade, com toda principiologia que assegura o Estado Social e o *plus* normativo que é o Estado Democrático de Direito, que aparece já no artigo primeiro de seu texto.[40]

Enfim, pode-se concluir que, dentro deste novo contexto, o controle de constitucionalidade passa a ser um dos mais importantes mecanismos de implementação da força normativa da Constituição, para o que se exige seja ele feito à luz de seus valores principiológicos, eis que

> a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todas as normas do sistema sejam de acordo com ela interpretadas. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juizes e tribunais não podem sonegar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição.[41]

---

[37] Cf. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 152, no domínio das relações entre os Poderes, o STF exerceu a competência de declarar a inconstitucionalidade de emenda constitucional, votada pelo Congresso, sob o fundamento de que o poder constituinte derivado é subordinado à Constituição originária, não podendo violar claúsulas pétreas.

[38] Nas palavras de STRECK, Lênio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional: os paradoxos da inefetividade do sistema jurídico brasileiro.* In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 249-294, "cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal não admite a interposição de recurso extraordinário por violação de princípio..."

[39] Barroso, op. cit., p. 160.

[40] Streck, op. cit., p. 16.

[41] STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica e(m) crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 221.

Tem-se, conseguintemente, como claro que as perspectivas do controle de constitucionalidade são inerentes ao modelo de Estado vigente em cada momento histórico, exigindo uma grande ampliação no Estado Democrático de Direito, onde a concepção positivista kelseniana não se afigura como suficiente, pois desprovida do caráter principiológico necessário à sua implementação.

Conclusão

A partir do estudo realizado em Hans Kelsen, na obra Teoria Pura do Direito, percebe-se claramente a grande contribuição do autor para a justificação jurídica da existência do controle de constitucionalidade, a partir da supremacia da Constituição dentro da estrutura escalonada do ordenamento jurídico.

O autor trabalha, neste aspecto, tanto com o pressuposto de uma Constituição formal como com o de uma Constituição material, conforme já referimos; mas, ao inserir o tema no capítulo da dinâmica jurídica, que trata essencialmente da produção e reprodução das normas jurídicas pelo próprio sistema jurídico (lembre-se que o autor assinala a peculiaridade que possui o Direito de regular a sua própria produção), deixa ele evidente a supremacia do aspecto formal, deixando em segundo plano a questão material e desconsiderando, por completo, a dimensão axiológica[42], o que se justifica, essencialmente, em razão de sua opção epistemológica de se dedicar ao estudo da Ciência do Direito, e não ao Direito[43]. Não tinha ele, dentro deste contexto, qualquer preocupação com o conteúdo da Constituição, com seu elemento político, pois "Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo."[44]

Já no contexto do Estado Democrático de Direito, a 'essência da Constituição' afigura-se como imprescindível ao controle de constitucionalidade, que pressupõe o alargamento das bases constitucionais no sentido de incluir, em sua referência, os princípios constitucionais e

[42] Refere ele que dentro destas normas cabe qualquer conteúdo, seja ele bom ou mau.
[43] Este sim, o Direito, foi tratado na obra *Teoria Geral das Normas*, ao contrário da *Teoria Pura do Direito*, que versa sobre a Ciência do Direito.
[44] Kelsen, op. cit., p. 311.

as normas tidas por programáticas[45], estabelecendo novos paradigmas para a implementação e a concretização constitucional.

Apesar, pois, de suas contribuições para a Ciência do Direito, o controle de constitucionalidade kelseniano apresenta-se como insuficiente, uma vez que privilegia o aspecto formal, sendo que o Estado Democrático de Direito reclama uma extremada valorização da materialidade da Constituição, como forma de assegurar a implementação de suas diretrizes e preceitos. A Constituição não é meramente forma, mas essencialmente conteúdo, um "pacto de civilidade, produto da *volonté générale* de um povo"[46] e como tal deve ser considerada enquanto critério de validade das demais normas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales.* Versión de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Rever ou romper com a Constituição Dirigente?* Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, pp. 7-17.

_____. *O Estado adjetivado e a Teoria da Constituição.* In: Revista Interesse Público 17, vol. 5, jan/fev de 2003.

[45] Normas estas que, nas palavras de CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional.* 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989. p. 132, não são programáticas, porque "Todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia, podendo-se afirmar que hoje não há mais normas programáticas. As assim denominadas 'normas programáticas' não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional (...); às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição."

[46] Nas palavras de STRECK, Lênio Luiz., em aula proferida no segundo trimestre de 2000 no Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* Madrid: Civitas, 1985.

HAAS, Evelyn. La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano.* 10ª edición. Montevideo: Konrad Adenauer, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung.* Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr, 1959.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* Tradução de João Babtista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

_____. *Jurisdição constitucional.* Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* In: Die Justiz, Heft 11-12, vol. VI.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio:* os limites da jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Manole, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional aberta.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARCIC, René. *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat.* Viena: [s.n.], 1957.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional.* São Paulo: Saraiva, 1998.

STRECK, Lênio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional:* os paradoxos da inefetividade do sistema jurídico brasileiro. In: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de (org.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. pp. 249-294.

_____ *Hermenêutica e(m) crise.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DEMOCRACIA E PÓS-MODERNIDADE[1]

Paulo Márcio Cruz[*]

O movimento democrático transnacional é o único sinal de esperança na luta contra a iniqüidade do mundo em que vivemos.
Boaventura de Sousa Santos

RESUMO

O presente artigo trata de discutir o futuro da Democracia, a partir das mudanças que estão ocorrendo e que se convencionou chamar de Pós-Modernidade. Os problemas vividos na atualidade sustentam uma crise do Estado Constitucional Moderno. Alguns exemplos como o complexo de industrias mundiais de alimentos que arrasa sementes tradicionais, o petróleo comercializado mundialmente, o monopólio da comunicação e a realidade virtual manipulável, demonstram que a "internalização" do Poder Público da modernidade provavelmente cederá espaço para a transnacionalização do Poder Público. Repensar a Democracia neste momento é fundamental, pois o mundo pós-moderno já não crê na legitimidade que não seja verdadeiramente democrática. São assuntos discutidos ao longo do texto. Observa-se que o problema maior, para se estabelecer os novos fundamentos para a representação democrática será no sentido de se repassar as prerrogativas atuais dos parlamentos representativos para as instituições de Democracia Participativa. Conclui-se que em todo o mundo "acordado" e afetado pela globalização se faz cada vez mais certo que o único poder legítimo é o poder com investidura popular, eleito desde baixo. A Democracia é, acima de tudo, um valor de civilização.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA, PÓS-MODERNIDADE, ESTADO CONSTITUCIONAL MODERNO, DEMOCRACIA REPRESENTATIVA, LEGITIMIDADE

---

[1] Artigo desenvolvido a partir das investigações realizadas pelo Professor Doutor Paulo Márcio Cruz durante realização de Pós-Doutorado na Universidade de Alicante, na Espanha, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC. www.paulocruz.pro.br

[*] Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina, com Pós-Doutorado na Universidade de Alicante, na Espanha, onde é professor convidado permanente do *Máster em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad - MADAS* (www.madas.ua.es), é professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (SC) (www.univali.br/cpcj).

ABSTRACT

This article discusses the future of Democracy, based on the changes that are taking place in what is conventionally called Post-Modernity. The problems experienced today are sustaining a crisis of the Modern Constitutional State. Some examples, such as the global food industries complex, which destroys traditional seeds, oil which is sold worldwide, the monopoly on communication, and the virtual reality, which can be easily manipulated, demonstrate that the "internalization" of the Public Power of modernity will probably give way to the transnationalization of Public Power. Rethinking Democracy, at this time, is essential, as the post-modern world no longer believes in a legitimacy which is not truly democratic. These are subjects discussed in this text. It is observed that the main problem in establishing the new foundations for democratic representation will be in the sense of passing on the current prerogatives of the representative parliaments, to the institutions of Participatory Democracy. It concludes that throughout the "awakened" world and affected by globalization, it is becoming increasingly certain that the only legitimate power is the power with popular investiture, elected by the masses. Democracy is, above all, a value of civilization.

KEYWORDS: DEMOCRACY, POST-MODERNITY, MODERN CONSTITUTIONAL STATE, REPRESENTATIVE DEMOCRACY, LEGITIMACY

INTRODUÇÃO

A principal pergunta que se quer responder com o presente artigo é aquela que estabelece a questão de como será e que papel terá a Democracia no Século XXI.

Colocar estas questões quando se viu derrubado o mundo comunista pode soar como provocação ou um convite duvidoso à predição. Mas, mesmo que ninguém duvide que a queda do Muro de Berlin tenha marcado o final de uma época, deve-se precisar qual a época que terminou para se poder medir o verdadeiro alcance deste acontecimento e suas repercussões.

Os otimistas defendem que a época terminada começou em 1945. Em nome do combate pela Democracia, havia-se derrotado Hitler. Mas foi com a ajuda de Stalin, que cobrou uma conta bastante alta: a servidão de metade da Europa ao comunismo. Quarenta e cinco anos mais tarde a vitória foi completa. Parece que foi ganha a batalha das idéias.

Quem hoje recorre a Lênin para questionar Montesquieu? Isso é coisa do passado. A evolução das idéias políticas havia alcançado, assim, sua última fase, e a República Liberal, herdeira do Século XVIII e da filosofia ilustrada, representaria a forma mais perfeita de organização humana. A liberdade burguesa havia triunfado e se estaria perto do fim da história, se é verdade que a história, apesar de tudo, é a batalha das idéias. Francis Fukuyama e seu **O fim da história e o último homem**[2] parecia ter razão.

Os pessimistas denunciaram esta interpretação, que julgavam simplista e ingênua. O período que termina não começou em 1945, mas sim em 1917. O parêntesis ideológico da revolução bolchevique estava encerrado e não se estaria assistindo o final da história, mas sim o retorno das nações. Nossa triunfante modernidade estaria ameaçada por um retrocesso histórico. Estar-se-ia obcecado pelo Século XIX.

Este artigo enseja uma hipótese muito mais ampla. O ano de 1989 não encerra uma época iniciada em 1917 ou em 1945. Encerra o que se institucionalizou graças a 1789[3]. Encerra, na verdade, a era do Estado Constitucional Moderno. A modernidade político-jurídica.

E é preciso verificar a obsolescência das instituições modernas e descobrir que, entre a era que estamos entrando e as construções da Era das Luzes há mais diferenças do que entre esta e a era patrimonial que a havia precedido. Será muito difícil admitir, assim como será difícil abandonar o barco à deriva e semi-naufragado do Estado Constitucional Moderno. Porque não se conheceu mais nada diferente das palavras Democracia, Liberdade, Igualdade e Política, que ainda definem os horizontes do pensamento. Mas já não há segurança de se conhecer seus significados e a adesão a elas deriva mais de um "ato reflexo" que da reflexão, propriamente dita.

Como escreve Ferrajoli[4], vive-se hoje – e todos devem estar conscientes disso – uma crise histórica não menos radical do que a que aconteceu com as revoluções

[2] FUKUYAMA, Francis. **The end oh history and the last man**. Los Angeles: Publisher Simon & Schuster, 2005.

[3] A situação social, como neste início de Século XXI, era grave e o nível de insatisfação popular tão grande que o povo francês foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e arrancar do governo a monarquia comandada pelo rei Luis XVI. A Revolução Francesa foi o mais importante marco da Era Moderna. Significou o fim do sistema absolutista e dos privilégios da nobreza. A Pós-Modernidade significará o fim dos privilégios dos beneficiários dessa mesma revolução, e deverá ser levado a efeito, espera-se, por métodos muito mais avançados e civilizados.

[4] FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias: la ley Del más débil**. p.150.

burguesas do Século XVII. A potência destrutiva das armas nucleares, as agressões cada vez mais catastróficas contra o ambiente, o aumento das desigualdades sociais, a explosão dos conflitos étnico fazem com que o equilíbrio planetário seja cada vez mais precário e mais difícil a conservação da paz.

Está-se chegando à conclusão que os herdeiros da Era das Luzes são herdeiros apoplécticos: as leis se converteram em receitas, o Direito em método e o Estado Constitucional Moderno em meros espaços jurídicos. A grande questão a ser respondida é se isso é suficiente para assegurar o futuro da Democracia? Tem-se que perguntar, hoje, como será a Democracia sem soberania nacional. O grande edifício da era moderna perdeu seus alicerces e flutua, livre de todas as amarras, abandonado a si mesmo, como papel carregado pelo vento, como destaca Ferrajoli.

Por outro lado, parece ser um erro ver o fim desta era com temor. Seria um enorme erro ver o Estado Constitucional Moderno como um fim em si mesmo. A organização política herdada da Idade das Luzes representa só um episódio da história humana, o meio que foi encontrado, numa certa etapa de seu desenvolvimento, para fundamentar a liberdade numa ordem política.

Está-se carente de um "*up grade*" civilizatório. As últimas gerações humanas são devedoras de um efetivo novo avanço na questão do que se pode chamar de um mundo solidário e humanizado. A modernidade caracterizou um significativo avanço, apesar de um avanço baseado no individualismo. O mundo atual é complexo demais para seus obsoletos paradigmas teóricos.

Deve-se compreender que esta nova era não deve ser combatida – seria trabalho inútil – e sim ser objeto de novas teorizações, que possam conduzir a humanidade ao seu episódio seguinte, sempre com a perspectiva de uma evolução positiva[5].

O ser humano, dono de inteligência e diferente dos outros animais, está no planeta, provavelmente, para provar que pode sobreviver sem estar no estado de natureza. Que é possível uma organização política democrática adstrita aos paradigmas de participação, da política de tolerância, da distribuição da riqueza, da utilização sustentável do meio

[5] Deve-se anotar que os elementos negativos também evoluem, como é o caso dos aparatos de guerra

ambiente, da solidariedade e da diversidade e do sociatismo[6], não necessariamente nessa ordem.

1 – A Democracia e o Estado Constitucional Moderno

Para isso é preciso entender que o capitalismo "solto" e "desteorizado" formou uma tecno-estrutura que é uma rede global que nada tem a ver com livre mercado, já que está baseado em um sistema mundial assentado sobre cinco monopólios[7]: 1. O monopólio das finanças baseado no padrão dólar dos Estados Unidos da América e nas políticas do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional está tornando a economia financeira especulativa um vírus que está destroçando as economias produtivas, fazendo com que os trilhões de dólares que circulam diariamente nos principais centros financeiros superem em mais de duas vezes as reservas dos bancos centrais dos países que compõem a Organização Para Cooperação e Desenvolvimento Econômico[8] - OCDE. Mesmo com o Euro europeu, essa realidade permanece praticamente intacta; 2. O monopólio tecnológico que atua, principalmente, sobre as patentes e direitos de propriedade, atentando gravemente contra a biodiversidade das espécies. O complexo de indústrias mundiais de alimentos controla cada vez mais as "variedades de alto rendimento" e arrasa as culturas de sementes tradicionais[9]; 3. O monopólio sobre os recursos naturais e, especialmente, sobre o petróleo, através de sua comercialização mundial e por meio dos países intermediários. Desta maneira os preços do petróleo podem ser controlados e o dinheiro utilizado na sua compra recuperado via mercado financeiro para investimentos nos países ricos; 4. O monopólio da comunicação, que faz com que, cada vez mais, a

[6] Sociatismo é o termo utilizado por alguns autores para designar uma nova opção ideológica, que é, ao mesmo tempo, democrática, solidária, tolerante, distributiva, inclusiva e ecológica.
[7] AMIN, Samir. **El 50 aniversário de Bretton Woods**. p.108.
[8] A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE é um orgão internacional e inter-governamental que reúne os países mais industrializados. Por meio da OCDE, os representantes se reúnem para trocar informações e alinhar políticas com o objetivo de potencializar seu crescimento econômico e colaborar com o desenvolvimento de todos os demais países membros.A OCDE não constitui foro de negociação político-diplomática, mas sua atuação no aspecto normativo vem adquirindo importância crescente. Esse fato é particularmente significativo, pois a OCDE representa, por meio de membros, cerca de 65% do PIB mundial.Soma-se a isso, a agilidade decisória da Organização, para concluir-se que tal foro se credencia como um dos focos privilegiados para a tomada de decisões relativas à economia mundial, em seus mais diversos aspectos.
[9] Villasante refere-se à obra **La explosión del desorden**, de autoria de Duran Fernandes, aditada pela Fundamentos, em Madrid, em 1993.

realidade seja virtual e manipulável, já que através dos meios de informação podem convencer a todos de que a verdade é a verdade que lhes convém; 5. O monopólio militar, que como foi demonstrado nas guerras do Golfo e na invasão do Iraque, tem relação intrínseca com os monopólios citados anteriormente, formando uma estrutura integrada. Com este exemplo pode-se exemplificar tanto a capacidade de violência física como sua relação com os monopólios de recursos naturais, comunicativos, tecnológicos e financeiros, e suas lógicas relações internas.

Caso não se posso ajustar, teórica e praticamente, o Poder Público de modo que ele possa atuar para impedir que esta tecno-estrutura mundial concentre riqueza e ameace a própria vida no planeta, o futuro estará ameaçado. Como alerta Tomas Villasante[10], a "internalização" do Poder Público da modernidade provavelmente cederá passo ao processo de transnalização do Poder Público. Caso contrário a debilidade do Estado Constitucional Moderno poderá conduzir a civilização a perigosas posições de confronto e autodestruição.

Está-se vivendo uma acelerada etapa de transição a novas formas de organização, em escala planetária. É importante ter-se consciência que na configuração da nova ordem mundial, a Democracia deverá desempenhar um papel mais importante que o Estado Constitucional Moderno, mesmo que, algumas vezes, pareça ser o contrário.

A globalização do mercado e das tecnologias da informação deverá estar acompanhada de uma globalização política e social, na qual os valores democráticos tenham um claro protagonismo. Esta é a única via, se a intenção é tratar de uma globalização que beneficie a todos e que não seja meramente quantitativa, mas principalmente qualitativa. Uma globalização que seja assumida como uma nova maneira de estar no mundo, e que implique, portanto, novo estilo de vida. Para todos, com comunhão de civilizações e não choque de civilizações, como explica Samuel Huntington[11].

A globalização só terá sentido e será verdadeiramente universal se for capaz de estruturar e criar um conjunto de relações de um novo tipo. Um mundo globalizado pressupõe novas relações de interdependência, novas necessidades e, porque não, novos

[10] VILLASANTE, Tomás R. **Las democracias participativas**. p.273.
[11] HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?** p.34.

problemas. Pressupõe ainda novos sujeitos capazes de fazer frente aos desafios globais. A reconstrução da Sociedade pós Estado Constitucional Moderno passa pela reabilitação do político, do social e do cultural contra a hegemonia da razão econômica[12]. Isso implica uma redefinição ou, mais exatamente, um redescobrimento do bem comum, de um saber-viver juntos e de um novo sentido para a aventura de viver.

Claro que dirão que isto é utópico. Também não se está pensando que tratar de uma assunto com esta capacidade para gerar polêmica será fácil. Mas o que é certo, é que não se pode continuar por mais tempo nesta "racionalidade irracional" em que está mergulhado o mundo atual. Está-se diante de uma singular oportunidade histórica: configurar um Poder Público que possa ser aplicado ao local, ao regional e ao mundial, que seja sensível ao ser humano e propenso a incluir todas as pessoas a um mínimo de bem estar.

A ausência do político está permitindo que as grandes corporações multinacionais levem a cabo, na prática, uma autêntica tomada do poder, um verdadeiro controle do mundo a margem da política. Sob o véu de uma pretensa racionalidade econômica e por trás de uma aparência formal de apoliticidade, se está desenvolvendo, na prática, com extraordinária força, um novo tipo de política, que pode ser qualificada como "parapolítica". Essa atividade "parapolítica", gerada a partir dos centros financeiros, está permitindo que as corporações transnacionais ocupem, de forma imperceptível, sem revolução, sem mudanças na lei nem nas constituições, através do simples desenvolvimento da vida cotidiana, os centros materiais vitais da Sociedade.

Os cidadãos estão sendo jogados a um mundo de redes anônimas, no qual as empresas multinacionais se transformam no modelo de conduta. A nova utopia é a de um mercado da informação e da comunicação totalmente integrados graças às redes eletrônicas e de satélites, sem fronteiras, funcionando em tempo real e de forma permanente.

Mesmo assim, a globalização pode ajudar em dois sentidos: por poder fazer evidente a interdependência e por ter despertado o pluralismo da diversidade, algo nunca assistido pela humanidade.

---

[12] JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetária**. p.45.

Repensar a Democracia neste momento histórico é fazê-lo a partir de um pluralismo que possui duas vertentes: a pluralidade de atores que disputarão a governabilidade mundial e que rompem o paradigma da endogenia estatal moderna, e a pluralidade de culturas que exigem que a liberdade seja vivida a serviço da inclusão social e que a igualdade seja vivida a serviço da diferença. Isto implica, claramente, ir muito mais além do modelo de Democracia representativa liberal.

A teoria da Democracia não tem que ser necessariamente re-inventada, mas certamente tem que re-orientar-se. O termo "repensar" deve ser entendido como um intento para captar e centrar os novos problemas de uma história que virou uma página e que volta a começar. Trata-se de algo diferente do fim da história. Ao contrário do que sustenta Fukuyama, está-se diante de um futuro denso de incógnitas e seguramente muito distinto do presente que se conhece.

Será necessária uma boa dose de valentia e esperança diante de um futuro que, em boa medida, estará nas mãos daqueles que se proponham a teorizar um novo Poder Público, para depois do Estado Constitucional Moderno.

Seja como for e qual seja o cimento das vidas em comunidades políticas comuns – língua, costume, cultura, religião ou, até, etnia – o mundo pós-moderno já não crê na legitimidade que não seja verdadeiramente democrática.

Hoje, embora sua gravidade não seja totalmente reconhecida, está-se presenciando uma crise profunda não deste ou daquele governo, mas da própria Democracia representativa em todas as suas formas.[13]

É importante destacar que as premissas básicas dos revisionistas democráticos falharam: a elite não defende valores democráticos, mas antes instituições oligárquicas; mais freqüentemente do que o seu apoio às elites autoritárias, os movimentos de massa defendem direitos democráticos e mudanças que contrariam os interesses das elites (direitos civis, femininos, ecologia, trabalho). James Petras[14] assinala, a propósito, que sociedades complexas são mais dificilmente compreendidas por elites que defendem conjuntos estreitos de interesses privados.

[13] TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. p.386.
[14] PETRAS, James. **Neoliberalismo: américa Latina, estados unidos e europa.** p.359.

Assim, é importante destacar que, para funcionar no ambiente atual, a Democracia é assunto de mentalidades e atitudes e não de métodos ou procedimentos. Como escreve Arnaldo Miglino[15], a Democracia não pode ser apenas uma forma de se proceder. Ela é, acima de tudo, um valor que pressupõe a aplicação de outros princípios, como o da liberdade de expressão e opinião, liberdade de obtenção de informação imparcial e correta e publicidade dos fatos que se referem à esfera pública. Considerando-se que um dos momentos fundamentais da Democracia é a escolha dos governantes, seria impossível, de maneira eficaz, que o povo possa fazer uma escolha do gênero sem gozar da liberdade intelectual e sem poder dispor de informações sobre a realidade.

A categoria "Sistema Democrático" não é utilizada aqui no sentido da teoria sistêmica, como alega Friedrich Müller[16], mas no do Direito Público e da Teoria do Estado: diz respeito a todas as normas, estruturas, objetivos e valores essenciais de um Estado que se possa denominar "democrático".

E a categoria "Exclusão Social" não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização, mas à conhecida e fatal "reação em cadeia da exclusão", que se entende pela exclusão econômico/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos, etc), passando pela exclusão social, cultural e política. São valores que, ao contrário, impedem que um Estado possa ser denominado de democrático.

A exclusão pode ser primária (como no Brasil) ou secundária (isto é, empobrecimento, descenso social, como nos Estados Unidos e na Inglaterra). As duas formas causam danos à Democracia e solapam o Estado Constitucional Moderno em sua espécie contemporânea, ou seja, o modelo de Bem Estar, no caso da Inglaterra, e o modelo capitalista periférico no caso do Brasil.

A Democracia não está livre do perigo da destruição – da autodestruição. Isso porque a Democracia encontra-se, paradoxalmente, em contradição com a necessidade desse sentimento de pertencer à comunidade. A Democracia Representativa Moderna é um sistema frio. Está constituída por princípios, regras e instituições. Mas sua existência

[15] MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. p.20.
[16] MULLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** p.38.

depende do esforço e do engajamento do cidadão. Assim, o inimigo mortal que ameaça a Democracia é a indiferença e a passividade do cidadão, a impotência dos indivíduos frente ao universo kafkaniano do poder transverso do Estado Constitucional Moderno e do poder insensível do mercado e da economia, como observa Françoise Furet.[17]

Percebe-se que neste contexto complexo há quem trate de buscar diagnósticos mais ou menos definitivos e soluções de emergência, que operam, não raro, a partir da simplificação arbitrária do complexo. Sempre surgem comentaristas e interessados que, dispostos a ignorar a magnitude e o alcance de muitos dos problemas, encontram fáceis receitas milagrosas ou fórmulas salvadores capazes de regenerar o edifício da Democracia Representativa. Para evitar o erro de simplificar arbitrariamente o complexo, sem cair na armadilha de complicar arbitrariamente o simples, o que se quer, nesse artigo, é analisar o impacto de todo esse conjunto de transformações históricas sobre o modelo de representação política e do próprio Estado Constitucional Moderno, tendo como hipóteses a insuficiência de ambos figurinos políticos.

O paradigma resultante daquilo que se convencionou chamar de "Estado de Partidos" desfrutou, desde o segundo pós-guerra de um longo ciclo histórico de estabilidade, permitindo projetar na teoria política uma nova visão notavelmente desproblematizada dos elementos nucleares da representação política. Boa prova disso é o fato de que a preocupação dominante na doutrina centrou-se em aspectos relativos aos nexos internos (ou seja, os que estão dentro da própria esfera política) entre os diferentes sujeitos agentes da representação, basicamente entre o deputado tomado individualmente e o grupo ou partido ao qual pertence. Sem querer entrar em outras questões centrais da relação representativa entendida como circuito fundamental de comunicação entre a Sociedade Civil e o Estado, a qual, uma vez consolidado o sufrágio universal, normalmente se aceita como um elemento geralmente não problemático.

Este longo período de estabilidade começou a ver-se afetado a partir da década de oitenta, por um discurso mais ou menos difuso de "mal estar civil", no qual, de maneira ambígua, foram projetados diversos tipos de argumentos críticos contra o sistema representativo vigente. Desde um certo sentido de "apoliticismo" difuso, conectado com

[17] DAHRENDORF, Ralf, FURET, Françoise & GEREMEK, Bronislaw. **La democracia en europa**. p.24.

o apogeu da Sociedade Civil, até um "regeneracionismo" mecanicista de viés utópico, passando pela lógica sensação de marginalização de certas minorias ou grupos de opinião, ou por demandas não concretas de um maior controle sobre a política. Enfrentar-se-ia, definitivamente, uma nova onda do recorrente debate sobre a representação, no qual se plasmaria todo um conjunto de concretudes singulares do fenômeno da "crise da legitimação" do Estado Constitucional Moderno intervencionista apontado por Habermas[18], ou da série de promessas não cumpridas pela Democracia, segundo a abordagem de Bobbio[19], que afetariam a relação de confiança entre os cidadãos e o poder político, devido fundamentalmente a oligarquização e a falta de transparência dos aparelhos partidários.

Não é uma simples casualidade o fato de que tal discurso crítico haja começado a aflorar num contexto geral de crise histórica tanto do modelo vigente de Estado Constitucional Moderno de Bem Estar, como da própria ordem política mundial, cujo apogeu foi o próprio "Estado de Partidos". O que, por sua vez, coloca a delicada questão de se estar diante de uma nova onda expansiva do longo processo de trato histórico que sofre a representação democrática, ou, pelo contrário, aparecem agora alguns elementos problemáticos nucleares, referentes à própria configuração da política no Estado Constitucional Moderno, que estariam começando a sofrer uma inexorável transformação, seja pela dimensão territorial do espaço social próprio do Estado Constitucional Moderno, desbordado por processos de integração supra-estatal ou pelo próprio mecanismo de agregação de interesses que conduzem à formulação do interesse geral por parte do próprio Estado Constitucional Moderno.

Partindo-se dessa base teórica, foram estabelecidas as seguintes hipóteses para o presente artigo:

a) A diversificação da Democracia é fundamental para o novo modelo de organização político-jurídica que substituirá o Estado Constitucional Moderno;

b) A Democracia como valor deve ser considerada uma proposta de civilização, e não o Estado Constitucional Moderno, já ultrapassado e insuficiente para servir como espaço de Poder Público pós-moderno;

[18] HABERMAS, Jurgen. **Más allá del estado nacional**. p.78 e seguintes.
[19] BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. p.76.

c) A existência de um novo Poder Público. Um espaço público construído com base em teorias pós-modernas e nas democracias participativa e solidária;

d) A Solidariedade e a participação democráticas terão papel destacado nas novas formulações teóricas destinadas a organizar um Poder Público pós-moderno.

É importante ressaltar, como se poderá observar ao longo do artigo, que o grande desafio para o século XXI será a construção de uma Sociedade Democrática Global, respeitadora das diferentes concepções humanas, baseada na paz, na preservação da vida, na justiça social, no acesso de todos ao bem-estar[20]. Será construir um modelo de organização social, política e jurídica que supere e substitua o atual modelo de exclusão e de concentração de riquezas, denominado Estado Constitucional Moderno, por um outro modelo de Poder Público, Democrático, capaz de tornar realidade estes nossos desejos.

Como aponta Friedrich Muller, não sendo assim, seria, então, um Estado que nenhum democrata poderia mais tolerar.[21]

Nunca é demais repetir que não se quer, com o presente artigo, formular e/ou propor teorias para construções político-jurídicas que possam substituir o Estado Constitucional Moderno e a própria Democracia Representativa. Existem alguns motivos para que se trate com cuidado científico redobrado assuntos como os aqui abordados.

É preciso, antes de qualquer coisa, que a comunidade científica dedicada à ciência e à teoria do Estado esteja – pelo menos boa parte dela - de acordo com a tese da necessidade de se teorizar uma alternativa ao Estado Constitucional Moderno e à Democracia representativa. Antes disso, qualquer proposição será tida como devaneio e acusada de ingênua, romântica, utópica, etc.

Apesar de importantes, algumas teses que já foram propostas para a superação do Estado Constitucional Moderno e da Democracia Representativa. Dentre elas a de Alvim Tofler, por exemplo, que apesar de representar importante contribuição ao debate, carece de uma maior densidade e base científica ou, como as de outros autores,

---

[20] PORRAS NADALES, Antonio & VEGA GARCIA, Pedro. **El debate sobre la crisis de la representación política**. p.12-13.

[21] MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** p.16.

insistem em "reformar" o Estado Constitucional Moderno ou a Democracia Representativa.

Alguns doutrinadores insistem em re-fundar o Marxismo e o Anarquismo, que padecem dos mesmos anacronismos que acometem o Estado Constitucional Moderno e a Democracia Representativa. Foram, se pode dizer, reações ao Estado Constitucional Moderno. E, assim sendo, acabam sendo o próprio espectro antitético do Estado Constitucional Moderno em uma relação dialética.

O Estado, *Lato Sensu*, é importante sempre ressaltar, como Poder Público, não está em causa. Tanto é assim que, como o leitor poderá perceber adiante, se parte sempre da hipótese da existência futura de uma organização destinada a exercer o Poder Público. Assim, a caracterização clássica do Estado, como existência de população, governo e capacidade decisória e autônoma e não mais soberana, estará hígida. Olha-se na direção do Poder compartilhado, globalizado, com um capitalismo sociatista[22] democrático, um Estado Transnacional. Estas questões levantadas não são invenções, mas sim fruto de constatações científicas, que permitem a base para uma teoria sobre a superação do Estado Constitucional Moderno.

Assim, os objetivos principais desse artigo destinam-se a demonstrar que o Estado Constitucional Moderno e a Democracia Representativa são instrumentos que não atendem à complexidade globalizada da Sociedade pós-moderna e que há necessidade urgente de se começar a trabalhar a possibilidade de um consistente debate teórico sobre qual será o modelo a substituí-los.

Talvez haja uma única certeza: não será construído sobre as teses que sustentaram o Estado Constitucional Moderno.

O problema é de concepção. Anacronismo. Incapacidade de atender às demandas pós- modernas.

Os elementos que se pode recolher da doutrina mais avançada mostram que é preciso superar teoricamente as categorias secularizadas da modernidade: Liberalismo, Socialismo, Capitalismo, Wellfare state, Social-Democracia, Terceira Via. Todas estão

[22] Sociatismo é o termo utilizado por alguns autores para designar uma nova opção ideológica, que é, ao mesmo tempo, democrática, solidária, tolerante, distributiva, inclusiva e ecológica.

contaminadas pelo conjunto de teorias que idealizaram o Estado Constitucional e a Democracia Representativa.

Deste conjunto, deve-se chamar atenção para o Capitalismo Liberal. Ele sim o vírus contaminador de todo o modelo denominado Estado Constitucional Moderno.

Não se trata, também, de uma discussão com os que acham que os instrumentos do Estado Constitucional Moderno, representados por seu modelo de Bem Estar ainda não foram utilizados, como no caso de vários países da América Latina. Claro que, onde a espécie de Bem Estar ainda não atuou, é bem possível que ainda possa produzir alguns avanços. Mas sempre se deve questionar o anacronismo. Lembrar que nas décadas de 60, 70 e 80 do Século XX, na Europa Ocidental, onde o modelo de bem estar fez muito sucesso, o ambiente de Guerra Fria "empurrava" os Estado Liberais Capitalistas em direção a um modelo "conciliatório", admitindo âmbitos de atuação social, nos quais a presença do mercado era subsidiária ou inexistente.

Hoje, embora sua gravidade não seja totalmente reconhecida, está-se presenciando uma crise profunda não deste ou daquele modelo, mas da própria Democracia representativa em todas as suas formas.

Esta complexidade mandarinesca, como aponta Tofler[23], arria a economia, enquanto as reações espasmódicas dos tomadores de decisões do governo contribuem para a sensação prevalente de anarquia. O sistema político, ziguezagueando erraticamente de dia para dia, complica enormemente a luta de nossas instituições sociais básicas para a sobrevivência.

As últimas duas décadas de nosso século vêm registrando um estado de profunda crise mundial. É uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos de nossa vida – a saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, da economia, tecnologia e política.[24] É uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais. Uma crise de escala e premência sem precedentes na história da humanidade. Pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta.

[23] TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. p.388.
[24] CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. p.19.

O ecossistema global e a futura evolução da vida na Terra estão correndo sério perigo e podem muito bem resultar num desastre ecológico em grande escala.

Fritjof Capra[25], por exemplo, escreve que a deterioração de nosso meio ambiente tem sido acompanhada de um correspondente aumento nos problemas de saúde dos indivíduos. Enquanto as doenças nutricionais e infecciosas são as maiores responsáveis pelas mortes no Terceiro Mundo, os países industrializados são flagelados pelas doenças crônicas e degenerativas apropriadamente chamadas de "doenças da civilização", da civilização do Estado Constitucional Moderno.

A pergunta é: quando e onde uma Sociedade evoluiu a partir da atuação do Estado e de seus poderes? Ou foram decisões da Sociedade Civil que permitiram os avanços sociais, utilizando o Estado Constitucional Moderno como um (mau instrumento? Os escandinavos, a Alemanha, a França ou a Nova Zelândia tornaram-se países desenvolvidos por conta de uma brilhante atuação do Estado Constitucional Moderno e seu modelo de bem Estar? A resposta é não! Os maiores problemas enfrentados durante o período de desenvolvimento estavam ligados, justamente, ao Estado Constitucional Moderno, como demonstra Friedrich Müller[26].

Mas ainda assim e apesar de tudo que foi dito anteriormente, o Problema maior do Estado Constitucional Moderno não é qualquer dos elementos que o formam, mas sim a base da sua filosofia de liberdade política: o capitalismo e o liberalismo econômico.

O liberalismo teve seu nível mais elevado de evolução na Inglaterra, tanto em seu aspecto teórico e cultural como em seus aspectos práticos de normas jurídicas e instituições políticas como forma de organização social, numa lógica correspondência com uma Sociedade na qual a inclusão da burguesia no processo político havia sedimentado a submissão gradual da monarquia, principalmente a partir de Henrique VIII, que rompeu com a Igreja católica, com Cromwell, quando foi estabelecido um

[25] CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. p.22.
[26] MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** p.45.

mercado mundial, no qual eram vendidos os produtos manufaturados, e extraída a matéria-prima a baixo custo.[27]

Uma revisão do desenvolvimento histórico da Revolução Comercial mostra que, desde fins do século XVII, a Grã-Bretanha, com a decadência marítima holandesa, transformou-se na primeira potência capitalista e comercial do mundo. Por isto, geralmente, quando se fala em "Liberalismo Clássico", a referência é ao Liberalismo inglês, da mesma forma que, quando se faz referência à economia política clássica do século XIX, a referência também é a autores britânicos, numa correspondência coordenada entre o Liberalismo político e o econômico, numa combinação muito apreciada por Benjamin Constant, um dos principais autores liberais, como assinala Jean Touchard[28].

Os mecanismos de mercado, a divisão do trabalho tanto num plano nacional como internacional, a lei da oferta e da procura, a livre concorrência e os afãs individuais se articulam, de forma não consciente, na famosa "mão invisível" corretora da qual fala Adam Smith como fator regulador dos desajustes que eventualmente seriam produzidos[29]. O grande volume de riqueza criada faria – acreditavam Smith e seus seguidores – que não houvesse contradições nem limites ao crescimento econômico em sociedades nas quais existissem as condições apontadas acima.

O Liberalismo político só mais tarde iria convergir no sentido de Liberalismo econômico. Assim, o econômico passou a fortalecer o político e permitiria, em alguns países – como no Brasil, do final do século XIX e começo do século XX, onde a burguesia não era socialmente forte – criar uma ampla maioria a favor do Liberalismo econômico e, inclusive, trabalhar este mesmo Liberalismo no terreno cultural, mas com um entusiasmo muito menor em relação à liberdade política, que julgavam socialmente perigosa.[30]

Liberalismo econômico e liberalismo político dominaram a agenda política no Século XIX e agora, com o neoliberalismo, voltam à pauta, com sinais inequívocos de insuficiência teórica.

---

[27] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** p.94.
[28] TOUCHARD, Jean. **Historia de ideas políticas**, p. 405.
[29] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** p.96.
[30] CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** p.107.

Tem-se a sensação de que se está saindo deste ciclo político que dominou os últimos dois séculos. Mas as tentativas teóricas para a sua substituição são bastante tímidas e não são capazes de sugerir, ainda, quais serão os termos futuros da confrontação política[31]. Daí a necessidade de se trabalhar os indícios que indiquem a necessidade de superação desta construção teórica anacrônica de organização político-jurídica.

Nesse sentido é importante destacar a proposta do sociólogo alemão Ulrich Beck com relação à substituição das relações "internacionais" de conflito e/ou disputa por relações "transnacionais" de solidariedade e cooperação[32].

O autor alemão aponta que a "globalização" põe o tema da compreensão e organização da Sociedade novamente na ordem do dia dentro do debate público, e isto com uma urgência que não se conhecia desde o marxismo e as disputas sobre a luta de classes.

Em outras palavras, a sociedade mundial formada a partir da planetarização promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, remete a um "mundo novo", uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço intermediário entre o nacional e o local. Como conseqüência, Beck indica o surgimento de uma faixa de ação própria das sociedades mundializadas. Isso pode ser percebido na relação dos estados nacionais para com as empresas multinacionais, o que acaba vinculando um possível futuro Direito Transnacional, por conta da persecução da criminalidade transnacional, as possibilidades de realização de uma política cultural transnacional, as possibilidades de ação dos movimentos sociais transnacionais, entre outros.

2 - A Democracia Representativa e o Estado Constitucional Moderno;

A Democracia Representativa é um instrumento de legitimação das injustiças sociais. Assim como eram aqueles instrumentos presentes no Estado Absoluto e no Estado Feudal.

[31] DAHRENDORF, Ralf, FURET, Françoise & GEREMEK, Bronislaw. **La democracia en europa**. p.120.
[32] BECK, Ulrich. **Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. p.153.

A humanidade segue seu curso de desenvolvimento. Cada estágio de desenvolvimento corresponde a uma das fases do Estado, do feudal ao constitucional. Ocorre que, como se trata de um desenvolvimento limitado, baseado na ascensão de determinada(s) classe(s) ou grupo(s) social(ais) às estruturas de poder, a legitimação é precária e limitada.

Com o aumento da complexidade social, embora o atual sistema seja baseado no governo da maioria, poderá ser impossível formar uma maioria, mesmo em questões cruciais de sobrevivência. Por sua vez, este colapso do consenso significa que cada vez mais governos são governo de minorias, baseados em coalizões inconstantes e incertas.[33]

A carente maioria faz da retórica democrática padronizada uma irrisão. Esta constatação pode ser ampliada com as tentativas de impor processos democráticos apenas formais, como aborda Arnaldo Miglino, em seu **Democracia não é só procedimento**[34]. É difícil acreditar que, sob a convergência da rapidez e da diversidade, qualquer conjunto de eleitores possa ser representado. Numa Sociedade industrial de massa, quando as pessoas e suas necessidades eram razoavelmente uniformes e básicas, numa perspectiva burguesa, o consenso era um alvo atingível.

Numa Sociedade complexa multifacetada e não massificada, não só se carece de propósito nacional, mas também se carece de propósito regional, de todo um Estado e de toda uma cidade. A diversidade em qualquer região, no Brasil, no México, na Índia ou na África do Sul, é tão grande, que o seu "representante" não pode afirmar que fala por uma maioria. Ele ou ela não pode representar a vontade geral pela simples razão de que não há nenhuma.

A relação do Estado Constitucional Moderno, com os cidadãos, tornou-se muito complexa também porque, ao contrário do que pretendia a teoria liberal, as estruturas estatais modernas não reconhecem apenas cidadãos, reconhece também os grupos e classes sociais a que eles pertencem.[35] Como estes grupos e classes têm uma capacidade muito diferenciada de influenciar o Poder Público, a igualdade dos cidadãos

[33] TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. p.403.
[34] MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é só procedimento**. p. 12.
[35] SANTOS, Boaventura de Sousa. **O regresso do estado?** p.01.

é meramente formal e esconde desigualdades por vezes gritantes e que não são sequer tangenciadas pelos processos democráticos representativos.

O que acontece então à própria idéia de Democracia Representativa?

Obsolescência! Não se quer atacar a Democracia, até porque se espera que a superação do Estado Constitucional Moderno se dê a partir de uma nova Democracia, enriquecida e ampliada. Apenas se opera com constatações a partir de autores que se dedicam ao tema: não apenas as instituições do Estado Constitucional Moderno, mas também os seus pressupostos teóricos estão obsoletos.

Construída para outro momento, incapaz de lidar adequadamente com problemas transnacionais, incapaz de lidar com problemas correlatos, incapaz de acompanhar a aceleração científica, incapaz de enfrentar os altos níveis de diversidade, o modelo de Democracia representativa parlamentar é insuficiente e obsoleto.

Uma Democracia se legitima, e não em último lugar, a partir do modo pelo qual ela trata as pessoas que vivem no seu território – não importa se elas são cidadãs ou titulares de direitos eleitorais ou não. Isso se aproxima, finalmente da idéia central originariamente democrática.[36] A Democracia, como já assinalado anteriormente, não é apenas procedimento, mas também um valor.

É em função disso que Antônio del Cabo[37] diz que, na medida em que os Estados desenvolvidos sigam fomentando que suas próprias empresas multinacionais, estatais ou privadas, obtenham no Hemisfério Sul, na Ásia ou no Leste Europeu os ganhos que considerem vitais, ou continuem apoiando a militarização destes países através da exportação de armas, ou realizem uma competição feroz pelos novos mercados agrícolas, não existe possibilidade alguma, como diz Boris Fremkel, na sua obra **Los utopistas postindustrales[38]**, de que a Democracia chegue a ser outra coisa senão uma farsa.

Para Tofler[39], representante da ala mais radical no que diz respeito à contestação aos mecanismos da Democracia representativa moderna, o fato verdadeiramente

[36] MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** p.24.
[37] DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: alguns efectos em América Latina y e Europa**. p.41.
[38] FRENKEL, Boris. **Los utopistas postindustrales.** p.132.
[39] TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. p.407.

espantoso atualmente é que nossos governos continuem ainda a funcionar. Nenhum presidente de empresa tentaria dirigir uma grande companhia com tabela de organização traçada inicialmente por uma pena de ave de algum antepassado do século XVII ou XVIII, cuja única experiência gerencial consistisse em dirigir uma fazenda. Nenhum piloto, em seu juízo normal tentaria pilotar um avião a jato supersônico com os instrumentos antiquados de navegação e controle que estavam à disposição de Santos Dumont ou dos irmãos Wright. Entretanto, isto é o que se está tentando fazer em política e na Teoria do Estado.

O denominado Estado Constitucional Moderno, como gênero, foi montado a partir de modelo teorizado antes do advento da industrialização – antes de quase cem por cento de toda tecnologia aérea, nuclear e eletrônica de que dispomos atualmente – em um mundo intelectual que é quase inimaginável, um mundo pré-marx, pré-Darwin, pré-Freud, pré-Einstein.

Esta é, pois, a questão política mais importante, por si só, com a qual nos defrontamos: o envelhecimento das nossas instituições políticas e governamentais mais elementares, entre elas a Democracia Parlamentar Representativa[40]. Assim, o Estado Constitucional Moderno pode ser superado em sentido progressivo caso se admita sua decadência cada vez maior e a própria inadequação do constitucionalismo, com o reconhecimento da obsolescência de suas declarações, convenções e garantias. Pode-se dizer que, atualmente, segundo dados da própria Organização das Nações Unidas, ela mesma uma criação moderna já depauperada, que direitos e garantias existem para apenas um quinto da população mundial.

Na medida em que – principalmente nos países desenvolvidos – a meta-estrutura superintegração/subintegração domina a Sociedade, ela não deslegitima a Sociedade estatalmente organizada apenas na esfera do seu caráter de Estado de Direito, mas decisivamente já a partir da sua base democrática.[41] É um desfazimento do modelo original de legitimação, que leva, fatalmente, à insuficiência da Democracia Representativa e do próprio Estado Constitucional Moderno.

---

[40] BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. p.149.

[41] MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** p.30.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O articulado ao longo desse artigo demonstra ser fundamental entender que diante do aumento vertiginoso da complexidade do mundo atual é preciso considerar a necessidade de um aumento da pluralidade dos processos de associação e representação democráticas por outras formas de associação e por outras formas de participação além dos partidos políticos e do voto. Os referendos, as consultas populares, as assembléias de políticas públicas, as conferências de consenso, as mesas de diálogo e controvérsia, a gestão municipal participativa – todas estas são formas de participação que podem ser criadas em complementação criativa, em uma relação virtuosa com a Democracia Representativa.

O problema maior, para se estabelecer os novos fundamentos para a representação democrática será no sentido de se repassar as prerrogativas atuais dos parlamentos representativos para as instituições de Democracia Participativa. Neste ponto, o Estado Constitucional Moderno não consegue mais exercer sua influência centralizadora. Os Partidos Políticos e o Estado Constitucional Moderno gozam de baixíssima credibilidade, atualmente. No caso do Estado Constitucional Moderno, suas instituições não gostam de ser transparentes na luta contra a corrupção e por isso não gostam da Democracia Participativa.

As instituições representativas *convencionais* sacrificaram a igualdade política ou a deliberação. Poderia haver outras formas de representação que não o façam.

O importante é que se possa demonstrar que há, entre cientistas renomados, preocupações fundadas quanto à superação do modelo representativo democrático do Estado Constitucional Moderno.

Não há dúvidas que hoje nos encontramos frente a uma verdadeira crise das formas tradicionais da Democracia Representativa, que pode traduzir-se (ou que já se traduz) na rejeição das instituições por parte dos cidadãos[42]. É justo perguntar-se, já que uma possível via de saída vem indicando por uma integração entre as formas da

[42] BERGALLI, Roberto & RESTA, Eligio. **Soberania: un princípio que se derrumba**. p.34.

Democracia Representativa e as formas da Democracia Direta, se as tecnologias de informação – permitindo, tecnicamente, uma associação mais imediata dos cidadãos nas fases da proposta, da decisão e do controle – podem ajudarnos a inventar a democracia do Século XXI.

Neste mister, Menelick de Carvalho Netto[43], em sua participação no livro **Canotilho e a Constituição Dirigente**, sugere que a Constituição – e por conseqüência o Estado Constitucional – ou é de interesse de todos, ou ela pertence a todos nós ou não é de ninguém. Ou o excluído tem a ver com o Direito Constitucional – e, mais uma vez, com o Estado Constitucional Moderno – pois tem direitos como todos, e deve estar em nossas posturas e considerações, ou estaríamos desenvolvendo um puro diletantismo, que interessaria apenas às eventuais maiorias ou ao líder de uma ditadura totalizante. Este é o grande desafio: possibilitar a esses excluídos se reconhecerem e atuarem como cidadãos.

A Democracia deve servir, antes de tudo, para que a Sociedade evolua, para que a diversidade de opções políticas e não políticas (culturais, relacionais, territoriais, sindicais, étnicas, de idade, etc), possam se movimentar o mais livremente possível, enriquecendo a complexidade da comunidade.[44] Como na própria natureza, a biodiversidade, neste caso social, deve ser estimulada, de modo a acolher todo tipo de iniciativas e assim fazer avançar o conjunto com as que se considerem mais válidas. Isto implica em diversos mecanismos e instrumentos de validação, adaptados às peculiaridades de cada iniciativa, segundo o âmbito e o momento determinado. Os movimentos livres de iniciativas culturais e sociais definem melhor uma Democracia que quer avançar, sem o jogo moderno das maiorias que tendem a bloquear iniciativas discrepantes.

A vitória da Democracia como *princípio de legitimidade* é mais extensa e mais importante que o argumento geográfico, que mostra estar metade do planeta sob regimes democráticos. Em todo o mundo "acordado" e afetado pela globalização se faz cada vez mais certo que o único poder legítimo – o único poder ao qual se deve livre obediência – é o poder com investidura popular, eleito desde baixo. Hoje em dia existe

[43] CARVALHO NETTO, Menelick *et alii*. **Canotilho e a constituição dirigente.** p.126.
[44] VILLASANTE, Tomás R. **Las democracias participativas**. p.136.

a difundida convicção de que um sistema político não pode funcionar sem uma efetiva legitimação popular.

E não deve ser apenas uma legitimação formal, via procedimento. A Democracia é, acima de tudo, um valor de civilização.

REFERÊNCIAS:

AMIN, Samir. **El 50 aniversário de Bretton Woods**. Madrid: Alfoz, 1994.

BECK, Ulrich. **Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización**. Barcelona: Paidós, 2004.

BERGALLI, Roberto & RESTA, Eligio. **Soberania: um princípio que se derrumba**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.

BILBENY, Norbert. **Política sin estado**. Barcelona: Ariel, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Carmo Rodrigues. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia.** Madrid: Trotta, 2000.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1982.

CARVALHO NETTO, Menelick *et alii*. **Canotilho e a constituição dirigente.** Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** 3 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DAHRENDORF, Ralf, FURET, Françoise & GEREMEK, Bronislaw. **La democracia en europa**. Org. de Lucio Caracciolo, Madrid: Alianza Editorial, 1992.

DEL CABO, Antonio. **Constitucionalismo, mundialização e crise del concepto de soberania: alguns efectos em América Latina y e Europa**. Alicante: Publicaciones Universidad de Alicante, 2000.

DUVERGER, Maurice. **La democrácia sin el pueblo**. Madrid: Ariel, 1980.

ECCLESHALL, Robert *et alii*. **Ideologías políticas**. Madrid: Tecnos, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias: la ley Del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1999.

FRENKEL, Boris. **Los utopistas postindustrales.** Buenos Aires: Nueva Visión, 1988.

FUKUYAMA, Francis. **The end oh history and the last man**. Los Angeles: Publisher Simon & Schuster, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **Más allá del estado nacional**. Ciudad de Mexico: Editora Fondo de Cultura Econômica, 1998.

HELLER, Hermann. **Escritos políticos**. Madrid: Alianza Universidad, 1985.

HUNTINGTON, Samuel P. **Choque de civilizaciones?** Madrid: Tecnos, 2003.

JÁUREGUI, Gurutz. **La democracia planetária**. Oviedo: Ediciones Nobel, 2000.

MIGLINO, Arnaldo. **Democracia não é apenas procedimento**. Curitiba: Juruá, 2006.

MÜLLER, Friedric. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade Editorial, 2000.

PETRAS, James. **Neoliberalismo: américa Latina, estados unidos e europa.** Blumenau: Editora da FURB, 1999.

PORRAS NADALES, Antonio & VEGA GARCIA, Pedro. **El debate sobre la crisis de la representación política**. Madrid, Tecnos, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización y democracia**. Bogotá: Palestra, sem data.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A escala do despotismo.** Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), Publicado no periódico *Visão,* 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O regresso do estado?** Coimbra: Centro de Estudos Sociais (CES), Publicado no periódico *Visão*. 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SARTORI, Giovanni. **La democracia después del comunismo**. Madrid: Alianza, 1993.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda**. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 1992.

TOUCHARD, Jean. **Historia de las ideas políticas**. Trad. J. Pradera. 5. ed., Madrid: Tecnos, 1993.

VILLASANTE, Tomás R. **Las democracia participativas**. Madrid: Ediciones HOAC, 2003.

DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO A PARTIR DO DEBATE ENTRE CARL SCHMITT E HANS KELSEN

Ricardo Stanziola Vieira [*]

Emídio Capistrano de Oliveira[**]

RESUMO

O presente artigo ocupa-se de uma reflexão teórica sobre o sistema democrático de representação no Estado Liberal. O objetivo principal é estudar o esgotamento do sistema em uma sociedade em que a representação se transformou no elemento democrático por excelência desde a modernidade. A partir especificamente da idade moderna, dar-se-á relevância ao debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, separando os pontos principais em que os teóricos fundamentaram seus discursos. Carl Schmitt, como constitucionalista e politólogo defende em seu momento histórico a crise da democracia representativa, fundamentado-a como uma crise liberal, enquanto Hans Kelsen apenas salienta o "cansaço do sistema de representação", sustentando que a democracia para se consubstanciar deva se esvaziar dos conceitos clássicos de "democracia", "soberania popular" e "representação", sendo ainda o atrelamento a teoria substancial, o motivo do mal estar moderno em relação a democracia representativa. O debate traz impreterivelmente um olhar sobre os princípios da soberania popular e participação democrática como pontos de complementaridade da representação democrática hodierna. Atualmente juristas como Manuel Aragon cita a crise da democracia representativa, assim como pensadores como Boaventura de Souza Santos e mais recentemente, no Brasil Fabio Konder Comparato, Maria Helena Benevides e Paulo Bonavides. A exposição do pensamento destes pensadores leva a uma reflexão sobre o antigo debate já travado entre Schmitt e Kelsen e do papel da representatividade política e da soberania popular no cenário do Direito em especial, focado o Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: REPRESENTAÇÃO; CRISE; DEMOCRACIA.

RESUMEN

El presente artículo se ocupa de una reflexión teórica sobre el sistema democrático de representación en el Estado Liberal. El objetivo principal es estudiar el agotamiento del sistema en una sociedad en que la representación se transformó en el elemento democrático por excelencia desde la modernidad. A partir específicamente de la edad

[*] Docente do Curso de Administração Pública (Esag/Udesc), nas disciplinas de Ciência Política e Politicas Públicas.Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente/pesquisador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, da disciplina de direito ambiental e desenvolvimento econômico.

[**] Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), bolsista-pesquisador da Fundação de Apoio a Pesquisa e Extensão em Santa Catarina (FAPESC).

moderna, darse-a la relevancia al debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, separando los puntos principales en que los teóricos fundamentaron sus discursos. Carl Schmitt, como constitucionalista y politólogo defiende en su momento histórico la crisis de la democracia representativa, fundamentado-la como una crisis liberal, mientras Hans Kelsen sólo resalta el "cansancio del sistema de representación", sustentando que la democracia para se consubstanciar deba vaciarse de los conceptos clásicos de "democracia", "soberanía popular" y "representación", siendo todavía el atrelamento la teoría sustancial, el motivo del mal estar moderno en relación la democracia representativa. El debate trae impreterivelmente una mirada sobre los principios de la soberanía popular y participación democrática como puntos de complementariedad de la representación democrática hodierna. Actualmente juristas como Manuel Aragon cita la crisis de la democracia representativa, así como pensadores como Boaventura de Souza Santos y más recientemente, en Brasil Fabio Konder Comparato, Maria Helena Benevides y Paulo Bonavides. La exposición del pensamiento de estos pensadores lleva a una reflexión sobre el antiguo debate ya trabado entre Schmitt y Kelsen y del papel de la representatividad política y de la soberanía popular en el escenario del Derecho en especial, enfocado Brasil.

PALAVRAS-CLAVE: REPRESENTACIÓN; CRISIS; DEMOCRACIA.

INTRODUÇÃO

Em uma perspectiva histórica os conceitos de democracia e participação democrática foram expostos pelos pensadores Eric Hobsbawm, Quetin Skinner e Maria H. Benevides que mostram um evoluir histórico da complementaridade da participatividade do povo dentro da democracia representativa.

Expor o ambiente histórico em que representação e participação se complementam, é tarefa apresentada também pelos teóricos Carl Schmitt e Hans Kelsen que atualizaram o debate democrático tratando de temas de participação, soberania popular, e uma possível crise da moderna democracia parlamentar representativa.

Este artigo propõe lançar um olhar sobre o assunto com fito de gerar algumas reflexões.

1 A CRITICA À REPRESENTATIVIDADE PARLAMENTAR

A história constitucional contemporânea se utiliza de diversas expressões que, na maioria das vezes, desconhecem seus significados históricos, dando-lhes apenas

suas acepções jurídicas. Para o operador do Direito, as expressões soberania popular, Constituição, ou a expressão da vontade geral, ou ainda, proletariado, indústria e liberalismo, devem ser entendidos como palavras-chaves para o entendimento mais conforme a sua interpretação. As palavras listadas acima, a exemplo, tornaram-se símbolos de um período turbulento de convulsionamento histórico, político, social e econômico compreendido de acordo com o historiador Eric Hobsbawm entre 1789 a 1848. Informa-nos Eric Hobsbawm:

> (...) a certa altura da década de 1780, e pela primeira vez na história da humanidade, foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornou capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitado. (Hobsbawm, 1982, p. 44)

O surgimento do proletariado na Grã-Bretanha vai simbolizar para esta nação e para o resto do mundo a ampliação da tecnologia e seus efeitos, com as revoltas que surgiriam deste explosivo modelo econômico que rompeu com as estruturas socioeconômicas tradicionais dos Estados. Eric Hobsbawm informa:

> As mais sérias conseqüências da revolução industrial foram às sociais: a transição da nova economia criou a miséria e o descontentamento, os ingredientes da revolução social. E, de fato, a revolução social eclodiu na forma de levantes espontâneos dos trabalhadores da indústria e das populações pobres das cidades, produzindo as revoluções de 1848 e os amplos movimentos cartistas na Grã-Bretanha. (Hobsbawm, 1982, p. 55)

O contexto em que se desenvolvem os principais conceitos de soberania e Constituição para as nações, é marcado, como relata Araújo Costa, em clima de grande otimismo:

> O século XIX foi marcado por um grande otimismo, por uma crença quase absoluta no poder do homem de construir uma sociedade justa a partir de uma organização racional dos poderes políticos e de uma elaboração racional do direito. (Costa, 2001, p. 273)

Quer dizer, reconhece-se a "democracia representativa como a melhor forma possível" (Costa, 2001, p. 273), em que tal escolha gerara "uma grande reverencia a figura do legislador, entendido como efetivo representante do povo" (Costa, 20001, p. 273).

A opção pela democracia representativa, no entanto, não foi sem maiores discussões. Eric Hobsbawm escreve "que na França fornece-se o vocabulário e os temas tanto da política liberal como da radical-democracia para a maior parte do mundo".

(Hobsbawm, 1982, p. 71). Ainda referindo-se ao pensamento de Eric Hobsbawm, o autor assinala:

> As duas grandes revoluções [industrial e francesa] entre 1789-1848 foi o triunfo não da indústria como tal, mas da indústria capitalista; não da liberdade e da igualdade em geral, mas da classe média ou da sociedade burguesa liberal; não da economia e Estados em uma determinada região geográfica do mundo [mas] (...) Grã-Bretanha e França. (Hobsbawm, 1982, p. 17). (...) E ainda assim a história da dupla revolução não é meramente a história do triunfo da nova sociedade burguesa. É também a história do aparecimento das forças que, um século depois de 1848, viriam transformar o mundo em expansão e contração. (Hobsbawm, 1982, p. 19).

E Maria Helena Benevides que completa com a exposição de seu estudo deste período:

> Tem certa razão K. Loewenstein, quando considera a revolução francesa como "uma luta entre as doutrinas plebiscitárias rousseaunianas e o principio representativo de Montesquieu". A esquerda radical, de inspiração rousseauísta, é derrotada pelos moderados, seguidores de Montesquieu e seduzidos pelo talento de Sieyès e Talleyrand, este responsável pela "feliz" redação do artigo VI da declaração dos Direitos do homem e do Cidadão de 1789: "A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de contribuir pessoalmente, ou por seus representantes, a sua formação". Para Sieyès está claro que a "vontade geral" não é inerente ao povo e somente os representantes podem formulá-la e exprimi-la adequadamente. Sua distinção entre Estado representativo e Estado democráticos, neste sentido é transparente: "Se os cidadãos impusessem suas vontades, não se trataria mais de um Estado representativo, mas de um Estado democrático". (Benevides, 2003, p. 53)

Portanto, neste período em que o historiador relata parte do desenvolvimento dos processos históricos nos Estados e na sociedade moderna, é que o Barão de Montesquieu se consagra com a obra **O espírito das leis** (1748). Impulsionado pela critica ao monarquismo absolutista, o autor descreve a democracia como "a capacidade soberana de eleger seus melhores representantes" (Benevides, 2003. pg. 50), defendendo em seus escritos que o povo participe das decisões legislativas, mas, no entanto, tão somente por meio da representação. Em sentido contrario, vai defender Jean Jacques Rousseau, nas obras **O Contrato Social** (1762), e **Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens** (1754), o ensinamento de que soberano é o povo que institui seus governos, devendo estes decidir e deliberar sobre as decisões governamentais.

No debate entre Montesquieu e Rousseau demonstra-se a histórica critica a democracia representativa já presentes na Revolução Francesa (1789), a qual, "Robespierre foi um dos ardorosos defensores da democracia direta roussaunianas" (Benevides, 2003, pg. 52). As idéias de democracia de Rousseau nunca foram aceitas como o pensamento de soberania parlamentar de Montesquieu, todavia nunca mais passarão despercebidos dos demais pensadores que tratarão da democracia.

Por volta da segunda década do século XX, o pensador alemão, Carl Schmitt, em seu livro **A Crise da Democracia Parlamentar** (1920), estará a voltar às obras de Rousseau e Montesquieu para rever o atual conceito de democracia. Sua obra recebe a resposta de Hans Kelsen, no livro **A democracia** (1924) e **Jurisdição Constitucional**, em que perfaz um capítulo a quedar-se a embater com o constitucionalista e politólogo. A força dos argumentos de Schmitt e Kelsen é a contemporanização do que outrora se altercava.

2. CARL SCHMITT E HANS KELSEN E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Entende-se Carl Schmitt e Hans Kelsen, ao rever alguns entendimentos básicos de suas teorias políticas, ainda que de forma breve. Em relação a Carl Schmitt, este entende que a constituição de um país é algo substancialmente homogêneo, não aceitando a separação do político ao jurídico na ordem democrática. Na critica de Carl Schmitt, o positivismo jurídico Kelsiano expulsa todo método sociológico da interpretação constitucional, o que para o autor é negativo. Para Carl Schmitt, Hans Kelsen é um expoente do liberalismo que leva a cabo sua teoria liberal para o direito e o Estado. Portanto, quando o Estado deixa de discutir sua natureza política, permite que politicamente seja violada sua função ultima: a democracia. Carl Schmitt desta forma critica o atual sistema de representação parlamentar, identificando-o ao sistema liberal de governo. Alega-se que o modelo vigente de representação parlamentar ainda que tenha sido adotado em maior parte das nações ocidentais, não significa que represente a totalidade da base intelectual de uma instituição especialmente adequada.

Em contrapartida Kelsen ensina que no ordenamento jurídico guarda-se tanto a ordem democrática quanto política. O parlamento, essência das legiferações, é o ambiente em que as verdades seriam constantemente discutidas para o direcionamento

do Estado. Kelsen defende a atualidade do sistema parlamentar, entendendo que é exatamente esta a natureza da democracia, em que o proletário alcance por meio de seus representantes eleitos, se equipararem à burguesia, que sempre com base na defesa dos interesses do seu capital, tentará insuflar a anti-democraticidade. Ora, de nada adianta subverter o sistema em prol da idéia substancial de democracia no sistema liberal, podendo-se, como em tempos anteriores, retroceder ao totalitarismo, como em sua época já surgia nas idéias de extrema-esquerda, na ditadura do proletariado, ou do facismo na extrema-direita. Para Kelsen, democracia somente se faz real no tempo e espaço por meio da organização social que a tripartição dos poderes engendra, e o parlamento representativo mantêm.

O grande foco da questão entre os autores residirá, sobretudo, no conceito de democracia, assim como de que forma se efetuará a soberania popular no seio democrático. E por fim, em que "grau" a vontade popular deve se fazer presente no ambiente democrático, da forma como debatida entre Rousseau e Montesquieu.

3 OS FUNDAMENTOS DO DEBATE ENTRE CARL SCHMITT E HANS KELSEN

3.1 SOBRE A DEMOCRACIA

No desenvolvimento do conceito de democracia para Carl Schmitt, está o que se denomina de democracia substancial, ou em suas palavras, homogênea. Para Carl Schmitt, a fórmula burguesa liberal está indissociavelmente mesclada com a atual democracia parlamentar, não podendo se reconhecer seu verdadeiro conceito. Democracia para Carl Schmitt deve ser entendida como "o conjunto de pensamentos de uma tradição com relevo para o igualitarismo, em que o Governo do povo se volta para o povo" (Bobbio, 2000, p. 328). Nas palavras do autor, relata-se:

> A crença no sistema parlamentar, num government by discussion, pertence ao mundo intelectual do liberalismo. Não pertence à democracia. O liberalismo e a democracia devem ser separados, para

> que se reconheça a imagem heterogeneamente montada que constitui a moderna democracia de massas. (Schmitt, 1996, p. 10)

No livro Teoria de la Constitución, em seu 17º capítulo, Carl Schmitt define democracia como "una forma política que corresponde al principio de la identidad del pueblo." E continua "el pueblo es portador del Poder Constituinte, y se dá a si mismo una Constitución." (Schmitt, 1996, p. 221). A partir deste pressuposto, inicia-se o conceito de Constituição homogênea, que Carl Schmitt irá definir em como democracia, em contraposição a democracia parlamentar liberal. O problema maior do liberalismo democractico é a não inserção da maioria nas decisões governamentais. entende Schmitt que esta maioria, é base da homogeneidade de um povo, a integralidade da vontade de todo o povo, com base na igualdade entre todos os partícipes deste Estado. Escreve Schmitt que "la igualdad que corresponde a la esencia de la democracia se dirige por eso siempre al interior, y no hacia fuera: dentro de um Estado democrático son iguales todos los súbditos." (Schmitt, 1996, p. 224). E ainda continua Schmitt: "esta igualdad democratica, es el supuesto de todas las otras igualdades: igualdad de la ley, voto igual, sufragio universal, sertvicio militar obligatorio, iguldade para el aceso a los cargos publicos." (Schmitt, 1996, p. 225). Logo, este autor desenvolve um conceito de igualdade homogenea para a democracia, "y por cierto, homogeneidad del pueblo." (Schmitt, 1996, p. 230). O conceito de homogeneidade de Schmitt, é longamente fundamentado em seu livro **Teoría de la Constitucíon,** como sendo democracia uma identificação de todo o povo com a igualdade real deste povo, ou seja, entende o autor que era este o alvo de Rousseau no Contrato Social, e a base em todo o conceito tradicional clássico de democracia na história da filosofia. Nas palavras de Schmitt:

> (...) o verdadeiro Estado, segundo Rousseau, só existe ali, onde o povo é tão homogêneo, que a unanimidade passa essencialmente a predominar. Pelo Contrato Social não devem existir partidos, nem interesses especiais ou diferenças religiosas, nada que separe as pessoas, nem mesmo um sistema financeiro. (...) A unanimidade deve segundo Rousseau, chegar ao ponto de possibilitar a criação de leis. Até mesmo o juiz e as partes devem querer a mesma coisa (livro II, capitulo 4, parágrafo 7) (...). Em resumo, na homogeneidade que alcança a identidade, tudo se define por si só. (Schmitt, 1996, p. 14).

Para Carl Schmitt, o divorcio do real conceito de democracia no sistema democrático liberal, gera uma crise permanente em seu interior, conforme mesmo afirma:

> Atualmente podemos definir (...) a crise da democracia – da qual fala M. J. Bonn, sem levar em conta o contraste entre igualdade humana liberal e homogeneidade democrática; uma crise do estado moderno e, finalmente uma crise do sistema parlamentar. Esta ultima aqui analisada, consiste no fato de a democracia e o liberalismo terem se interligado. (Schmitt, 1996, p. 16)

Contudo, não desta forma entende Hans Kelsen. Sobre a crise alegada de Carl Schmitt, sobre o sistema democrático parlamentar, escreve o autor austríaco:

> Hoje – não se pode esconder – há certo cansaço do parlamento, embora ainda não seja o caso de falar atualmente – como fazem alguns autores – de uma "crise", de uma "falência" ou, diretamente, de uma agonia do parlamentarismo. (Kelsen, 2000, p. 45)

Para Hans Kelsen, toda incrustação ideológica no conceito de democracia lhe é nociva, portanto, o autor elimina todo valor que deva seguir o termo. Kelsen escreve: "a democracia, no plano da idéia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo." (Kelsen, 2000, p. 35). Em se tratando da base da democracia, o povo e a soberania popular, devem ser entendidos como um meio técnico jurídico de manutenção da ordem social. A sociedade funda o pacto social por maioria absoluta, e posteriormente, se submete as decisões de quem escolheu lhe representar. Vejamos a afirmação do autor:

> Há uma idéia que leva, por um caminho racional, ao principio majoritário: a idéia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior numero o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles. (Kelsen, 2000, p. 32) (...) A liberdade do individuo, a qual, em ultima analise, se revela irrealizável, acaba por ficar em segundo plano, enquanto a liberdade da coletividade passa a ocupar o primeiro plano. (Kelsen, 2000, p. 33)

Em Hans Kelsen, as idéias de igualitarismo não permeiam o conceito de democracia, assim como seu pressuposto fundamental, é a igualdade, mas a liberdade. Comenta em seu livro Hans Kelsen que "o sistema parlamentar apresenta-se, então, como uma conciliação entre a exigência democrática de liberdade e o princípio da distribuição do trabalho – causa de diferenciação e condicionante de qualquer progresso técnico-social.". (Kelsen, 2000, p. 47).

Por conseguinte, a maior justificativa de existência do parlamento não é a representação da vontade de todos os indivíduos de uma nação, mas sim, segundo

Kelsen, “seu valor justificado como um meio técnico-social especifico para a criação da ordem do Estado.” (Kelsen, 2000, p. 49).

Sobre o segundo ponto de discussão sobre a democracia entre estes teóricos, encontra-se a questão da representação parlamentar. Schmitt afirma que a democracia parlamentar está fulcrado em dois temas: a que justificam a existência do Parlamento pela questão da representação e os princípios da publicidade e da discussão.

3.2 SOBRE A REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR

Em relação à representação parlamentar, afirma Carl Schmitt que a democracia parlamentar está fulcrado em dois temas principais, a questão da representação e os princípios da publicidade e discussão. Sobre a publicidade, quer dizer, sobre o que pertence ao povo ou ao Estado, quanto o que está aberto ao escrutínio da sociedade. Já em relação ao principio da discussão, Schmitt trata sobre as transparências das discussões no Parlamento, ou seja, discussão publica de argumentos e contra argumentos, os debates e conversações públicas e a parlamentação.

Schmitt encontra a finalidade do Parlamento nos efeitos aos quais os princípios da publicidade e da discussão são a causa. Por sua vez estes estão intrinsecamente ligados ao povo, e servem destarte, de controle democrático, como mesmo citando Guizot escreve:

> O processo absolutamente típico de pensamento é encontrado no representante absolutamente típico do sistema parlamentar, que é Guizot. Partindo do direito (como oposto ao poder), ele classifica, como determinantes da essência do sistema que garante o poder do direito; 1. que os poderes sempre sejam obrigados a discutir e assim a buscar juntos a verdade; 2. que a transparência publica de toda a vida do Estado permita o controle dos poderes por todos os cidadãos; 3. que a liberdade de imprensa incentive os cidadãos a buscarem, eles mesmos, a verdade e transmiti-la aos poderes. (Schmitt, 1996, p. 34)

Em relação ao principio da publicidade, Carl Schmitt cita Tönnies que escreve que se inverteu o critério prevalecente de que se deve reinar a opinião publica, ao invés da publicidade da opinião deste Parlamento. (Schmitt, 1996, p. 36). Escreve Schmitt:

> Em algumas nações o sistema parlamentar conseguiu transformar todas as questões publicas em objeto de cobiça e de compromisso dos partidos e dos agregados, e a política, longe de ser a ocupação de uma elite, passou a ser a desprezível negociata de uma desprezível classe de gente. (Schmitt, 1996, p. 6) (...) A situação do sistema parlamentar

> tornou-se hoje extremamente critica, por que a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão publica argumentativa, numa simples formalidade vazia. (...) Os partidos atualmente não se apresentam mais em posições divergentes, com opiniões passíveis de discussão, mas sim como grupos de poder sociais ou econômicos, que calculam os interessem e as potencialidades de ambos os lados para, baseados nesses fundamentos efetivos, selarem compromissos e formarem coalizões. (Schmitt, 1996, p. 8)

A critica do autor alemão recrudesce em seu livro Teoria de la Constitucion:

> El Parlamento, en la mayor parte de los estados, no es ya hoy un lugar de controversia racional donde existe la posibilidad de que una parte de los diputados convenza a la otra y el acuerdo de la Asamblea pública en pleno sea el resultado del debate. Antes bien, las organizaciones sólidas de partido forman una representación siempre presente de ciertos sectores de las masas electorales. La posición del diputado se encuentra fijada por el partido; la coacción del grupo es una practica del parlamentarismo actual, sin que tengan significación pública diversas aparienciais. Las fracciones se enfrentan unas con otras con una fuerza rigurosamente calculada por el número de mandatos; una discusión pública parlamentaria no puede cambiar nada en su actitud de interés o de clase. Las negociaciones en el seno del Parlamento, o fuera del Parlamento, en las llamadas conferencias interfraccionales, no son discusión, sino negociaciones; la discusión oral sirve aquí a la finalidad de un calculo recíproco de la agrupación de furzas e intereses. El privilegio de libertad de discurso (inviolabilidad) perdió con estos su supuestos. (Schmitt, 1996, p. 306).

O grande apontamento da critica de Carl Schmitt está no detalhe pratico da falsa representação, conforme seu texto que cita-se abaixo:

> Desaparece el carácter representativo del Parlamento y del diputado. Por lo tanto, el Parlamento no es ya el lugar en que recae la decisión política. Las decisiones esenciales son adoptadas fuera del Parlamento. El Parlamento actúa, pues, como oficina para una transformación técnica en el aparato de autoridad del Estado.

O tópico essencial da argumentação de Carl Schmitt, finalmente conclui que a representação do povo pelo Parlamento encontra-se fragilizada, não atendendo aos requisitos essenciais da democracia. No entanto, para Hans Kelsen, o problema não está ainda no sistema, mas na irresponsabilidade de alguns deputados, conforme afirma em texto abaixo:

> A irresponsabilidade do deputado diante de seus eleitores, que é indubitavelmente uma das causas principais da aversão hoje dominante contra a instituição parlamentar, não é de modo algum ,

> como mostrou acreditar a doutrina do século XIX, um elemento essencial e inseparável do sistema parlamentar, e já em algumas instituições vigentes há, a esse respeito, tentativas dignas de consideração e capazes de um desenvolvimento posterior. Mas antes disso será necessário abolir, ou, pelo menos, limitar, aquela forma de irresponsabilidade do deputado, designada pelo nome de imunidade, que se afirma não diante dos eleitores, mas diante das autoridades do Estado, principalmente dos Tribunais, e que constitui, em todos os tempos, um requisito do sistema parlamentar. (Kelsen, 2000, p. 118)

A argumentação principal de Hans Kelsen para provar que o sistema parlamentar não se encontra em crise, em seu ver, é que a discussão que ocorre no seio parlamentar tornou a democracia imune contra o totalitarismo emergente, caso ocasionalmente as discussões sempre dirigiam a sociedade. Explica Hans Kelsen que somente uma mentalidade metafísica-absoluta entenderia a eterna discussão parlamentar um risco para a democracia, conforme se expõe no texto abaixo:

> (...) [a] argumentação dirigida contra o parlamentarismo se reduz a atribuir a democracia liberal, que é seu fundamento, uma concepção metafísico-absoluta. Nada pode ser mais errado, pois se é possível motivar de um ponto de vista universal a antítese das formas estatais, não será, porém, de um ponto de vista metafiso-absoluto fundamental, mas unicamente de um ponto de vista crítico-relativista, que se poderá postular a democracia, e, mais particularmente, o parlamentarismo democrático. O relativismo filosófico, partindo da impossibilidade de reconhecer uma verdade ou um valor absoluto e, por isso mesmo, alheia a exigência, para uma concepção qualquer, de um valor que exclua todas as outras e seja, por assim dizer, autoritário, e sempre propenso, ao contrario, a considerar a concepção contraria ao menos possível, acha-se fatalmente impelido na direção daquele método dialético que deve primeiro deixar as opiniões antitéticas se manifestarem, para depois procurar uma compensação mediadora entre dois pontos de vistas, nenhuma dos quais pode ser adotados integralmente e sem reservas, com a total negação do outro. No fundo, acaso não é este o mesmo método do parlamentarismo democrático, com seu reconhecimento de direito da minoria e seu procedimento antitético-dialético voltado à consecução de um compromisso? (Kelsen, 2000, p. 133-134)

Hans Kelsen adverte que o principio do debate publico no parlamento, evita a opção da ditadura, seja pelo proletariado seja pelo ditador, sempre propenso a ser visto como Divino instaurador de uma nova ordem democrática (Kelsen, 2000, p. 133).

Em relação a critica schmittiana de que o povo não mais participa do grande debate publico, sendo este o guia maior das decisões políticas do estado, Kelsen retoma sua teoria técnico-juridica e política. Para Hans Kelsen, o próprio conceito de soberania

popular é fictício, e não representa a literalidade da expressão em que o povo deva comandar as decisões do Estado. Veja-se a citação de Kelsen abaixo:

> E, assim como, no estágio primitivo do totemismo, os membros do clã usavam a mascara do totem sagrado, isto é, do ancestral do clã, para desempenharem o papel de pais, repudiando, por breve tempo qualquer vinculo social, também o povo-súdito na ideologia democrática assume o caráter de órgão investido de autoridade inalienável, podendo apenas o seu exercício ser delegado de novo aos eleitos. Mesmo a doutrina na soberania popular - ainda que aperfeiçoada e espiritualizada – é um mascara totêmica. (Kelsen, 2000, p. 92-93)

Da mesma forma deve haver um esvaziamento do terma representação, tendo em vista uma vez outorgado pelo povo o direito aos parlamentares de represnetar seus eleitos, este, na visão de kelsen se submete diretamente as normas do Estado, sendo dependente deste, e independente dos seus eleitores, conforme demonstra-se a seguir:

> A ficção da representação, a idéia de que o parlamento é apenas um representante do povo, de que o povo pode exprimir a sua própria vontade apenas no parlamento e através dele, embora no princípio parlamentar, em todas as constituições, vigore exclusivamente a regra de que os deputados não podem receber instruções obrigatórias dos próprios eleitores, o que torna o parlamento, no exercício de suas funções, independente do povo. Alias, com esta declaração de independência do parlamento em relação ao povo, nasce o parlamento moderno, que se destaca da instituição análoga do Estado antiga, cujos membros estavam notoriamente vinculados por mandatos imperativos dos seus grupos de eleitores e eram responsáveis perante eles. A ficção da representação deve legitimar o parlamento do ponto de vista da soberania popular. Mas esta ficção evidente destina a dissimular o golpe verdadeiro e fundamental desferido contra o principio de liberdade pelo parlamento, ofereceu aos adversários da democracia o argumento para afirmarem que a própria democracia estaria fundada sobre uma falsidade obvia. (Kelsen, 2000, p. 115-116)

Portanto, não há o que contender que o sistema parlamentar representativo seja o mais adequado para a atualidade, tendo em vista este conseguir a mantença da ordem social, maior preocupação de Kelsen, a fim de ocorra o desenvolvimento da democracia.

3.3 SOBRE A VONTADE GERAL

Volonté Générale, ou simplesmente Vontade Geral, é a expressão de Jean Jacques Rousseau em seu livro O Contrato Social que designa ali, “a vontade coletiva do corpo político que visa ao interesse comum” (Testoni, 2000, p. 1298). A Vontade

Geral de Jean Jacques Rousseau de acordo com Benevides é um conceito moral, "que é sempre justa e tende sempre a utilidade pública" (Benevides, 2003, p. 54). A expressão lança as bases da teoria da soberania popular, e como afirma Champlin, fundamentalmente, significa "a importância dos julgamentos e idéias que uma sociedade pode fazer em seu todo" (Champlin, 1991, p. 836). Carl Schmitt se utiliza do termo Vontade Geral, para fundamentar sua teoria da homogeneidade, indicando a discrepância que a liberdade tem como fundamento da democracia, e informando a igualdade como ponto fundamental de uma sociedade democrática. Escreve o autor:

> A Volonté Générale, como Rousseau a concebeu, é na verdade a homogeneidade, a democracia conseqüente. Segundo o Contrato Social, o estado, apesar do nome e da construção introdutória do contrato, baseia-se não no próprio contrato, mas essencialmente na homogeneidade. Dela se extrai a identidade democrática de governantes e governados. . (Schmitt, 1996, p. 15) (...) numa evolução posterior do seu estudo e no desenvolvimento do conceito essencial da Volonté Générale evidencia-se que o verdadeiro Estado, segundo Rousseau, só existe ali, onde o povo é tão homogêneo, que a unanimidade passa essencialmente a predominar. (Schmitt, 1996, p. 14)

Ou seja, Carl Schmitt acusa o sistema democrático representativo de se utilizar das estratégias econômicas liberais, onde a heterogeneidade é à base da sociedade, e a diferença essencialmente econômica, gerada pela livre concorrência do sistema, termina por afastar a maioria comum das importantes decisões políticas do "bem comum". Veja-se o que escreve Carl Schmitt:

> A antiqüíssima dialética do estudo da vontade do povo ainda não foi solucionada: a minoria pode encarnar a verdadeira vontade do povo e este ultimo pode ser enganado. (...) O que predomina hoje em termos de democracia nos Estados de cultura européia ocidental, é para eles somente uma enganação do poder econômico do capital sobre a imprensa e os partidos, isto é, a ilusão de uma vontade popular equivocadamente formada. (Schmitt, 1996, p. 29)

Já na opinião de Hans Kelsen, acredita este que Carl Schmitt mascara o problema da Vontade Geral, através do que se pretende teleologicamente com a democracia, que seja o "bem comum". Escreve Hans kelsen:

> (...) para a coletividade, só pode existir o "absoluto" da coletividade e não o absoluto do individuo, e esse absoluto da coletividade seria o bem comum. O compromisso "criador" deve, pois, evidentemente, ser o bem comum, o absoluto da coletividade, ou pelo menos dele se aproximar. Mas isso é metafísica social, ou mais exatamente, metapolitica – a mesma que, formulada de forma menos clara, costuma esconder-se atrás das obscuras expressões "interesse do

> Estado acima dos partidos", "bem comum", etc. (Kelsen, 2000, p. 376)

Para Hans Kelsen, a Vontade Geral é uma pura maioria simples, como se observa na afirmação a seguir:

> A Volonté Générale de Rousseau – expressão antropomorfa que indica a ordem estatal objetiva, valida independentemente da vontade dos indivíduos, Volonté de Tous – é absolutamente incompatível com a teoria do contrato social, que uma função da Volonté de Tous. Mas essa contradição entre uma construção subjetiva e uma construção objetiva, ou - se quisermos – essa passagem de uma posição inicial subjetiva para um resultado final objetivista, não é certamente menos característica do pensamento de Rousseau do que do pensamento de Kant ou de Fichte. (Kelsen, 2000, p. 364)

E ainda no texto que segue explica mais enfático:

> Há apenas uma idéia que leva, por um caminho racional, ao principio majoritário: a idéia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior numero o é. (Kelsen, 2000, p. 32).

Como se observa, a preocupação maior de Hans Kelsen é a ordem social. Interpretações históricas e filosóficas não cabem em sua teoria política, negando desta forma que haja possibilidades de atrelamento entre igualdade e democracia. A democracia para Kelsen é a liberdade, como mesmo afirma em que "a liberdade do individuo substitui-se, como exigência fundamental, a soberania popular, ou o que dá no mesmo, o Estado autônomo, livre. (Kelsen, p. 34). Em detrimento de tal fato para kelsen, inclusive Jean Jacques Rousseau deve ser de imediato reinterpretado.

4. O DEBATE CARL SCHMITT-HANS KELSEN: Uma breve análise.

O debate moderno entre Carl Schmitt e Hans Kelsen retoma a pergunta se o sistema democrático de representação vigente desde a modernidade encontra-se em crise. A avaliação do jurista Manuel Aragon, é no sentido de que a ausência de explanação deste assunto no livro de Hans Kelsen, leva a entender que o positivismo kelsiano não respondeu estes assuntos, mas apenas procurou defender o sistema parlamentar. A única preocupação de Kelsen é o procedimentalismo do Estado de Direito em que Manuel Aragon escreve:

> Aparte de que Schmitt silencie que la mayoría que, através de la ley privase de igualdade de chance a la minoria no estaría realizando la

> democracia, sino destruyéndola, y lo silencia porque para él la libertad no forma parte inscindible de la democracia (al contrario de lo que sostiene Kelsen), aparte de que también silencie el control social que, frente a los abusos que pode efectuar por la opinión publica, (...) y, lo cierto és que aqui, em lo que atañe exclusivamente a la denuncia de los riesgos que puede comportar um entedimiento puramente "procedimental" de la democracia, se encuentra um sólido argumento de Schmitt que no queda por entero rebatido em la tesis de Kelsen. (Aragon, 1996, p. 27)

Ao se referir a uma crise do sistema parlamentar liberal, Carl Schmitt esta a apontar a critica de diversos pensadors de seu tempo sobre dilemas antigos e novos do debate democratico, a qual Hans Kelsen não deixa de assentir, mesmo não concordando com a palavra "crise", como mesmo afirma no texto que segue:

> Hoje – não se pode esconder – há certo cansaço do parlamento, embora ainda não seja o caso de falar atualmente – como fazem alguns autores – de uma "crise", de uma "falência" ou, diretamente, de uma agonia do parlamentarismo. (Kelsen, 2000, p. 45)

Sobre a possibilidade do sistema representativo estar enfrentando uma crise é tema atual que tem exposto Boaventura de Souza Santos já reiteradamente, e tratando sobre o defendido procedimentalismo kelsiano:

> O procedimentalismo democrático não pode ser como supõe Bobbio, um método de autorização de governos. Ele tem de ser, como nos mostra Joshua Cohen, uma forma de exercício coletivo do poder político cuja base seja um processo livre de apresentação de razoes entre iguais. (...) a recuperação de um discurso argumentativo associado ao fato básico do pluralismo e as diferentes experiências é parte da reconexão entre procedimentalismo e participação. (Santos, 2002, p. 53) (...) Mostram-se patentemente insuficientes os procedimentos de agregação próprios a democracia representativa.

No Brasil escreve o jurista Fábio Konder Comparato acerca do sistema de representação:

> O sistema de representação liberal, no Brasil, sempre foi uma fantasia retórica. Não é o povo que aparece representado nas nossas casas legislativas, e sim as classes ricas, as corporações poderosas ou os grupos de pressão mais influentes. (Comparato, 2007, p. 28)

Outro fator relevante, considerado por Manuel Aragón sobre o debate entre os teóricos, trata do argumento schmittiiano da disputa de poderes no seio governamental. Manuel Aragon expressa que o parlamento tem perdido a dimensão democrática quando a discussão não se trata publica e transparente em direção ao alvo do Estado, conforme expõe-se em seu pensamento a seguir:

> Ahora bien, Kelsen es consciente de que la democracia parlamentaria es combatida por la extrema derecha y por la extrema izquierda por motivos más descarnadamente “políticos” (depura toma del poder a cualquer precio) que “intelectuales”.(Aragon, 1996, p. 24)

Neste sentido, escreve no Brasil Gilberto Bercovici numa avaliação sobre o argumento schmittiano:

> Não existe, propriamente, uma crise da democracia, mas entende-se a democracia como a única forma de legitimação do poder político. A crise é do parlamentarismo, ou melhor, da técnica parlamentar, em um contexto de transição da democracia individualista para a democracia social. (Bercovici, 2004, p. 04)

O pensador jurídico José Luiz Quadros de Magalhães afirma categoricamente, no texto abaixo:

> A crise da democracia representativa se agrava com a cada vez maior influência do poder econômico nas campanhas eleitorais (...). Hoje, em varias democracias representativas, vende-se um representante como se vende um sabão em pó. Quem fabricar melhor seu representante tiver mais dinheiro para contratar uma boa empresa de "marketing" e conseguir muito tempo de mídia, conquista e mantém o poder. (Magalhães, 2004, disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina, acesso 04/01/20006)

No Brasil a critica ao sistema representativo tem voz nas palavras do jurista Fábio Konder Comparato que afirma em entrevista recente:

> Há um enorme ceticismo do brasileiro com a democracia. Em 2003, o Instituto Chileno Latinobarómetro verificou que os brasileiros ocupam a antepenúltima posição, em toda a América Latina, no que diz respeito à confiança na democracia: 65% do nosso povo não se importam com o caráter antidemocrático do governo. Esse ceticismo pode evoluir para uma coisa mórbida. Só os políticos parecem ainda não ter se dado conta disso. (Comparato, 2005, p. 20)

Em relação às expressões rousseaunianas tratada pelos teóricos Carl Schmitt, e Hans Kelsen, o positivismo kelsinao é longevamente criticado, tendo como um expoente, Oliveira Viana, que tece o comentário:

> Os "espíritos liberais" (...) o que lhes importa é unicamente a norma legal, na sua exclusiva formulação verbal, na abstração do seu conteúdo; a norma legal, ontologicamente considerada; o texto da lei, em suma, na sua pura expressão gramatical e com a sua *mens legis* hermeneuticamente determinada, de acordo com as regras clássicas. Só isto e nada mais podendo-se dizer que têm uma mentalidade kelsiana. (Viana, 1999, p. 363)

O esvaziamento dos conceitos de soberania popular, representação e vontade geral são principalmente atrelados ao liberalismo, como relata Oliveira Viana, o que, no entanto, não combina com a tradição de juristas como Gofredo Telles Júnior, que expõe a inclinação à sua época a noção de soberania popular a democracia, como segue, do trecho da carta aos brasileiros:

> Toda lei é legal, obviamente. Mas nem toda lei é legítima. Sustentamos que só é legítima a lei provinda de fonte legítima.
> Das leis, a fonte legítima primária é a comunidade a que as leis dizem respeito; é o Povo ao qual elas interessam (...). Os dados sociais, as contingências históricas da coletividade, as contradições entre o dever teórico e o comportamento efetivo, a média das aspirações e das repulsas populares, os anseios dominantes do Povo, tudo isto, em conjunto, é que constitui o manancial de onde brotam normas espontâneas de convivência, originais intentos de ordenação, às vezes usos e costumes, que irão inspirar a obra do legislador.
> Costuma-se dizer que a Constituição é obra do Poder. Sim, a Constituição é obra do Poder Constituinte. Mas o que se há de acrescentar, imediatamente, é que o Poder Constituinte pertence ao Povo, e ao Povo somente.
> Ao Povo é que compete tomar a decisão política fundamental, que irá determinar os lineamentos da paisagem jurídica em que deseja viver. Afirmamos que a fonte legítima da Constituição é o Povo. (Júnior, carta aos Brasileiros, 1988).

Mesmo justificadamente, quando Hans Kelsen após duas guerras mundiais, em que, os críticos do sistema parlamentar somente propunham o fascismo, o nazismo, o salazarismo ou o bolchevismo como resposta, ou seja, sistemas totalitários de exceção com motivações democráticas ainda assim cabem as palavras de Manuel Aragon, que segue:

> El ensayo de Schmitt conserva aún buena parte de su capacidad revulsiva precisamente por que algunos de los problemas de que trata siguen vigentes. (Aragon, 1996, p. 10) (...) Que no hay que ser ingênuos com Schmitt, por supuesto. Que Schmitt, com su crítica a la democracia parlamentaria no perseguia su mejoramiento sino su destrucción, de acurdo, y es algo que conviene resaltar. Que esa “intención” invalide, por si sola, la critica schmittiana, es cosa bien distinta. La falta de rigor de unas idéias no deriva de sus “malas intenciones”, sino de su mal planteamiento. Denunciar que “el rey está desnudo”, si verdaderamente lo está, no deja de ser um juicio riguroso, aunque la denuncia se haga no para vestir-lo, sino para destronarlo. (Aragon, 1996, p. 12)

As palavras de Aragon expressam que o apontado por Carl Schmitt em relação a democracia parlamentar deve ser reconsiderado nos debates acadêmicos, e

que o modelo liberal realmente pode estar numa crise devendo a todos na sociedade o envolvimento com sua reflexão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O embate sobre a democracia parlamentar por meio de representação surge desde os remotos históricos da tradição democrática, podendo ser encontrado no dialogo liberdade ou igualdade, ou pelo menos a complementaridade de um ao outro, ao contrario de um paradoxo interminável. Carl Schmitt reflete este histórico trazendo a luz noções de democracia já esquecidas pelo sistema liberal democrático, em que Hans Kelsen, seu principal teórico não se propõe a resolver o problema da democracia, mas sim a confirmá-lo como sistema sobre os totalitarismos reinantes até bem pouco tempo na história.

De acordo com teóricos como Boaventura de Souza Santos, Kelsen não se encontra em erro, desde que não limite a democracia apenas ao sistema formal, ou procedimental.

As complementaridades dos conceitos substanciais de soberania popular, representação e vontade geral fazem parte da tradição democrática para a definição de democracia, e divorciá-la na atualidade, pode ser, sim, a peça fundamental para o descontentamento com o sistema de representação parlamentar e liberal, como cada vez mais aparece, para se citar o Brasil, nos pensamentos jurídicos de pensadores como Fabio konder Comparato, Maria Helena Benevides, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, para somente citar alguns. Acredita-se, pautado pela reflexao dos autores analisados neste trabalho, realmente existir uma real crise da deocracia representativa na atualidade.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES, M. V. de Mesquita. A Cidadania Ativa. São Paulo: Ática: 2003.

BERCOVICI Gilberto. Constituição e estado de exceção permanente - atualidade de Weimar Rio de Janeiro, 2004, Azougue Editorial

BOBBIO, Noberto;MATTEUCCI, Nicola; GIANFRANCO,Pasquino. Dicionário de Política, Vol. 1: São Paulo: UNB: 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COSTA, A. Araújo. Introdução ao Direito: Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 2001.

HOBSBAWM, Eric. A Era das Revoluções: 1789-1848. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1982.

KELSEN, Hans, Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. A Democracia. Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes: 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A crise da democracia representativa. O paradoxo do fim da modernidade. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 223, 16 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4828>. Acesso em: 04 jan. 2006.

ROUSSEAU, J.Jacques. Os Pensadores: Do Contrato Social. São Paulo: Abril Cultural: 1973.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SCHMITT, Carl. A Crise da Democracia Parlamentar. São Paulo: Scritta: 1996.

SCHMITT, Carl. Sobre el Parlamentarismo. Madrid: Tecnos: 1996.

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Alianza. Madrid: Editorial: 1996.

SKINNER, Quentin. As Fundações do Pensamento Político Moderno. São Paulo: Companhia das Letras: 2003.

CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA E DA DEMOCRACIA NO BRASIL: TAREFAS INACABADAS

Sidney Guerra[*]

Lilian Márcia Balmant Emerique[**]

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a cidadania e a democracia no Brasil enquanto projetos em permanente construção. Aborda algumas peculiaridades sobre a trajetória histórica de estruturação da cidadania, afastada do padrão estabelecido por Marshall e as vicissitudes do modelo implementado no país. Em seguida apresentam-se determinados aspectos da democracia tais como suas características, ressaltando as dificuldades conceituais e vivenciais para sua estruturação e sinalizando, por fim, para a necessidade de seguir o projeto de concretização e desenvolvimento do princípio constitucional democrático.

PALAVRAS-CHAVE: CIDADANIA, DEMOCRACIA, BRASIL

ABSTRACT

The present work turns on the citizenship and the democracy in Brazil as projects in permanent construction. It approaches some peculiarities on the historical path of the structuration of citizenship, moved away from the pattern established by Marshall and the vicissitudes of the model implemented in the country. Afterwards certain aspects of the democracy are presented, such as its characteristics, emphasizing the conceptual and vivencial difficulties for its structuration and signaling, finally, for the need to continue the project of materialization and development of the democratic constitutional principle.

KEYWORDS: CITIZENSHIP, DEMOCRACY, BRAZIL

[*] Pós- Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular e Coordenador de Pesquisa Jurídica da Universidade do Grande Rio. Professor do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito de Campos. Professor da Fundação Getúlio Vargas. Advogado no Rio de Janeiro. sidneyguerra@ufrj.br e sidneyguerra@terra.com.br

[**] Doutora em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito pela PUC/RJ. Professora do Curso de Mestrado e Especialização em Direito da Faculdade de Direito de Campos (UNIFLU/FDC). Advogada. lilamarcia@hotmail.com

I. Introdução

A cidadania ocupa um papel central na construção do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que este não pode prescindir da participação popular como fonte legitimadora.

A democracia, por sua vez, não se resume apenas a um regime político com partidos e eleições livres; é, antes de tudo, uma forma de existência social. Uma sociedade democrática é aberta e permite sempre a criação de novos direitos. A democracia longe de ser entendida como a modalidade de estruturação política perfeita de uma comunidade, padece de muitos entraves na sua consolidação e, em que pese a redundância, exige um permanente processo com vistas a democratizar a democracia.

Neste contexto a cidadania é um fator indispensável para promoção da inclusão social e para combater a desigualdade tão característica em países da América Latina. A cidadania situa-se entre os projetos que demandam uma contínua execução e medidas de aprimoramento.

Como se sabe, a cidadania apresenta uma pluralidade de abordagens e a feição político-jurídica é apenas uma das possibilidades de exploração do tema, tornando-se inadequada qualquer hierarquização entre as plausíveis possibilidades de estudo. Na verdade, a pluralidade e a interação dos enfoques promovem uma visão mais rica e completa da cidadania.

O cidadão é o agente reivindicante, que autoriza o desabrochar de direitos novos. Por isso, a nova idéia de cidadania requer a expansão dos processos de realização democrática, inclusive adoção de técnicas inovadoras de participação direta como instrumentos novos de acesso do povo à condução do poder público, sem prejuízo dos recursos democráticos tradicionais, além de toda uma construção social que retrate efetivamente os intentos dos cidadãos expressos na ordem constitucional e seja capaz de refletir o tipo de sociedade almejado pela soberania popular.

II. Breve notícia histórica sobre a cidadania

Traçaremos uma sucinta evolução dos direitos de cidadania que, posteriormente foram consagrados nas diversas Constituições de inúmeros países, para tanto valemo-nos dos ensinamentos de T.H. Marshall que utilizou o modelo inglês como ponto de referência em seu estudo, onde identificou três momentos distintos a marcar a evolução dos citados direitos:

- *"os direitos civis, compostos dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça;*

- *os direitos políticos, que se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo;.*

- *os direitos sociais, que referem-se a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade".* [1]

Os direitos civis foram consagrados durante o século XVIII, ao passo que o período de formação dos direitos políticos ocorreu no século XIX e o advento dos direitos sociais no século XX.

Confrontando-se o sistema moderno com a inexistência do estabelecimento de diferenças entre os direitos no período feudal, por um estudo comparativo entre a Idade Média e o Estado Liberal, verifica-se que no feudalismo os três direitos que compõem a cidadania estavam fundidos num só, pois que direitos e deveres específicos eram estritamente locais. Já a cidadania moderna, que se desenvolveu na sociedade liberal, surgiu da unificação do Estado e separação funcional deste.

[1] Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 63-64.

Os elementos que compõem os direitos de cidadania não se desenvolveram em uma mesma época. Ao contrário, tiveram seu desenvolvimento e apogeu em contextos históricos distintos. Os períodos de destaque de cada direito da cidadania, citados anteriormente, ficam nítidos nesta busca de caminhos distintos e autônomos destes elementos.

Contudo, não significa dizer que percorreram caminhos totalmente independentes. Tanto os direitos civis, quanto os políticos e os sociais, tiveram momentos de ligação. Pode-se afirmar que os elementos políticos e os sociais, contribuíram - por haver interligação em alguns momentos entre eles -, para a formação da cidadania do Estado Democrático de Direito no século XX, já que os ingleses, pelo direito ao voto, tiveram a possibilidade de intervir no governo inglês, com a eleição de candidatos que representariam os desejos do povo, com a implementação de uma legislação social.

Embora a origem e crescimento da cidadania tenham ocorrido em meio ao desenvolvimento capitalista, caracterizado por desigualdades, fundamenta-se em uma idéia de igualdade básica, já que constitui um *status*[2] concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade. Logo, a cidadania é compatível com a desigualdade de classes, porque embora seja a sociedade estratificada em classes e surjam desigualdades entre elas, pelos direitos mínimos garantidos criam-se mecanismos de igualdade social.

Sendo inerente ao desenvolvimento do ser humano, a contradição existente entre a igualdade genérica de todos os componentes de uma sociedade, de modo a serem atingidos os direitos de cidadania e, em contrapartida as desigualdades sociais decorrentes do mercado, o que poderia parecer um paradoxo, torna-se compreensível, já que a cidadania constituiu um agente legitimador das desigualdades do mundo capitalista.

Os direitos civis, políticos e sociais não foram garantidos por uma única instituição. Ao contrário, diversas foram as instituições garantidoras dos mesmos, sendo a instituição dos Tribunais de Justiça à relativa aos direitos civis, com papel decisivo na promoção e registro do novo direito conquistado.

[2] Na sociedade feudal, o *status* era diferenciador social na estratificação de classes, não havia igualdade de direitos entre os componentes daquela sociedade. Já nos Estados Democráticos de Direito atualmente, o *status* de cidadania é visto como aquele que os concidadãos devem possuir, por uma igualdade mínima viável para que os direitos civis, políticos e sociais estejam presentes.

Já os direitos políticos, tinham como instituições garantidoras os Parlamentos e as Câmaras locais, e os direitos sociais, encontravam o sistema educacional, os serviços sociais em geral, dependentes das políticas praticadas pelo Poder Executivo, de modo à sua efetivação.

Neste ponto, cabe fazer um breve apanhado sobre a formação e consolidação dos direitos civis na Inglaterra do século XVIII.

A liberdade individual já não era privilégio de alguns, mas sim de todos os membros daquela sociedade, em conseqüência da liberdade obtida pelos componentes da sociedade inglesa, pela luta ocorrida no século XVII, de forma que no século XVIII a liberdade individual tornou-se um requisito de suma importância para que a economia de mercado (que surgia em decorrência do ideal liberalista), pudesse ser viabilizada. Pelo pensamento liberal, o homem era livre e capaz de lutar por seus anseios, sendo desnecessária a intervenção estatal. Pressupunha-se, então, que o indivíduo era capaz de auto-proteção. Conseqüentemente, os direitos civis eram indispensáveis à economia competitiva ascendente então.

Devido à ausência de igualdade perante a lei, já que o preconceito de classes é parcialmente calcado nos ditames do sistema econômico, havia uma dificuldade de acesso aos direitos civis por todos os indivíduos.

Mas, a sociedade capitalista no início do século XIX considerava os direitos políticos como um produto secundário em relação aos direitos civis, associando-os à idéia de *status* pessoal proporcionado àqueles que os possuíam.

Novamente, percebe-se a presença do preconceito das classes mais abastadas em relação àqueles menos favorecidos, ou seja, às camadas populares da sociedade. Os direitos políticos tornaram-se um privilégio da aristocracia inglesa, constituindo apenas privilégio de uma classe. O exercício do poder político no século XIX rompeu com o absolutismo. Os ingleses que já exerciam seus direitos civis, absorveram no final do referido século a extensão do direito de voto.

Contudo, nem sempre os direitos da cidadania se desenvolveram plenamente e, mesmo na Europa o cidadão nunca pôde desfrutar de forma integral de todos os direitos civis e políticos até o fim do século XIX.

Diante do exposto até este ponto, pode-se dizer que até o século XIX, a cidadania não contribuiu de forma significante para que ocorresse uma diminuição das desigualdades sociais existentes, mesmo tendo assumido um papel direcionador de um caminho para o desenvolvimento das futuras políticas sociais.

Como conseqüência do advento da Revolução Industrial, que cria uma massa consumidora (já que aumenta o número de operários assalariados) e pela luta desta classe na busca da efetivação de direitos trabalhistas, força-se o Parlamento à criação de normas voltadas para o proletariado, diferentemente à situação anterior, cuja legislação destinava-se às classes sociais mais favorecidas. Surge, então o *Welfare State.*

Não há de se negar que a Revolução Industrial foi benéfica para um pequeno grupo social, que pôde ver seu próprio enriquecimento, ao passo que para a massa trabalhadora, de forma diversa, passa a conviver com miséria, salários ínfimos, modificação da estrutura familiar, dentre outros fatores de crise social. Com isto, em alguns Estados a ordem jurídica se modifica, surgindo os direitos sociais, com o fito de alcançar a participação igualitária de todos os membros da sociedade, devendo o Estado promover uma maior proteção dos economicamente mais fracos.

Neste contexto, os direitos sociais surgem, então, como meio para tentar mitigar as desigualdades sociais decorrentes do mercado, de modo a que um *status* de igualdade mínima fosse criado e as condições mínimas de sobrevivência fossem garantidas. Sublinha-se que esta busca em minimizar as diferenças inicialmente existentes no sistema de classes não efetivou-se em todos os ordenamentos jurídicos, já que para o exercício pleno dos direitos civis e políticos inerentes à cidadania há a necessidade de que não exista miséria, que os membros da sociedade possuam educação, informação, saúde, enfim, assistência social. Percebe-se, mais uma vez, a importância dos direitos sociais na efetivação dos demais que compõem os direitos de cidadania. Através da cidadania social, possibilita-se que as pessoas compartilhem da herança social e tenham acesso à vida civilizada segundo os padrões prevalecentes na sociedade.

Já que os direitos sociais integram ao *status* de cidadania e surgiram na busca de abrandar as diferenças sociais, com o objetivo de garantir condições mínimas de sobrevivência, a cidadania vista sob este prisma é compatível com as referidas desigualdades sociais. Além disso, poderia existir tolerância das desigualdades existentes

em uma sociedade em que todos possuíssem um mínimo de igualdade junto à lei, através do papel desempenhado pelo *status* de cidadania. Contudo, há a necessidade de que as desigualdades verticais desenvolvidas pela economia de mercado não deixem de ser um fenômeno normal e aceitável. Caso estas tornem-se mais veementes, transformem-se em um comportamento desviante, ou seja, a cidadania deixa de ser compatível com as desigualdades sociais.

O mesmo mercado gerador das desigualdades sociais é um fator importante no desenvolvimento dos direitos civis e políticos como mencionado anteriormente. Através da igualdade de oportunidades e redução das grandes diferenças sociais obtidas com a cidadania social, este mercado beneficia-se, e pode assim conviver civilizadamente o capitalismo e a democracia.

Na busca de um estudo analítico do esquema interpretativo de cidadania de Thomas Marshall, pode-se concluir que, na Inglaterra o seu desenvolvimento possui uma seqüência lógica, conquistada através da universalização dos direitos individuais, e não imposta "de cima para baixo", como em algumas sociedades latino-americanas.

Fundamentados nos princípios da igualdade e da liberdade, os ingleses reivindicaram o direito de participação na vida política da Inglaterra, através da eleição de candidatos para o Parlamento que exteriorizassem seus desejos ardentes por uma política social mais igualitária, que atingiu seu apogeu na introdução da legislação social do *Welfare State*, com a principal finalidade de salvaguardar uma igualdade mínima de oportunidades, diferenciações, estas, decorrentes da estratificação social.

Analisando-se o pensamento de Marshall sobre cidadania, há a sugestão de que estes direitos surgiram em momentos históricos diferentes: os direitos civis no século XVIII, os políticos no século XIX e os sociais no século XX, e que os mesmos outorgaram ao povo inglês uma conscientização muito maior da essência da cidadania. Aos poucos, estes direitos de cidadania adquiridos, foram sendo incorporados nos ordenamentos jurídicos, transformando-se assim, nas liberdades públicas com a concepção que têm atualmente. Tal seqüência lógica, contudo, não ocorreu na formação destas no Brasil bem como nos países da América Latina de um modo geral. Por conseqüência, a inserção destes no ordenamento jurídico pátrio, tem características distintas de alguns ordenamentos

europeus, passando-se neste ponto à análise desta situação diferenciadora da cidadania no Brasil.

III. Considerações sobre a cidadania no Brasil

Nunca, como atualmente, existiu uma preocupação tão grande e generalizada com os direitos do cidadão em todo o mundo.

A multiplicação dos direitos do homem ocorreu por três fatores, como descreve Bobbio[3]:

a) o aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela;

b) a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem;

c) ter o homem deixado de ser considerado como ente genérico, passando a ser visto sob o prisma da especialidade ou concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade.

No primeiro processo aconteceu a transposição dos direitos de liberdade civil para os direitos políticos e sociais, os quais necessitam da intervenção direta do Estado.

O segundo, é produto da evolução da concepção do homem enquanto indivíduo, para a humanidade em seu conjunto; e, além do homem individualizado, outros sujeitos diferentes deste, como os que compõem a natureza, surgindo assim, um "direito da natureza" ou do meio ambiente, com a mesma fundamentação dos direitos do homem.

No terceiro processo, com o zelo de explicitar-se o contexto social originador dos direitos, demonstra-se a passagem do homem genérico para o homem específico, de acordo com o *status* social ocupado em decorrência de diversos critérios de diferenciação, de modo que se consiga proteger e igualar a todos, tratando e protegendo de forma diferenciada os desiguais socialmente dimensionados.

[3] Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1992, Trad. de Carlos Nelson Coutinho. p. 68.

Na sociedade brasileira, como em diversas sociedades, os direitos de cidadania evoluíram consideravelmente, entretanto, como na América Latina de um modo geral, a obtenção dos citados direitos, não observou a seqüência marshalliana.[4]

José Murilo de Carvalho afirma: "*Como era de esperarse, la independencia no trajo la conquista inmediata de los derechos de la ciudadanía. La herencia colonial era por demás negativa, y el proceso de la independencia, demasiado suave, no permitía una mudanza radical.*"[5]

A independência do Brasil aconteceu de maneira pacífica e negociada. A elite dominante aguardou ao máximo que uma solução fosse encontrada para a independência do Brasil. O regime monárquico continuou, pela preocupação da elite dominante, em não permitir a fragmentação da ex-colônia em diversos países.

Na Constituição de 1824 surgem os direitos políticos, com a regulação de quem tinha direito a votar e ser votado. Contudo, aqueles ditos "cidadãos", nos termos da referida Carta, continuavam possuindo as mesmas condições que possuíam no período colonial. A sociedade brasileira, extremamente estratificada em classes sociais bem distintas, era constituída, em sua maioria, por analfabetos que não tinham a menor condição de informar-se e tomar conhecimento das decisões políticas, administrativas ou judiciais. E não se deve pensar que eram componentes da classe desafortunada, pois que grandes proprietários rurais incluíam-se neste grupo. Ademais, grandes números de pessoas que adquiriram o direito de voto na Constituição de 1824 estavam vinculados e controlados pelo governo, por serem servidores públicos.

Percebe-se, assim, que a maior parte das pessoas que adquiriram os direitos políticos no Brasil, não possuíam condições reais de exercício dos mesmos e, a participação que os membros da sociedade poderiam ter com a aquisição de direitos políticos, não se efetiva.

No campo dos direitos civis, a herança colonial teve um peso muito elevado, já que ainda estavam arraigados à nossa cultura desigualdades como a escravatura, os latifúndios e um Estado comprometido com o clientelismo.

---

[4] Neste sentido CARVALHO, José Murilo de. *Desenvolvimiento de la ciudadanía en Brasil.* México: Fideicomisso História de las Américas, 1995. p. 11: "Desde luego puede afirmarse que el modelo inglés, como lo describe Marshall, no se repetió ni en el Brasil ni en ningún país latinoamericano."

[5] Cf. José Murilo de Carvalho, *op. cit.*, p. 21.

Finda a escravatura em 1888, iguala a lei ex-escravos e senhores. Entretanto, esta igualdade não existia efetivamente, já que estes consideravam-se superiores aos primeiros. Os latifundiários, "coronéis", estavam ao seu modo pensante, acima da lei e controlavam os novos trabalhadores, inclusive com o "cabresto" político.

Neste mesmo sentido, assevera Osvaldo Agripino de Castro Júnior:

> *"No caso brasileiro, os direitos políticos foram concedidos antes que tivéssemos adquirido por nossa conta e vontade própria os direitos civis, tendo em vista, dentre várias outras causas, que a Independência foi proclamada em 1822 sem que tivesse uma participação efetiva da sociedade civil, ou seja, foi um processo de cima para baixo, com o Estado paternalista concedendo direitos políticos através de uma Constituição outorgada em 1824, sem que houvesse uma ativa vontade para reivindicá-los, o que prejudicou sobremaneira a consolidação de nossa consciência da cidadania. Em seguida, com maior ênfase neste século, tivemos a concessão de direitos sociais na legislação constitucional e infraconstitucional para, por fim, obtermos os direitos civis, cuja garantia se deu com maior disposição no texto constitucional de 1988".*[6]

Embora definidos os direitos políticos (direito de participação na formação da vontade geral) e os direitos civis (protegendo-se assim o indivíduo dos arbítrios do poder público), os mesmos não mantinham continuidade temporal oscilando entre períodos autoritários e democráticos, não consolidando-se, já que tiveram por longo tempo um caráter de privilégios de poucos membros da elite dominante, através do clientelismo.

Outro dado que diferencia a aquisição dos direitos relativos à cidadania no Brasil reside no fato de, em determinados momentos históricos, ter sido dada maior importância a um dos direitos em detrimento dos outros, como a ênfase aos direitos políticos, durante o Brasil Império e aos direitos sociais, durante o governo Vargas. Conquanto o indivíduo já tivesse obtido garantias face ao poder político, ainda permanecia

[6] Cf. CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Guia da Cidadania.* Rio de janeiro: Lumen Juris, 1998. p. 13-14.

desprotegido do poder econômico. Para que não fosse estabelecida uma nova forma de dominação (agora a econômica), surgem os chamados direitos sociais depois de 1930.[7]

Não há como abstrair o fato de que os direitos sociais diferem no seio de cada sociedade, já que os mesmos irão refletir os padrões de cada uma delas historicamente vivenciados, tornando-se o bem-estar social peculiar já que existem níveis sociais diversos conforme o contexto em que se esteja inserido.

Referindo-se ao posicionamento de Dahrendorf, Bryan R. Roberts[8], em *A Dimensão Social da Cidadania*, demonstra que este fato de ampliação e redefinição dos direitos sociais de acordo com os padrões mutáveis de cada sociedade, são de suma importância para que os mesmos sejam alcançados.

Não só a constante ampliação e adequação dos direitos sociais devem ser preocupação de toda sociedade, também devem perdurar as preocupações dos demais já que, como ensina Norberto Bobbio, a evolução dos direitos do homem decorre do fato de que "*os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação*".[9]

Retomando a questão brasileira, observa-se que, quando da criação dos direitos sociais no Estado Novo, os direitos civis e políticos foram limitados ao mínimo, praticamente suprimidos. Logo, as políticas sociais surgidas neste período, serviram como política de favores ou de protecionismo, beneficiando, assim, as elites dominantes com a manipulação dos direitos sociais com fins político-eleitoreiros. Esta utilização dos direitos sociais pelas elites dominantes, impediram a expansão das cidadanias civil e política.

Os direitos sociais possuem um caráter de extrema importância, à medida que suas conseqüências irão repercutir sobre os direitos civis e políticos de forma diversa destes, posto que são encarados como exercício individual de direitos e obrigações, os direitos sociais não podem ser obtidos individualmente. Ao contrário, dependem de

---

[7] Cf. PASSOS, Calmon de. *A Constitucionalização dos direitos sociais*. in Livro de estudos jurídicos. v.9. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994. p. 249. "Resguardado o indivíduo em face do poder político, foi deixado desprotegido, entretanto, diante do poder econômico. Bem cedo se percebeu que, postos os homens à mercê desse poder - sujeitos apenas ao livre jogo das "leis do mercado" - restabelecida estava a antiga dominação que se pretendera eliminar, ainda que agora com novos figurantes. Dessa verificação e da necessidade de superar a ameaça nasceram os chamados "direitos sociais"".

[8] Cf. ROBERTS, Bryan R. *A dimensão social da cidadania.* Revista Brasileira de Ciências Sociais n.º 33, 1997. p. 6.

[9] Cf. Bobbio, *A era dos direitos.* p. 32.

prestação do Estado ou de associação com outras pessoas que tenham as mesmas necessidades.

O sentido de igualdade preconizada pelos direitos civis, refere-se ao fato de todos os homens terem igualdade no que tange à liberdade, ou seja, ninguém pode ter mais liberdade que outro indivíduo. Contudo, "*Essa universalidade na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os direitos sociais (...)*"[10]

Deve-se sempre ter em mente, na atribuição dos direitos sociais, as relevantes diferenças específicas que distinguem os indivíduos, ou grupos de indivíduos, para que se obtenha uma política social mais justa e igualitária.

IV. Cidadania: uma construção necessária

Herkenhoff[11] conceitua cidadania como a qualidade ou *status* de cidadão e ressalta que o conteúdo de cidadania ampliou-se historicamente, ultrapassando o conteúdo civil e político de sua formulação original. Em sua opinião, além das dimensões civil e política, a cidadania possui outras quatro dimensões: social, econômica, educacional e existencial.

A cidadania apresenta-se como *status* e, ao mesmo tempo, como objeto de direito fundamental das pessoas. Isso porque, num mundo no qual Estados ocupam um lugar central, manter vínculos e participar num Estado é participar na vida jurídica e política que ele propicia, e se beneficiar da defesa e da promoção dos direitos que ele abarca na sua estruturação, tanto internamente como nas relações com outros Estados. [12]

A cidadania como um *status* do sujeito, um direito a ter direitos, é indispensável para a concretização da democracia. Ela é um corolário do princípio democrático, pois reforça a dimensão do poder emanado pelo povo e nele fundamentado, como fonte de sua legitimação. A estrutura política e social ergue-se através da cidadania e dela não pode prescindir se, de fato, pretende manter-se fiel ao modelo de Estado Democrático de Direito.

---

[10] Cf. Norberto Bobbio, *A era dos direitos***.** p. 71.
[11] HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania.* 2ª ed. Manaus: Valer, 2001, p. 19-20.
[12] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 207.

A cidadania definida pelos princípios da democracia e do pluralismo político constitui-se na criação de espaços sociais de canalização do conflito e da luta (movimentos sociais) e na fixação de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando conquista e consolidação social e política. A cidadania passiva, outorgada pelo Estado, se diferencia da cidadania ativa, na qual o cidadão, portador de direitos e deveres, é essencialmente gerador de direitos para abrir novos espaços de participação política. [13]

Para Liszt Vieira[14] a idéia de cidadania já não pode mais ser unicamente associada ao Estado nacional, porque: a) os direitos humanos no plano internacional não estão circunscritos a uma proteção restrita ao Estado-nação; b) as migrações em massa e a multiplicação de refugiados mudam a composição da população, que deixa de ser homogênea; c) a globalização incrementa, intensifica e acelera as interconexões globais e regionais, transformando a cidadania democrática de base territorial.

Deste modo, sustenta que a cidadania fundada na nacionalidade tornou-se um obstáculo à igualdade e à liberdade de todos os indivíduos e propõe que o local de residência, e não mais a nacionalidade, seja o fundamento da cidadania.

Enfim, a cidadania apresenta múltiplas facetas relacionadas à liberdade e à igualdade, e se pode dizer que ainda é uma tarefa inacabada, posto que sua construção continua em andamento, seja no âmbito local ou internacional.

Segundo Alain Touraine não há cidadania sem a consciência de filiação a uma coletividade política, pois para ele a democracia apóia-se na responsabilidade dos cidadãos de um Estado. A cidadania fundamenta o direito de participar, direta ou indiretamente, na gestão da sociedade, criando direitos e obrigações.[15]

O que se nota, não obstante as várias direções possíveis de tratamento da questão da cidadania, é que a participação, o atuar, o agir para construir o seu próprio destino é inerente à sua idéia. O que muda, ao longo dos tempos, são os graus e as formas de participação e sua abrangência. Portanto, a cidadania demanda uma ação permanente dos cidadãos na coletividade, no acompanhamento e na própria direção dada as políticas públicas.

---

[13] CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia.* São Paulo: Moderna, 1984, p. 47.
[14] VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania.* Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 221; 241; 245-246.
[15] TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 93; 98.

Importa estabelecer uma inter-relação entre cidadania e direitos humanos. Não porque, originalmente, ambos os conceitos se identificassem, mas, com o passar dos tempos, a aproximação ficou cada vez mais evidente ao ponto de chegarem a ser inseparáveis, de tal maneira que atualmente a evolução de um acarreta a implementação do outro.

É correto falar numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica a efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas, pelo Estado, em nome da igualdade de todos.

Ser cidadão, portanto, implica a titularidade de direitos nas três esferas apontadas, vale dizer, de um poder de vontade não subjetivo a limitações e controles que o anulem ou o inviabilizem. E mais, a exclusão de quaisquer das esferas ou a limitação indevida das mesmas fragiliza a cidadania. Ser cidadão plenamente significa poder de participação efetiva na vida política e com preservação do poder de autodeterminação pessoal, seja em termos de impor abstenções ao Estado, seja em termos de lhe exigir prestações.

Nos Estados contemporâneos a técnica da representação popular é indispensável para a manifestação da vontade coletiva. Contudo, a cidadania não se limita apenas à manifestação periódica, através de eleições, para a composição dos cargos eletivos do Poder Executivo e Legislativo, o seu conteúdo vem sendo revisto e tem sofrido reformulação.

Numa conjuntura na qual se intensificam a circulação das pessoas e em que, apesar dos pesares, se afirma a liberdade individual, a pertença a uma comunidade política, embora sendo permanente, já não tem de ser perpétua como no passado.

De acordo com as projeções de Jorge Miranda, o direito à cidadania, futuramente, será acompanhado, dentro de determinados limites, de um direito de escolha da cidadania.[16]

[16] MIRANDA, Jorge, *op. cit.,* p. 207 acrescenta: "Em contrapartida (ou, em contrapartida, só *prima facie*) num mundo em que se evidenciam afinidades (culturais, políticas, econômicas) entre alguns Estados ou em que se visa criar grandes espaços, a concepção tradicional da unidade e exclusividade da cidadania aparece,

Um princípio geral de direito internacional sobre cidadania é o da ligação efetiva, segundo o qual um Estado só pode atribuir a sua cidadania ao indivíduo que com ele tenha uma relação efetiva, sociológica, sem caráter meramente formal ou artificial, apenas reconhecendo como originariamente cidadão aquele indivíduo que esteja ligado ao Estado por qualquer vínculo material evidente. O mesmo ocorre quanto à aquisição da cidadania por fato posterior ao nascimento. [17]

Em suma, a cidadania não é um dado, mas um construído pelos próprios cidadãos nas suas dimensões civil, política, social, jurídica, econômica, cultural dentre outras. Enfim, os cidadãos são os reivindicantes e portadores do poder estatal, exercido pelos representantes por eles escolhidos, conforme os parâmetros instituídos em lei.

Na efetivação dos processos de cidadania torna-se necessário trazer à lume questões relacionadas a democracia e a participação política como um contributo para a coletividade, mas também como forma de ampliação da autonomia pessoal, tão cara para a promoção da dignidade da pessoa humana, enquanto propósito maior de realização do Estado Democrático de Direito fundado sob a ótica dos direitos humanos.

V. Democracia: aspectos gerais conceituais

As celeumas em torno da democracia demonstram a dificuldade de tratar de um assunto tão complexo e com inúmeras possibilidades de desdobramentos. As discussões tomam conta de quase tudo que diz respeito à democracia, a começar pela custosa tarefa de tentar conceituá-la. Por essa razão, pretende-se fazer aqui apenas alguns aportes sobre a democracia sem a intenção de esgotar a temática.

As referências à democracia vêm de longa data e se convencionou identificar dois modelos democráticos: a) o modelo conhecido como democracia dos antigos, praticado na Antigüidade Clássica nas cidades gregas e exercido diretamente pelos

---

por vezes, atenuada - mormente através de convenções de dupla nacionalidade e de extensão a certos estrangeiros de direitos, em princípio, reservados a cidadãos do próprio Estado."

[17] Ibidem, p. 208.

cidadãos da *polis* e b) o modelo conhecido como democracia dos modernos, praticado desde a Modernidade e exercido através da representação.[18]

Como se sabe, a palavra democracia significava para os gregos o poder do *démos* (povo, comunidade dos cidadãos), exercido diretamente nas assembléias de cidadãos, sem a intermediação de representantes. No entanto, questiona-se a efetividade da democracia na antiga sociedade grega, posto que o exercício direto não era permitido a todas as pessoas. Certos segmentos sociais eram alijados do processo como, por exemplo, mulheres e escravos. Longe de ser universal a participação, acredita-se que o número de cidadãos, portanto, pessoas habilitadas a participar do processo político, jamais superou a quantidade de vinte mil homens.[19]

Estas dimensões numéricas e geográficas propícias à democracia na Grécia Antiga não são facilmente reproduzidas ou observáveis em momentos posteriores, em outras sociedades. Por isso, entende-se quão complicado seria construir as mesmas condições histórico-sociais favoráveis na atualidade para o possível desenvolvimento de uma democracia direta.

Entretanto, se ainda hoje são feitas alusões saudosas à democracia dos antigos, não é somente pelo seu interesse histórico inegável, ou mesmo por acreditar-se na possibilidade de fabricar as condições que darão efetividade a este modelo, mas porque muito do ideal democrático preconizado gira em torno de um tipo de governo onde o povo possa participar tanto mais diretamente quanto for possível num determinado momento e numa determinada sociedade.

A democracia, depois da experiência da Antigüidade, foi esquecida como prática durante séculos e ainda quando referida pelos estudiosos recebia um tom depreciativo. Com a entrada na época moderna e com as mudanças e reviravoltas advindas neste período, recomeça o interesse pela democracia, que mais adiante será identificada como democracia dos modernos. Dois importantes juízos foram decisivos para que uma nova percepção fosse formulada: em primeiro lugar, a idéia de representação, desvinculada do mandato imperativo que atrelava o representante diretamente ao representado. Em segundo lugar, o entendimento de que o representado deveria escolher o representante, em

[18] BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 371-372.
[19] BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. São Paulo: Ática, 1993, p. 129. Verbete "democracia".

eleições. Os dois juízos tornaram-se o conteúdo central, no final do século XVIII, de república (governo representativo).[20]

Posteriormente as concepções em torno da república e da democracia foram tratadas por James Madison, que diferenciou a ambas caracterizando a democracia, primeiramente, como um governo no qual o poder emana do povo, porém é exercido por representantes. Em segundo lugar, o poder dos representantes é limitado no tempo, sendo detido apenas por um prazo determinado. Em terceiro lugar, eleições periódicas, em função da limitação temporal. Em quarto lugar, o poder é dividido entre três órgãos, cada um desempenhando uma função, a saber: legislativa, executiva e judiciária. Por último, o governo é restringido por esses e outros contrapesos que impedem o predomínio de facções.[21]

Apesar de todas estas construções, um dos entraves postos à democracia consistia nas limitações à participação, tanto na capacidade de votar como na de se eleger. Um dos obstáculos era o voto censitário com a restrição de participação ativa ou passiva no processo democrático das pessoas que não preenchessem requisitos de ordem econômica. Outro tipo de restrição que perdurou até o século XX foi a exclusão do voto feminino. As limitações impostas à participação foram derrubadas aos poucos e se caminhou para o modelo do sufrágio universal com a ampliação máxima possível do universo de cidadãos.[22]

O desenvolvimento da democracia não é linear em todas as sociedades. O ocidente tem uma história democrática mais dinâmica, mas isto não impossibilitou as contramarchas, especialmente àquelas provenientes de ditaduras como as que se sucederam em décadas passadas na América Latina.

Pensar a democracia em termos atuais exige enfrentar a indagação: como tornar a democracia mais democrática? Ou se preferir: como democratizar a democracia? A busca de um modelo democrático ideal é um debate permanente e ainda inspirarão muitos teóricos e práticos envolvidos com a matéria. Uma das respostas, ainda que não inteiramente satisfatória, segue a conjugação da participação direta com a representação. Aquilo que se convencionou chamar de democracia semidireta ou mista. Muito embora seja

[20] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14-15.
[21] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 16.
[22] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 17-19.

necessário dizer que a democracia segue em construção e muitos fatores determinam o grau de democratização de uma sociedade, é o seu exercício, tanto menos interrompido se faça, que pode trazer aperfeiçoamentos capazes de aumentar a intensidade democrática experimentada por um país.

Embora estabelecer uma definição, conceito ou mesmo uma noção de democracia seja uma obra penosa e complicada, na qual muitos já se detiveram sem obter sucesso absoluto, será apresentada aqui uma breve reflexão sobre o tema. O propósito deste trabalho não é avançar em inúmeras discussões que por si mesmas mostram a complexidade do debate em torno desta conceituação, mas tão somente tomar nota de alguns aspectos relacionados à noção de democracia. A abordagem que se segue não tratará de determinadas questões em torno da democracia, não em razão da sua irrelevância, mas sim porque a seleção de assuntos tem por objetivo pontuar alguns aspectos mais presentes nas discussões e/ou com maior significação para o tema global sob exame.

A primeira advertência feita de um modo geral pelos estudiosos da democracia é quanto à impossibilidade de definição precisa. Tantos são os modelos implantados em momentos históricos diferenciados ou mesmo numa época em comum, porém com diferenças substanciais de uma sociedade para outra, o que tornaria totalmente inadequado qualquer esforço neste desígnio. Muitos são os motivos para o conceito de democracia ser difuso e multifacetado. Para alguns, democracia teria tantos conceitos quantos são os países que dizem adotar este paradigma político. Se todos afirmam ser democratas e quanto mais à democracia tiver de ser um conceito que abarca tudo, tanto maior será a confusão conceitual. Contudo, a multiplicidade de significações não justifica que democracia possa denotar qualquer coisa.[23]

A dificuldade de chegar-se a um conceito ou definição de democracia decorre em parte da confusão entre os ideais e as práticas historicamente aplicadas de democracia. As exigências da representação conduzem a um desfalque entre o real e o ideal democrático. Daí surgir a problemática em torno de um conceito satisfatório que consiga abarcar ambas as possibilidades. Então um dos debates consiste em distinguir o que é a democracia do que ela deveria ser, procurando categorizar até onde os ideais foram

[23] DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 12-13; SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. I. São Paulo: Ática, 1994, p. 17-19.

atingidos e a viabilidade de vencer certas resistências para tornar na prática a democracia mais democrática.[24]

Entretanto é preciso não perder de vista que aquilo que a democracia *é* não pode ser separado do que ela *deve ser*. Uma democracia só existe na medida em que seus ideais dão-lhe existência. É possível falar numa tensão entre fato e valor. O ideal democrático não define a realidade democrática e a realidade não define o ideal. A democracia é moldada pelo impulso de um *dever ser* e pela resistência de um *é*. Portanto, ela é o produto de interações entre seus ideais e sua realidade.[25]

Digna de nota é a distinção entre democracia liberal e democracia social. O tipo liberal concentra seu foco nos critérios de participação política na busca de uma igualdade procedimental no molde representativo, ou seja, concentra-se nos trâmites políticos de adequação democrática à representação. A primeira modalidade fixaria sua atenção na liberdade, entendida como independência e não-interferência da autoridade na esfera de interesses privados, salvo por motivo de utilidade pública devida e contraditoriamente reconhecida, isto é, liberdades civis e liberdades políticas (ainda que não estendida a todos); na igualdade, entendida como ausência de privilégio e valorizada na medida em que surge como condição favorável à realização da independência e autonomia pessoais, ou como estado social pautado no mérito que lhes é associado; na fraternidade, entendida como a existência de uma comunidade politicamente solidária.[26]

O padrão de democracia social estaria preocupado com fatores de ordem econômica e social de apropriação dos recursos e atendimento das promessas de igualdade material como produto da democracia. Nesta concepção o ideal democrático é integrante e necessário, mas não é constitutivo da ordem social. A atenção concentra-se no atendimento da igualdade distributiva ou de condições de acesso aos bens e serviços disponíveis numa sociedade. O que basicamente muda em relação à democracia liberal é o modo de entender o processo de democratização do Estado.[27]

---

[24] SARTORI, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 22-24.
[25] SARTORI, Giovanni. *Op. cit.*, p. 22-24.
[26] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Vol. I. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 328-329. Verbete "democracia".
[27] BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Op. cit.*, p. 324-325. Verbete "democracia".

A história longa e com tonalidades variadas contribuiu para o fato de *democracia* ter significados diferentes para povos diversos em tempos e lugares distintos. A democracia recebeu muitos adjetivos e formas associadas ao seu nome com o transcurso do tempo, não cabendo aqui explicitar um a um, mas se por um lado estes elementos possibilitaram compreender o desenvolvimento do fenômeno democrático nas suas múltiplas fases, por outro lado trouxeram também muitas confusões e expectativas, gerando inclusive uma decepção e descrença quanto às promessas não cumpridas em torno da democracia.[28]

Uma noção não muito técnica, contudo bem aceita de democracia é originária de Abrahan Lincoln, ao afirmar que a "democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo".[29] Apesar da aceitação corrente, carece a definição de maior precisão que permita reconhecer uma democracia sem dar margem a enganos capazes de identificar como democráticos paradigmas variados, inclusive aqueles tipos que apenas numa escala muito baixa podem ser assinalados como democráticos.

VI. Alguns elementos característicos da democracia

Se definir democracia é um intento complicado pelas razões referidas, a busca de meios para identificá-la será procedida mediante a referência a certos elementos típico das democracias, ou seja, quais são as instituições necessárias para a figuração de uma democracia, o que não significa que a presença destas instituições resulte numa democracia perfeita. Todavia é preciso desde já alertar que também neste aspecto não há consenso entre os estudiosos quanto à enumeração dos componentes determinantes para a configuração de uma democracia, podendo a lista ser extensa ou diminuta conforme o critério estabelecido pelo autor da mesma.

A democracia contemporânea apresenta como característica inicial, no campo das idéias e como fundamento apriorístico, uma determinada concepção acerca da

[28] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 33.
[29] OUTHWAITE, Willian; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 179. Verbete "democracia".

natureza do homem e da sociedade, isto é, uma percepção do homem como ser racional e livre compondo uma sociedade. Da visão de igualdade e liberdade dos homens por natureza, resulta que nenhum deles tem o direito inato de mandar nos demais e como todos são racionais podem governar-se a si mesmos.[30]

Outra característica da etapa inicial da democracia contemporânea, no campo das instituições é a concreção da participação cidadã mediante o regime representativo e seu entrelaçamento com o constitucionalismo. Tal modelo democrático adquiriu como peculiar conteúdo uma normatividade jurídica tendente a moldar os comportamentos de governantes e governados no sentido de um especial "estilo de vida". Além de a institucionalização importar na implantação do regime representativo, com técnicas próprias do constitucionalismo (institucionalização da oposição e designação por eleição, por competência pacífica regulada normativamente, dos integrantes dos órgãos que exercem o poder constituinte e os poderes constituídos).[31]

Segundo Robert Alan Dahl, são cinco os critérios identificadores de um processo democrático: a) participação efetiva; b) igualdade de voto; c) entendimento esclarecido; d) controle do programa de planejamento; e) inclusão dos adultos. A violação de qualquer dessas exigências implicaria a ausência de igualdade política entre os membros de uma comunidade, embora o autor admita que nenhum Estado jamais possuísse um governo que estivesse plenamente de acordo com os critérios acima relacionados.[32]

Após apresentar os critérios de um processo democrático, o mesmo autor passa a inventariar as vantagens da democracia, mencionando que ela ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e corruptos; garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não-democráticos não proporcionam; assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação, ou seja, viverem sob as leis de sua própria escolha; pode propiciar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; pode gerar um grau relativamente alto de igualdade política. Além disso, as

[30] LÓPEZ, Mario Justo. *Manual de Derecho Político*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 406-407.
[31] *Idem. Ibidem*, p. 408-409.
[32] DAHL, Robert Alan. *Op. cit.*, p. 49-53.

modernas democracias representativas não lutam umas com as outras e os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos.[33]

A apologia feita por Robert Alan Dahl oferece algumas boas razões para a defesa da democracia, mas nem tudo que ele refere como vantagem é resultado único e exclusivo da democracia em uma comunidade política, uma conjugação de fatores conduzem a estes resultados que a democracia por si só não é capaz de produzir ou desenvolver. Merece certa reserva este posicionamento do autor quanto às vantagens do padrão democrático para uma determinada sociedade, pois não são todas as ocorrências dispostas como prerrogativas frutos únicos da implantação da democracia em um Estado.

VI. A concretização do princípio constitucional democrático

O princípio constitucional democrático previsto no art. 1º, da Constituição de 1988 é um princípio fundamental da ordem jurídica pátria, muito embora o Texto Maior não disponha de modo completo e perfeito sobre a "democracia", trazendo apenas certos contornos fundamentais onde estão estabelecidas as regras indispensáveis para a função da ordem democrática, contendo os meios para assegurar constitucionalmente as bases e estruturas essenciais dessa ordem. O conteúdo mesmo da democracia não é tratado na Constituição.[34]

A figuração do princípio democrático como fundamental na ordem constitucional tem como conseqüência o respeitável papel desempenhado na compreensão de todo o sistema normativo que deve ser interpretado, integrado e aplicado, visando dar-lhe maior eficácia. Também ele é fonte de elaboração de normas concretizadoras (princípios e regras) que buscam oferecer-lhe maior operacionalidade prática no ambiente social.

A importância de tal princípio toca a todo o sistema normativo brasileiro, a começar pela consecução de um constitucionalismo democrático. Apesar da relevância, não

[33] DAHL, Robert Alan. *Op. cit.*, p. 73-74.
[34] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 117.

se quer dizer com isso que o constitucionalismo democrático seja perfeitamente operacionalizado na prática; o ideal não corresponde necessariamente à realidade, mas cumpre seu papel de indicar uma busca permanente pela democracia efetiva.

O constitucionalismo democrático sustenta-se em pelo menos três características básicas, a saber: a) a soberania popular; b) a consagração e garantia dos direitos fundamentais e; c) a organização do Estado conforme o sistema de divisão de funções ou separação de poderes. Estas características seriam o mínimo indispensável para composição do quadro referido e a ordem de sua disposição também influi sobre o resultado, de modo que a organização do poder deverá estar a serviço dos direitos fundamentais e as liberdades públicas ao serviço da liberdade.[35]

A técnica da representação política é determinante no sistema democrático atual, porém, de modo nenhum pode conduzir à suplantação do representado pelo representante, permanecendo inerente ao constitucionalismo democrático a vinculação à soberania popular.[36] O poder emana do povo, conquanto seja exercido pelos seus representantes na maior parte do tempo; ainda assim o poder não é transferido para o representante na sua totalidade, há uma retenção do poder que será exercido de forma direta pelo povo através dos instrumentos próprios da democracia semidireta (referendo, plebiscito e iniciativa popular).

Qualquer tentativa de abolir os aspectos democráticos do Estado, em particular os atinentes ao exercício da soberania popular, deve ser encarada como uma agressão aos termos essenciais da própria formação estatal brasileira. Neste sentido, o supremo ato de soberania popular configurado no exercício do poder constituinte (originário ou reformador) não acolhe uma usurpação de poder do representado pelo representante, tendo em vista que a legitimação do poder dá-se por meio da soberania popular.

Do mesmo modo é próprio do constitucionalismo democrático que construa sua estrutura sobre os direitos fundamentais. Deve-se ter claro que as pessoas são o centro do sistema político e não podem ser convertidas em instrumentos acessórios do mesmo. A persecussão do bem comum, finalidade precípua de toda ordem política, implica o

[35] PANIAGUA, Enrique Linde. *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*. Madrid: Colex, 2002, p. 15-16.
[36] *Idem. Ibidem*, p. 18.

reconhecimento e a garantia da dignidade da pessoa humana de modo que a organização do poder só será relevante se servir ou for útil ao bem estar das pessoas.

A democracia encontra reforço quando encarada como um *modus vivendi*, incorporado pelo ordenamento jurídico, ainda que seja um estilo em construção; que suponha uma estrutura sócio-política aberta à mudança e que careça de um clima cultural especial, dentre outras ocorrências.[37]

A dimensão dinâmica com inclinação à ordem e ao movimento é própria da democracia, pois está longe de ser pronta e acabada, antes é algo por fazer que se realiza a cada dia e abre a possibilidade da incessante busca de melhoria. É um estilo de vida num contínuo processo que não se esgota com cada decisão política nem resolve os problemas sem conflitos. O clima cultural especial consiste num consenso que implica pluralismo, diálogo, oposição e atitudes sob a base da racionalidade. A positivação na Constituição do princípio democrático certifica a idéia da democracia como um *modus vivendi* a ser perseguido, sendo certo que todas as relações referidas corroboram para o fortalecimento desta concepção.[38]

É imperativo extrair as conseqüências jurídicas pertinentes da atribuição da soberania ao povo. Não é meramente retórica a disposição constitucional indicadora da soberania popular, nem tampouco um comando que se esgota com o voto. Admitir a força normativa da Constituição (Konrad Hesse) e reconhecer nos princípios sua condição de norma traz repercussões sobre todo o sistema constitucional, repercussões estas que ainda não foram exploradas com intensidade merecida pela doutrina, principalmente no que tange ao princípio democrático e ao princípio da soberania popular. Mister proceder a este aprofundamento, pois dele resultará uma compreensão mais democrática da própria Constituição e, mormente das instituições políticas.

A consagração constitucional do princípio democrático representa uma normatização para um Estado e para uma dada realidade histórica e não uma teoria em abstrato e desencarnada. A Constituição não normatiza democracia no sentido de um modelo completo e perfeito, mas somente traça certos contornos fundamentais, em

[37] LÓPEZ, Mario Justo. *Op. cit.*, p. 414.
[38] LÓPEZ, Mario Justo. *Op. cit.*, p. 414.

particular ao criar regras para a função da ordem democrática e ao buscar afiançar constitucionalmente bases e estruturas fundamentais dessa ordem.

Contudo, não cabe concluir que o princípio democrático seja apenas um método ou uma técnica de escolha dos governantes pelos governados. A Constituição enfrentou o tema da democracia substancial fazendo repousar a legitimidade do campo político na persecução de certos fins e na realização de certos valores e princípios, tais como cidadania, soberania popular, pluralismo político e garantia dos direitos fundamentais; bem como enfrentou a questão da democracia procedimental pela vinculação da legitimidade do poder à obediência a determinados processos e regras. Outras formas de tratar da questão da legitimidade constitucional ficam por conta da compreensão do princípio democrático como um *modus vivendi,* como forma de racionalização do processo político que cria racionalidade pelo seu próprio procedimento de formação da vontade política e pela publicidade desse procedimento; e como forma de legitimação do poder. Enfim, o princípio democrático tem um objetivo a realizar e funciona como o impulso dirigente da sociedade.[39]

A complexidade normativa abarcada pelo princípio democrático pode ser observada no fato de se procurar meios mais eficientes, seletivos e racionais, através da absorção de relevantes proposições da democracia representativa, tais como eleições periódicas, pluralismo político-partidário, separação de poderes, órgãos representativos. Além de tomar como indispensável a participação direta do cidadão e o aprendizado democrático mediante o desenvolvimento da democracia como m*odus vivendi*.

Sintetizando, a ordem democrática no arcabouço constitucional envolve o caráter normativo como também as condições reais e procedimentos da fundamentação do poder estatal. É histórica, adstrita às possibilidades temporais e objetivas; além de ser plural, isto é, comporta iniciativas e alternativas pluralistas, dando lugar à diversidade. A democracia é objeto de todo o povo e não somente de uma classe ou grupo. Produz uma continuidade transpessoal que ultrapassa e se desvincula de quem quer que seja ao mesmo tempo em que envolve os sujeitos enquanto cidadãos. É uma forma de racionalização do processo político, pois garante mais clareza, visibilidade que autoriza a participação ativa e

[39] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 277-278.

age como suporte para a legitimidade estatal. Também é instrumento de limitação do poder estatal; o domínio por ela fundamentado acha-se anteriormente restringido. É um princípio de organização, tendo em vista que organiza a forma do domínio político (titularidade e exercício). Atua como um princípio informador do Estado e da sociedade, de modo que ambos estruturam-se almejando sempre ampliar a base democrática. Por fim, é um permanente processo de democratização compatível com uma sociedade livre e aberta.

VII. Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Ed. Campos, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* Vol. I. 9ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Verbete "democracia".

_____. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOUDON, Raymond; BOURRICAUD, François. *Dicionário crítico de sociologia*. São Paulo: Ática,1993. Verbete "democracia".

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, José Murilo de. *Desenvolvimiento de la ciudadanía en Brasil.* México: Fideicomisso História de las Américas, 1995.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Guia da Cidadania.* Rio de janeiro: Lumen Juris, 1998.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia.* São Paulo: Moderna, 1984.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI.* São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional público.* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007.

GUERRA, Sidney. *Direito humanos: uma abordagem interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como funciona a cidadania.* 2ª ed. Manaus: Valer, 2001.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LÓPEZ, Mario Justo. *Manual de Derecho Político*. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OUTHWAITE, Willian; BOTTOMORE, Tom. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996. Verbete "democracia".

PANIAGUA, Enrique Linde. *Constitucionalismo democrático (o los hombres en el centro del sistema político)*. Madrid: Colex, 2002.

PASSOS, Calmon de. *A Constitucionalização dos direitos sociais.* in Livro de estudos jurídicos. v.9. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1994.

ROBERTS, Bryan R. *A dimensão social da cidadania.* Revista Brasileira de Ciências Sociais n.º 33, 1997.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. v. I. São Paulo: Ática, 1994.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania.* Rio de Janeiro: Record, 2001.

GANHOU A TEORIA GERAL DA INVALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS E O ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza*

RESUMO

Os valores humanistas que passaram a ser diretrizes para a interpretação e análise do Direito Civil a partir principalmente da Constituição de 1988, transformaram a sua forma de aplicação e entendimento. Algumas idéias arraigadas à concepção do Estado Liberal, tais como o patrimonialismo, a família patriarcal, a separação estanque entre entre o Direito Público e o Direito Privado, tiveram que ser modificadas, adaptando-se ao novo regime de proteção do indivíduo. No Direito de Família várias modificações foram operadas, transformando-se o seu próprio conceito e nele sendo inseridas noções de afeto e igualdade. Dessa forma, numa relação de paternidade, a proteção aos interesses do pai teve sua força relativizada a partir do momento em que se passou a considerar a vontade e a pessoa dos outros participantes da família. No entanto, alguns problemas na relação familiar ainda precisam ser analisados através dessa nova ótica valorativa, impondo-se de forma permanente a natureza diferenciada desses conflitos. Para exemplificar a afirmação apresentada, deve-se lembrar que o estabelecimento da filiação pode ocorrer basicamente através de duas formas: por meio da presunção decorrente do casamento, *pater is est*, prevista no art.1597 do Código Civil, e também através do ato jurídico do reconhecimento, a ser realizado conforme as hipóteses previstas no art.1609 do mesmo diploma legal. Os atos jurídicos em sentido restrito são espécies dos fatos jurídicos em sentido amplo e se caracterizam por possuírem como sua essência a manifestação da vontade humana, estando os efeitos decorrentes desta já determinados pela lei. Acontece que a vontade manifestada pode vir a sofrer algum tipo de defeito que impossibilite a produção de seus regulares efeitos jurídicos. Assim, em termos gerais, ao ato jurídico do reconhecimento da filiação poderiam ser aplicadas todas as regras pertinentes aos defeitos da manifestação de vontade, previstos na parte geral do Código Civil, e que têm por finalidade a invalidação e a conseqüente perda de efeitos da vontade manifestada. O erro é um dos vícios do consentimento que pode conduzir à invalidação do ato, sendo que, atualmente, tem sido o mesmo utilizado, de forma indiscriminada, para resolver os conflitos de filiação, sobretudo aqueles que envolvem a não correspondência entre a paternidade definida no registro público e a descendência biológica. A atribuição da paternidade acarreta repercussões bastante significativas para a vida do perfilhado, de forma que a simples prova da inexistência de liame biológico e o conseqüente erro no ato do registro não poderiam ser tratados da mesma forma que um simples negócio jurídico patrimonial, desconsiderando-se a construção da personalidade humana e a dignidade daquele que recebeu, através do ato

* Mestre em Relações Privadas e Constituição; Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Campos.

formal do reconhecimento, não só um nome, mas também uma família e toda uma estrutura a partir da qual se estabeleceu o seu desenvolvimento enquanto pessoa.

PALAVRAS-CHAVES: PATERNIDADE; REGISTRO; ANULAÇÃO; DIGNIDADE

ABSTRACT

The human values that became the rules to interpretation and analysis of the Civil Law since the 1988 Constitution, transformed its aplication and understanding. Some ideas connected to the conception of liberal State, like property, the family based in father's authority, the separation between the Public and Private law, have to be modified and adapted to the new system of human being protection. Several modifications took place in family law, what transformed its definition, including in it notions about affection and equality. Then, in paternity relationship, the protection to the father's interests became weaker since the moment when the others, like woman and children, were considered as person with desires. However some familiar relationships problems still need to be analyzed through these new values, being established in a permanent way the different nature of these conflicts. This affirmative can be exemplified with the establishment of paternity. This act may be done, basically, in two ways: the alleged paternity that comes with the marriage, *pater is est*, which is in art. 1597, Civil Code, and by the juridical act of recognition, which can be done through the ways pointed in art. 1609, Civil Code. Juridical acts in *strict sensu* are species of the juridical facts in *latu sensu*, and they have as characteristic or essence the declaration of the human desire, being their effects pointed in legislation. The same declaration may be affected with a defect that makes impossible the production of regular and juridical effects. Then, in general, all the rules which cares about the defects of human declaration, pointed in general book of Civil Code, might be applied to the juridical act of establishment of paternity, causing the lost of its regular effects. The mistake in declaration can be considered as a defect that attacks the juridical act, but, nowadays, this defect is being used without criteria to solve the conflicts of paternity, including that which cares about the paternity pointed in the registry office and biologic fatherhood. The establishment of paternity brings very important effects to the children, and so the simple evidence about the absence of the biologic link and the mistake in the establishment act cannot be treated at the same way, excluding the construction of the human personality and the children dignity. The establishment of paternity has as effects the attribution of a name to the child, and also the construction of a complete structure in which are situated the roots to his development as a person.

KEYWORDS: PATERNITY; REGISTRY OFFICE; NON EFFECTS; DIGNITY.

INTRODUÇÃO

A parte geral do Código Civil apresenta diversas regras a partir das quais pode ser fixada toda a estrutura de análise desse ramo do Direito. No entanto, não se pode olvidar que cada parte do Direito Privado caracteriza-se por peculiaridades próprias, impondo-se ao intérprete uma atuação no sentido de adaptar a interpretação aos casos que exigem solução.

Dessa maneira, inicialmente serão apresentadas algumas lições pertinentes à teoria geral dos negócios jurídicos e sua invalidação. Partindo-se desse pressuposto, será feita a inserção do reconhecimento da filiação como ato jurídico, sendo apresentadas as suas características próprias, de forma que se possa compreender que a uma aplicação indiscriminada da teoria das invalidades a esse tipo de ato poderá ser prejudicial à compreensão do novo Direito de Família, afastando a concretização dos valores personalistas.

1 DESENVOLVIMENTO

A manifestação de vontade e os atos jurídicos

A teoria do ato jurídico em sentido amplo, inserida na teoria do fato jurídico, fundamenta-se na manifestação da vontade humana, sendo suas principais espécies o ato jurídico em sentido restrito e o negócio jurídico. O Código Civil atual, em seu artigo 185, menciona as duas espécies de manifestação, determinando que ao ato jurídico lícito sejam aplicadas tão somente as regras do negócio que sejam pertinentes[1]. Isso significa que caberá uma interpretação mais ampla a ser procedida pelo operador do Direito, porquanto seja sua responsabilidade definir quais aspectos e diretrizes dos negócios jurídicos possam ser direcionadas aos atos.

Segundo Marcos Bernardes de Mello, o ato jurídico pode ser conceituado da seguinte forma:

> *(...) o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suposrte fáctico manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha*

[1] BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

> *da categoria jurídica ou de estrururação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.*

Já quanto ao negócio jurídico, o mesmo autor manifesta a seguinte afirmação:

> *(...) é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fáctico consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo eficacial das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico.*[2]

Desse modo, por ser figura mais ampla, em que se defere às partes interessadas a possibilidade de interferir no próprio conteúdo eficacial da expressão da vontade, ao negócio jurídico foram dedicadas diversas nomras pelo Código Civil, sendo detalhada a enunciação de regras sobre os planos da validade e da eficácia, considerando-se implícito o plano da existência, a partir dos quais os negociantes alcançam de forma concreta o objetivo que antes pertencia tão somente ao plano da intenção.

Dentro dessa conjuntura, tem-se a especificação das causas de invalidade dos negócios jurídicos, inserindo-se nesse campo as normas sobre a nulidade e a anulabilidade das negociações. Sabe-se que o desrespeito às normas de ordem pública gera o vício da nulidade, enquanto a não obediência às regras de interesse particular geram tão somente a anulabilidade, que, conforme a previsão do art. 172, pode ser confirmada ou sanada pela vontade das partes interessadas, bem como pelo decurso do prazo decadencial de quatro anos, conforme a previsão do art. 178.[3]

A constatação de nulidade ou de anulabilidade afetará diretamente o plano da eficácia, na medida em que respectivamente será obtida a declaração da não produção de efeitos ou da desconstituição daqueles até tão produzidos.

2. O erro como vício do consentimento

[2] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 140 e 165.
[3] BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

O Código Civil dispõe sobre várias causas de invalidação, sendo consideradas dentre estas as hipóteses que manifestam os vícios do consentimento. A anulabilidade da manifestação de vontade nesses casos surge em função da falta de adequação entre a realidade e a verdadeira intenção do declarante.

Nesse contexto, em seu art. 138, o Estatuto Civil determina a anulabilidade dos negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanam de erro substancial.[4]

Segundo Marcos Bernardes de Mello,

> *O erro na manifestação de vontade se caracteriza por uma falsa represetação psicológica da realidade. Aquilo que a pessoa acredita ser a realidade, na verdade, não o é. No erro, a falsidade da representação constitui o ator determinante do conteúdo da vontade manifestada. Portanto, a vontade que se exteriorizou é produto do erro, de modo que, se a pessoa conhecesse a realidade, não a teria expressado, ou a teria manifestado com outro sentido*.[5] (...)
>
> *Segundo o Direito Civil, somente se tem como invalidante do ato jurídico o erro substancial, assim considerado aquele que interessa 'à natureza do ato' (error in negotio), ao 'objeto principal da declaração (error in corpore), diga respeito 'a qualidades essenciais da pessoa a quem se refira a declaração' (error in persona), ou, ainda, se houver falsidade quanto aos motivos (falsa causa), desde que expressos como razão determinante do negóco ou sob forma de condição (erro quanto aos motivos relevantes* [6].

O erro sobre a pessoa é considerado pelo art. 139, II como hipótese de erro substancial, servindo para a invalidação do ato jurídico sempre que o equívoco recaia sobre a pessoa com a qual se estabelece a relação jurídica ou sobre suas qualidades que sejam consideradas essenciais para a manifestação de vontade.

---

[4] BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
[5] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 117.
[6] *Ibidem*, p. 119.

Nesse caso, a manifestação de vontade tem em vista necessariamente a pessoa ou suas características, de forma que a declaração se perfaz em função e tão somente tendo em vista essa circunstância. Ocorrido o erro sobre a própria pessoa ou suas qualidades essenciais, terá havido falta de adequação entre a vontade real e a vontade exteriorizada, portanto, defeito no consentimento apto a invalidar o ato realizado.

3. O registro de nascimento

A existência de um liame biológico entre os genitores e a prole não é suficiente para a efetivação dos diversos direitos e deveres decorrentes do parentesco. Torna-se, portanto, ainda necessário o estabelecimento jurídico do vínculo da filiação, sendo vários os modos de efetivá-lo.

Diante de uma união conjugal, costuma-se utilizar, para fins de determinação da paternidade, a presunção *pater is est*, utilizando-se o estado matrimonial dos pais para fins de provar a filiação, que, atualmente, não mais se diz, tendo em vista a igualdade constitucional, legítima. Assim, até que seja feita prova em contrário, o pai é o marido da mãe, devendo, por tal motivo, desincumbir-se de todos os benefícios e encargos que surgem da situação jurídica estabelecida.

Diante, porém, da inexistência de casamento entre os genitores, torna-se premente que o ato do reconhecimento seja efetivado, pois, caso contrário, não se estabelecerá o parentesco e seus ordinários efeitos.

O ato jurídico do reconhecimento voluntário pode ser efetivado por diversas formas, tendo o art. 1609 do Código Civil se inspirado no art. 1º da lei 8560/92 para dispor que o estabelecimento jurídico da filiação pode dar-se pelo registro de nascimento, por escritura pública ou instrumento particular arquivado em cartório, por testamento ou por meio de manifestação expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não tenha sido objeto principal e único do ato que o contém. Desse modo, a mera manifestação de vontade do pai quanto ao reconhecimento gera o estado de filiação, estando tal ato acobertado pelas características da irrevogabilidade, incondicionalidade e indivisibilidade.

Nesse sentido, o ato do reconhecimento é irretratável, vedando-se qualquer conduta do pai que venha, por sua livre vontade, revogar o reconhecimento anteriormente procedido. Restam também proibidas as condutas de condicionar a

produção ou o término dos efeitos do ato do reconhecimento a qualquer evento futuro, bem como qualquer outra atitude no sentido de delimitar a eficácia do ato concretizado[7]. Essa característica do ato jurídico do registro de filiação ilustra de forma perfeita a incidência do art. 185 supramencionado, eis que torna-se impossível a aplicação das regras sobre condição, um dos elementos do plano da eficácia, que é plenamente adequado ao negócio jurídico, ao ato jurídico em sentido restrito.

A conduta de declarar livremente a existência do vínculo de filiação é, antes de tudo, um dever moral de amparar a própria prole. Atualmente a sua inobservância, em decorrência de todas as alterações legislativas anteriormente comentadas, pode ser sanada através do pedido judicial de investigação de paternidade, felizmente deferido a todos os filhos, mesmo àqueles que não tenham nascido numa relação de casamento.

É indubitável a existência do interesse do filho em ser reconhecido, já que através desse ato poderá alcançar tanto a verdade acerca de sua origem biológica, como também verá estabelecido o elo parental, abrindo-se espaço não só para o exercício do direito aos alimentos, mas também para a efetivação de outras prerrogativas como a sucessão, a guarda, a visitação, a vivência com o pai. Em suma, importante seria, mas isso nem sempre acontece, que toda relação de paternidade conferisse ao perfilhado tanto o suprimento de suas necessidades materiais como também emocionais.

4. O vício do erro e o ato jurídico do reconhecimento da filiação

Diante de todas as mudanças verificadas em sede do estudo do Direto de Família, percebe-se, de forma muito clara, que a determinação formal do registro acerca da paternidade não necessariamente deverá espelhar uma realidade biológica. De forma prática, caso os registros fossem meros documentos de declaração dessa realidade, seria impossível a formalização jurídica de uma adoção, forma mais patente e notória de filiação civil não sangüínea.

No entanto, até que a paternidade afetiva seja considerada de forma idêntica à paternidade biológica, o que, infelizemente, ainda não é uma realidade no sistema brasileiro, a herança sangüínea continuará sendo verdadeiro parâmetro para a veracidade dos registros públicos de reconhecimento da filiação.

---

[7]PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense, p. 74-80.

Dessa forma, tem-se o art. 1604 do Código Civil, segundo o qual "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulata do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro."[8]

Em sede dos registros de paternidade, pode ocorrer que o declarante do vínculo de filiação o faça conhecendo a inexistência de descendência. Muito facilmente podem ser verificadas situações como essas, basta pensar, por exemplo, no grande número de crianças que são desprezadas por seus pais biológicos, mas são reconhecidas por um terceiro, que, muitas vezes, faz parte da família, como um primo da mãe, ou na hipótese de um namorado ou marido assumir efetivamente a paternidade da criança, filha de sua companheira.

Nesses casos, tem-se a chamada "adoção à brasileira", criando-se a paternidade através de simples manifestação de vontade diante do registro público. Considere-se a inexistência, nessa hipótese, do vício do consentimento do erro, eis que claramente toda a situação de inexistência do vínculo filial é conhecida por aquele que manifesta a vontade, sendo incabível a argumentação de qualquer defeito em sua exteriorização.

Ocorre que o pai registral, por algum motivo, na grande parte dos casos por um rompimento no relacionamento antes estabelecido com a mãe da criança, busca, com base no art. 1604, anteriormente referido, a invalidação do registro realizado, objetivando a desconsideração jurídica da filiação previamente estabelecida. A paternidade gera uma série de efeitos, sobretudo patrimoniais, de forma que, busca o pai registral, nesses casos, a desconstituição do ato realizado como a forma mais eficaz de esquivar-se das obrigações assumidas.

No entanto, o entendimento que vem prevalecendo em casos como esses é o de ser impossível a desconstituição da paternidade, tendo em vista, principalmente, o fato de que o conhecimento da realidade, ou seja, a falta de descedência, impediria a retirada de eficácia do ato realizado.

Exemplificativamente, tem-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que afirma:

> *EMENTA: APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. Descabido anular o registro*

[8] BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

> *de paternidade, ainda que o apelante não seja o pai biológico da apelada. Quando o registro foi feito o apelante sabia não ser o pai biológico. E ademais sempre criou a apelada como filha, o que consubstancia a paternidade socioafetiva. NEGARAM PROVIMENTO.*[9]

No mesmo sentido, outra decisão do mesmo Tribunal:

> *EMENTA: (...) Inadmissibilidade do uso da ação negatória de paternidade pelo pai registral visando a desconstituir o vínculo parental que livremente assumiu. Comprovado estado de filho, não se justifica a anulação de seu registro de nascimento. Reconhecimento da paternidade que se deu de forma regular, livre e consciente, mostrando-se a revogação juridicamente impossível, após já contar o menor com 15 anos de idade. RECURSO DESPROVIDO.* [10]

Nessas decisões, costuma-se alegar a existência de paternidade socioafetiva como meio para a improcedência do pedido, sendo forma, inclusive de reconhecer a igualdade que às paternidades biológica e afetiva, em nossa atual conjuntura constitucional, deve ser reconhecida.

A paternidade afetiva consubstancia-se no reconhecimento da posse de estado de filho, cujos elementos são o *nomen* ou *nominatio*, *tractatus* e fama ou *reputatio*.[11]

O primeiro destes significa a utilização pelo filho do patronímico pertencente ao pai, já que se poderia inferir dessa situação a vontade de que o nome da família fosse perpetuado na pessoa do suposto filho.

Sobre o assunto, porém, numa análise menos formalista, que parece ser a mais adequada, José da Costa Pimenta afirma que o elemento *nomem* encontra-se

---

[9] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700016096596. Rel. Rui Portanova. Porto Alegre, 26 de outubro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20.04.07.

[10] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70014180319. Rel. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 16 de agosto de 2007. Disponível em www.tj.rs.gov.br . Acesso em 20.04.07.

[11] Segundo Luiz Edson Fachin: "Ademais, a tradicional trilogia que a constitui (nomen, tractatus e fama) mostra-se, às vezes, desnecessária, porque outros fatos podem preencher o seu conteúdo quanto à falta de algum desses elementos. É inegável, porém, que naquele tríplice elenco há o mérito de descrever os elementos normais que de modo corrente demonstram a presença da posse de estado." FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 68.

materializado sempre que exista entre as partes interessadas o simples chamamento recíproco de pai e filho[12].

Deve-se acrescentar ainda a afirmação de Jacqueline Filgueras Nogueira, para quem o elemento nome é de somenos importância, já que a paternidade poderá restar comprovada a partir da existência dos outros dois fatores, *tractatus e reputatio*[13]. No mesmo sentido, a lição de José Bernardo Ramos Boeira:

> *Entretanto, a doutrina reconhece em sua maioria que, o fato de o filho nunca ter usado o patronímico do pai, não enfraquece a 'posse de estado de filho' se concorrem os demais elementos – trato e fama – a confirmarem a verdadeira paternidade. Na verdade, esses dois elementos são os que possuem densidade suficiente capaz de informar e caracterizar a posse de estado*[14].

No que concerne ao trato, pode-se considerá-lo como o principal requisito para a configuração do estado de filho, vez que se encontra consubstanciado na própria relação vivenciada com o pai, na medida em que este revela os sentimentos que nutre pelo filho através da preocupação com o seu bem-estar, cuidando de sua saúde, promovendo a sua educação, e também zelando, a todo instante, pela boa formação do filho. Nesse caso, a preocupação em proteger e em conferir melhores condições de vida não perde a sua relevância pelo simples fato de, em alguns momentos, ser também necessário o exercício de um razoável poder corretivo, porquanto faça parte do processo de criação o alerta para a inconveniência de determinadas condutas, desde que obviamente não se abuse desta prerrogativa. Pelo contrário, mais ainda nessas hipóteses resta configurada a relação de paternidade, posto que a intenção daquele que corrige atos e aponta melhores caminhos demonstra a consideração normal que qualquer pai, no exercício das funções decorrentes do poder familiar, pode concretizar.

Sempre que a aparência desse verdadeiro vínculo ultrapasse as fronteiras do próprio lar, alcançando o conhecimento de outros familiares e também de terceiros pertencentes à sociedade, perfaz-se o terceiro elemento, denominado *reputatio.*

---

[12]PIMENTA, José da Costa. *Filiação.* Coimbra: Coimbra, 1986, p. 163.
[13]NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001, p. 116.
[14]BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 63.

Também no sentido de manter a paternidade nesses casos, manifesta-se o Tribunal do Rio de Janeiro:

> (...) *Comprovado pelo conjunto probatório produzido que o autor efetuou o registro de nascimento do réu, voluntária e conscientemente, com plena compreensão da situação fática e dos efeitos do seu ato, apesar das evidências de que ele não era o seu filho biológico, inviável se mostra que o arrependimento quase quatro anos após o nascimento do demandado tenha o condão de excluir do assentamento do infante o nome do pai (o autor), bem como de seus avós paternos. A situação desse modo materializada, em que pese o exame de DNA, assemelha-se à adoção, criando o parentesco civil, daí porque improcedente o pedido do autor de ver excluída do registro de nascimento do réu a paternidade que ele declarou espontaneamente*[15].

É possível, no entanto, que o ato do reconhecimento seja realizado mediante erro, pensando-se que aquele que está sendo perfilhado é realmente descendente biológico de quem está realizando o ato jurídico.

4.1. O erro e a paternidade ficta que decorre do matrimônio

Pode ocorrer ainda que a paternidade surja da própria situação jurídica matrimonial vivenciada pelos pais, acobertando-se o ato do reconhecimento de menor importância nesta hipótese, vez que a paternidade decorre da presunção de que todos os filhos nascidos da esposa seriam também filhos de marido. Em casos como esse, a desconstituição da situação filial deve ser requerida pelo próprio pai através da ação negatória de paternidade, cujo escopo é, justamente, afastar a correlação decorrente do matrimônio no que diz respeito à figura do pai e a geração da prole.

A repercussão de tais condutas deve ser analisada de forma bastante meticulosa, eis que submete interesses de suprema importância a um verdadeiro conflito, a requerer

[15] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 200500140278. Rel. Antônio Eduardo Duarte. Rio de Janeiro, 04 de abril de 2007. Disponível em www.tj.rj.gov.br. Acesso em 20.04.07.

do intérprete uma solução que se ajuste da melhor maneira possível aos ditames constitucionais.

A ordem jurídica civil atual não mais fixou prazo para a propositura da ação negatória de paternidade – art. 1601 –, conferindo-se ao pai *ad eternum* o direito de pleitear judicialmente a exclusão da paternidade anteriormente fixada. A postura assumida pelo legislador vem ratificar uma série de propostas doutrinárias, bem como um grande número de decisões judiciais que afirmavam ser descabida a estipulação de um prazo para a ação negatória, porquanto a todo tempo deveria ser estabelecida a verdade real em sede de paternidade, sobretudo por tratar-se de ação pertinente ao estado da pessoa humana, quando seria incoerente a atribuição de um lapso temporal para a sua efetivação. Nesse sentido, verifique-se o entendimento de José Carlos Malta Marques:

> *Há de ser entendido que a negatória de paternidade, como a investigatória, são, ambas, demandas que vêm de encontro aos melhores interesses do menor, visto que lhes determinarão, em cada uma de suas oportunidades, a verdadeira identificação do infante."*[16]

Assim a mudança trazida pelo atual Código Civil, no sentido de retirar os prazos anteriormente previstos para a propositura da referida ação, é considerada louvável por alguns, porquanto permite a realização da verdade real em termos de paternidade, beneficiando, assim, de forma igualitária, tanto o pai quanto o filho.[17] Enquanto isso, outros condenam tanto a exigüidade dos prazos como também a sua inexistência, já que a segurança necessária às relações restaria afetada pela contínua possibilidade de ver-se desconstituída a filiação.[18]

---

[16] MARQUES, José Carlos Malta. Ação negatória de paternidade – decadência. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, RS, n. 10, p. 47-57, jul-ago-set. 2001, p. 57.

[17]FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 13, abr-maio-jun. 2002, p. 13-23, p. 20.

[18]ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, RS, n. 13, p. 13-23, abr-maio-jun. 2002, p. 35. Acrescenta o autor, *op. cit*. p. 36, que somente os filhos matrimoniais viveriam numa eterna incerteza, vez que para os filhos reconhecidos judicial e voluntariamente, se estabeleceria a coisa julgada e a irrevogabilidade como limites, sendo esta última ainda fundamento para a proteção dos filhos adotados.

Assim, de acordo com a previsão legal que permite a alteração do estado jurídico de filho através da propositura de uma ação negatória, bem como pela utilização da própria teoria das invalidades, poderia o pai, a qualquer tempo, requerer judicialmente a da paternidade ao arrepio dos interesses titularizados pelo perfilhado.

4.2. O erro e o ato jurídico do reconhecimento da filiação

Além da paternidade decorrente da incidência da presunção *pater is est* tem-se, ainda, a possibilidade de que o estado de filiação origine-se do reconhecimento voluntário.

Em muitos casos esse ato registral é realizado de boa-fé, ou seja, acreditando-se na existência do vínculo genético entre aquele que declara a paternidade e o perfilhado. Nessa situação, considerando-se a descoberta posterior de que a paternidade fora formalizada com base em uma situação irreal, não conhecida por quem fizera o registro, torna-se, em tese, juridicamente possível a propositura de ação de desconstituição, ainda que tenha decorrido lapso temporal considerável de convivência entre o pai registral e o filho[19].

Tal fato impõe uma certa consideração, tanto nos casos de filiação pela presunção como também nos casos de reconhecimento voluntário, porquanto deva ser explicitado se o vínculo criado entre os interessados deve ou não ser levado em conta para fins de solução do caso. Percebe-se, nessas hipóteses, que o direito do pai à desconstituição deriva do fato de o reconhecimento da paternidade ter decorrido de verdadeiro engano, constatando-se que, uma vez conhecida a realidade, não teria o pai procedido ao referido ato jurídico. No entanto, infelizmente, nenhuma atenção costuma ser dada pelos operadores do direito, neste mesmo caso, à situação do filho, como se este fosse obrigado a sofrer todas as conseqüências do engano alheio. Assim é que verificado o erro, busca-se a anulação do reconhecimento, fato que diante das circunstâncias pode acarretar uma série de transtornos para o perfilhado, que sofre a desconstituição do vínculo que o unia formalmente a seu pai.

A solução desses problemas sempre foi vista através da ótica que protege os interesses do pai, bem ao gosto da codificação de 1916, analisando-se

[19]Nesse sentido FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, RS, n. 13, abr-maio-jun. 2002, p.13-23.

unilateralmente a matéria, já que os interesses deste é que deveriam prevalecer sempre, ainda que em detrimento dos outros membros familiares.

Acontece que o direito de família, principalmente no que toca ao assunto da filiação, fora renovado através das bases constitucionais, de forma que nenhum litígio judicial que diga respeito ao assunto da paternidade pode, atualmente, afastar os interesses do filho como se estes fossem de somenos importância. Pelo contrário, a *mens constitutionis* conduziu-se inexoravelmente no sentido de proteger a prole, sendo impostergável a consideração de seus direitos em qualquer conflito estabelecido com os pais.

Deve sempre ser lembrado que as mudanças valorativas ocorridas em sede constitucional não devem ser simplesmente contempladas como marco de um novo tempo para a ordem jurídica formal. Esse novo fundamento axiológico deve ser aplicado de maneira efetiva, principalmente através da interpretação de todas as normas que se situam abaixo da Constituição na hierarquia legislativa.

As novas injunções que se fixam na base do direito de filiação, consubstanciadas, principalmente, na dignidade da pessoa humana, na proteção integral de crianças e adolescentes e também na igualdade de direitos entre os filhos, devem ser sempre consideradas como elementos que atravessam a ordem jurídica organizadora do núcleo familiar e se impregnam em todas as suas disposições, impedindo, dessa forma, qualquer aplicação normativa que se afaste da nova realidade. É a concretização do direito civil constitucional, único meio hábil para vincular as leis ordinárias às alterações ocorridas no ordenamento jurídico, lembrando-se, sobretudo, que as regras e os princípios constitucionais também são considerados como normas, cuja aplicabilidade imediata torna-se indispensável para a efetivação de um novo direito.

A importância conferida ao erro como causa de anulação pode ser verificada nas seguintes decisões:

> *EMENTA: NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROVA PERICIAL FRUSTRADA. LIAME SOCIOAFETIVO. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato*

jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude). 3. Em que pese o possível distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando evidenciada a existência do liame socioafetivo. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. Recurso desprovido.[20]

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE COM PEDIDO CUMULADO DE CONSEQÜENTE CANCELAMENTO DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO QUE LEVOU AO ATO REGISTRAL. ÔNUS QUE INCUMBE AO AUTOR, NA FORMA DO ARTIGO 333, I, CPC. IRRELEVÂNCIA DO FATO DOS MENORES NÃO SEREM FILHOS BIOLÓGICOS DO DEMANDANTE. ACERTO DO DECISUM. A pretensão de desconstituição de paternidade ao fundamento de vício de consentimento que teria levado o apelante a reconhecer como seus filhos os apelados encerra o ônus daquele de demonstrar que foi, realmente, induzido a erro e acreditou ser o pai biológico dos menores. Singelas alegações e provas unilaterais de conteúdo probatório duvidoso nesse sentido, e não reproduzidas em Juízo, não podem infirmar a paternidade estabelecida pela perfilhação, porquanto prevalece o interesse dos menores a manterem a paternidade reconhecida. Importante destacar que apenas os filhos titularizam o direito de perseguirem o reconhecimento da paternidade biológica, a ser exercido ao atingirem a maioridade, se assim o quiserem. Não possui aquele que os perfilhou (através da intitulada adoção à brasileira) qualquer direito a persegui-la. Não se desincumbindo o interessado de comprovar o sustentado vício e, ao revés, logrando os apelados demonstrarem que a perfilhação

[20] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700158777. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 27 de setembro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 22.04.06.

> *se deu mediante ciência de não ser o apelante pai biológico dos menores, não pode prosperar a pretensão autoral. A paternidade é ato sério e não pode ser desconstituída ao bel prazer de quem a assumiu após sofrer desilusão amorosa. Conduta que não se adequa a responsabilidade que o ato encerra e deve ser repudiada. Recurso ao qual se nega provimento.*[21]

Dessa forma, pode ser percebido que é a postura de quem realiza o registro que vem sendo considerada pelos julgadores no momento da decisão dos casos de desconstituição de paternidade. Se quem realizou o registro sabia que a paternidade biológica não existia ou pelo menos tinha dúvidas a esse respeito, não bterá êxito em seu pleito de desconstituição. No entanto, se o reconhecimento foi fruto de erro, desconsidera-se toda a situação estabelecida, privilegiando-se os interesses daquele que registrou em detrimento do filho que fora reconhecido.

O direito conferido ao pai para o fim de desconstituir a filiação, fixada voluntariamente ou por meio do matrimônio, não pode ser considerado tão forte de modo a afastar a importância que deve ser prestada ao interesses do filho, eis que este será terrivelmente prejudicado pelo afastamento de seu estado jurídico, em uma evidente afronta à proteção constitucional que lhes foi conferida.

A aceitação inexorável da postura que confere ao pai a possibilidade de tornar ineficaz o reconhecimento, confere ao registro civil a qualidade de documento certificador e declaratório da herança genética, bastando, para tanto, a vontade no sentido de afastar uma filiação anteriormente conferida sem se atentar, em momento algum, para os graves efeitos trazidos por tais atos.

Pense-se, porém, na situação enfrentada pelo filho em situações como essas. Na grande parte dos casos a paternidade lhe é retirada da mesma forma como foi concedida, ou seja, sem a sua manifestação de vontade, como se fosse um simples presente cuja retirada em nada alterará a sua vida.

Tenha a filiação se constituído através do registro ou derivado da presunção jurídica advinda do casamento, o certo é que, objetivamente, a situação do filho é a

[21] BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 200600127180. Rel. Simone Gastesi Chevrand. Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20.04.06.

mesma, cresce e se desenvolve no seio de determinada família, que, para ele, é e sempre será a sua família, a não ser que o pai, de forma repentina, resolva, a seu talante, mudar tal situação.

O objetivo de desconstituir um vínculo de parentesco estabelecido há muito tempo encontra uma série de interesses do filho, que merecem ser ponderados. Além da desconfortável situação emocional gerada pela repentina mudança na conformação familiar, deve-se lembrar, ainda, que toda a vida pregressa daquele indivíduo fora construída tendo como base um núcleo de pessoas que sempre foram identificadas como entes familiares. E, nesse aspecto, é muito importante ressaltar que a mudança da paternidade faz alterar a sua própria identificação, perturbando-o em diversos setores de sua vida.

Sabe-se que um dos efeitos da paternidade é a utilização do nome, de forma que a identificação criada adere à personalidade, merecendo, portanto, a devida proteção.

Sobre os direitos da personalidade, manifestou-se Orlando Gomes:

> *Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.* [22].

Dentre o rol dos direitos da personalidade costuma-se inserir o direito ao nome, chegando-se mesmo a afirmar que a existência humana e o nome caminham juntos, o que explicaria a regra de sua manutenção e excepcional modificabilidade.[23]

Mas, indo um pouco além, deve-se vislumbrar que a proteção do nome surge com fundamento na própria identidade que se confere a partir dele ao seu titular. Nesse sentido, preciosa a lição de Limongi França:

> *Ora, aqui não se pode dizer que o nome seja apenas locução, palavra, mas sinal indicativo de uma certa personalidade, – através do qual o bem da identidade desta se realiza. Por outro lado, êsse sinal é o meio normal (e, no Direito moderno, obrigatório) da efetivação da referida identidade. Portanto,*

[22]GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 148.

[23]LEITE, Eduardo de Oliveira. Mulher separada: continuidade do uso do nome do marido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, SP, n. 780, p. 103-121, out. 2000, p. 104.

> *sob este aspecto, o direito à identidade se confunde com o direito ao nome, porque ordinàriamente é através dêste que aquêle se exerce. Nem – pensamos nós – se pode falar em um direito ao nome civil quando não seja ele a expressão de uma identidade.*[24]

A história do indivíduo, com todas as suas lembranças e recordações, e também a sua vida social e profissional, foram construídas em função da identidade que lhe foi conferida, não sendo justo ou razoável que todos esses elementos, que já se agregaram à própria vida, sejam descartados em função da vontade unilateral paterna. O estabelecimento do parentesco gerou para o perfilhado uma base sobre a qual foram construídas as suas relações, o seu convívio em sociedade e com os familiares, de modo que a sua proteção deve necessariamente ser privilegiada no caso concreto.

Apresentar a alguém uma identidade, uma família, enfim, uma história de vida, é um ato de extrema responsabilidade, por gerar efeitos indeléveis que terminam por superar o simples ato inicial da perfilhação. O ato do pai se desprende de sua objetividade jurídica para construir a história de um novo ser, retirando, conseqüentemente, daquele que efetuou o reconhecimento, a liberdade de interferir, por sua simples vontade, nessa esfera que não mais lhe pertence.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No que diz respeito aos atos jurídicos de reconhecimento da filiação, a aplicação das regras pertinentes à teoria das invalidades deve sofrer uma análise norteada pelos valores constitucionais, pois pode ser percebido de forma bastante clara que as normas ordinárias continuam sendo aplicadas sem a devida consideração que deve ser prestada aos filhos e à situação jurídica que em benefício dos mesmos fora constituída.

As relações de família devem ser decididas com base, principalmente, no valor constitucional da dignidade humana, da proteção integral de crianças e adolescentes e também no princípio da igualdade. Não se deve considerar tão somente a repercussão da paternidade sobre a pessoa do pai, seja essa figura decorrente da presunção *pater is est* ou da própria manifestação de vontade em registrar alguém como seu filho.

---

[24]FRANÇA, Limongi R. *Do nome das pessoas naturais*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 138.

A existência do erro como vício do consentimento e, portanto, como causa de invalidação, não se adapta de forma regular às relações existenciais, sendo possível e necessária, nesse caso, a aplicação da regra do art. 185 do Código Civil, que permite ao operador uma aplicação ponderada, na medida em que nem todas as regras que digam respeito aos negócios podem ser aplicadas aos atos jurídicos. Sobretudo na hipótese ora tratada, quando a manifestação de vontade diz respeito à atribuição de uma família, de um nome e de uma estrutura pessoal na qual passa se desenvolver o ser humano. A retirada unilateral dessa condição coaduna-se aos antigos valores que norteavam o Direito Civil – quando tão somente os interesses do chefe da família deveriam preponderar –, sendo, desse modo, arbitrária e condenável sob o ponto de vista da defesa do indivíduo em sua integralidade.

REFERÊNCIAS

BOEIRA, José Bernardo Ramos. *Investigação de paternidade. Posse de estado de filho: paternidade socioafetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. *Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700016096596. Rel. Rui Portanova. Porto Alegre, 26 de outubro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20.04.07.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70014180319. Rel. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 16 de agosto de 2007. Disponível em www.tj.rs.gov.br . Acesso em 20.04.07.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 200500140278. Rel. Antônio Eduardo Duarte. Rio de Janeiro, 04 de abril de 2007. Disponível em www.tj.rj.gov.br. Acesso em 20.04.07.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 700158777. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 27 de setembro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 22.04.06.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70014859938. Rel. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 13 de setembro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 22.04.06.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 200600127180. Rel. Simone Gastesi Chevrand. Rio de Janeiro, 05 de setembro de 2006. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em 20.04.06.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FRANÇA, Limongi R. *Do nome das pessoas naturais*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

FURTADO, Alessandra Morais Alves de Souza e. Paternidade biológica X paternidade declarada: quando a verdade vem à tona. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 13, abr-maio-jun. 2002, p. 13-23.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Mulher separada: continuidade do uso do nome do marido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, SP, n. 780, p. 103-121, out. 2000, p. 104.

MARQUES, José Carlos Malta. Ação negatória de paternidade – decadência. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, RS, n. 10, p. 47-57, jul-ago-set. 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. São Paulo: Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. Rio de Janeiro: Forense.

PIMENTA, José da Costa. *Filiação*. Coimbra: Coimbra, 1986.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. Prazo para impugnar a paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, RS, n. 13, p. 13-23, abr-maio-jun. 2002.

DIREITOS EXISTENCIAIS E OS ENTES MORAIS. DO DIREITO À INTIMIDADE DA PESSOA JURÍDICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUÇÃO FEDERAL E DO CÓDIGO CIVIL.

Wesley Tomaszewski[*]

RESUMO

O presente artigo tem por escopo debater a aplicabilidade/incidêndia do direito personalíssimo à intimidade e a vida privada aos entes morais. Tal problemática foi gerada por magistério da doutrina que após uma construção jurídico-jurisprudencial assegurou as pessoas jurídicas direitos de ordem personalíssima, como a honra e a imagem, bem como a garantia de indenização a tal título. Destarte, vê-se a possibilidade do direito à intimidade percorrer a mesma vereda.

PALAVRAS-CHAVES: PESSOA JURÍDICA; DIREITOS EXISTENCIAIS; DIREITO À INTIMIDADE;

ABSTRACT

The present article has for mark to debate the applicability of the right to the intimacy and the private life to the moral beings. Such a problem was generated by teaching of the doctrine that after a construction juridical-jurisprudencial it assured the legal entities right of order private, as the honor and the image, as well as the compensation warranty the such title. Like this, sees himself the possibility of the right to the intimacy to travel the same path, in spite of the limitation created by the legislator infraconstitucional in face of the Constitutional dispositions.

KEYWORDS: LEGAL ENTITY; EXISTENTIAL RIGHTS; RIGHT TO THE INTIMACY;

[*] Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo CESUSC/BB&G. Bolsista CAPES.

1. Introdução

Hodiernamente, observa-se o respeito a dignidade da pessoa humana como objetivo central da republica e a tônica dos sistemas constitucionais. Tal tutela, transpôs as barreiras setoriais existentes entre público e privado, bem como superou a técnica binomial – ressarcitória e repressiva, de forma a promover e salvaguardar as prerrogativas mais congênitas do homem.

Destarte, atrelado a dignidade de pessoa humana, encontra-se o desenvolvimento perene da personalidade, que pode ser compreendida como o conjunto de caracteres do próprio indivíduo e as suas projeções na sociedade em que vive.

Ato contínuo, depreende-se a compreensão de assegurar valores inerentes ao corpo e a alma da pessoa revelando uma orientação antropocêntrica do direito, o que é amplamente dissecado pela doutrina, ou seja, os ditos direitos personalíssimos intrinsecamente associados a efígie humana e outras projeções da pessoa natural.

Nessa ordem de idéias, caminha a construção da conceituação dos direitos da personalidade, resultantes dos desdobramentos da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, que ora se apresenta expressamente considerada no corpo constitucional como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Tal norte, não pode ser olvidado pelo legislador infraconstitucional de forma a atender o ditame constitucional e preparar o ordenamento a luz dos mandamentos do texto maior. Seguindo esta seara caminhou o *codex* civil pátrio que trouxe em seu bojo um capítulo denominado “Dos Direitos da Personalidade”.

A rigor, percebe-se que o fundamento de existência dos direitos da personalidade é assegurar o respeito a dignidade humana e que esta seja feita de forma integrada entre o texto constitucional e demais ramos do ordenamento jurídico.

Não obstante, tal orientação e adentrando ao tema epigrafado, questiona-se a aplicabilidade e o alcance desses direitos às denominadas pessoas jurídicas, que são permeadas por valoração diversa da até então vislumbrada, e que devem ser consideradas pelo intérprete, como a ótica de mercado, obtenção de lucro e, contemporaneamente a socialidade das instituições jurídicas.

Ou seja, valores e princípios distintos dos que envolvem a pessoa física. Em que pese, esta permeabilidade valorativa diferenciada, no concernente a aplicabilidade dos direitos da personalidade as pessoas jurídicas, esta é assegurada pela construção jurisprudencial e por dispositivo expresso do ordenamento civil. Entretanto, a problemática é gerada tendo por base a locução trazida à baila pela aludida codificação, a qual dispõe: "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, **no que couber**, a proteção dos direitos da personalidade."[1](grifo nosso)

Nesse sentido, suscita-se a incidência ou não de direitos como a intimidade e a privacidade, diga-se de passagem que a exatidão e alcance dos conceitos merecem análise, são aplicados a ficção da pessoa jurídica e sem olvidar-se ao fato de, potencialmente ocorrer, atrás do manto da pessoa jurídica encontrar-se o empresário individual.

Alinhadas, essas breves considerações iniciais, o presente artigo tem por escopo percorrer os direitos da personalidade no concernente às pessoas jurídicas, em especial o direito à intimidade e a aplicabilidade/alcançe deste as aludidas instituições.

2. Desenvolvimento: Considerações Gerais – Origem dos Direitos da Personalidade no Brasil. Dispositivos legais e construção jurídico-jurisprudencial. Adoção doutrinária dos Direitos Personalíssimos às Pessoas Jurídicas.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, necessário se faz como forma de localizar o leitor em uma linha temporal e de discussões doutrinárias, tecer algumas considerações acerca da positivação dos direitos da personalidade em terras tupiniquins, bem como a absorção e aplicabilidade destes direitos às pessoas jurídicas.

Em nossa pátria, a tutela dos direitos da personalidade surgiu, fundamentalmente, com o advento da Constituição de 1988, como consagração do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF)[2], que ocupa posição superior no ordenamento jurídico de forma a orientar o legislador e incidir imediatamente.

[1] Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil.
[2] Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 1º A república Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III.A dignidade da pessoa humana.

Em que pese, disciplinarem matéria de natureza privada os direitos personalíssimos foram, primeiramente, assegurados pelo texto constitucional. Em atenção, a carta maior, a legislação infraconstitucional apenas ratificou e arrolou alguns direitos da personalidade, de forma que não seria equívoco *reconhecer que os direitos da personalidade são terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional.*[3]

A partir daí, tudo aquilo que diz respeito à natureza do ser humano e inerente a este passaram a ser denominados de "Direitos da Personalidade", como a vida, a liberdade (de pensamento, filosófica, religiosa, política, de expressão, dentre outras), a proteção a integridade física e psicológica. Nesse sentido, sintetizando estas idéias, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[4] conceituam os direitos em apreço *como aqueles que têm por objetos os atributos físicos, psíquicos morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.*

Sem dúvida, toda essa disposição foi destinada à proteção da pessoa física, já em relação às pessoas jurídicas, o tema não comporta tanta tranqüilidade. Ao contrário, as discussões foram bastante controvertidas.

Pode-se dizer que, dois motivos contribuíram para que somente contemporaneamente fosse reconhecida a possibilidade da pessoa jurídica ser sujeito de direitos da personalidade. Reconhecimento este que ainda não é unânime na doutrina civilista.

Primeiramente, aduziu-se quanto a própria aceitação da personificação dos entes morais, que foi objeto de intensos debates e geraram uma plêiade de teorias algumas, inclusive, antagônicas[5]. Não obstante, tais linhas doutrinárias o sistema pátrio adotou a teoria da realidade Técnica de Planiol, para tal concepção a pessoa jurídica resulta de um processo técnico,

---

[3] AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*, 5ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pág. 251.

[4] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil : parte geral*. Vol. 1 / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144.

[5] a) TEORIA DA FICÇÃO (SAVIGNY) parte do pressuposto de que só o homem é sujeito de direito, sendo a pessoa jurídica uma criação do legislador, contrária à realidade mas imposta pelas circunstâncias. A pessoa jurídica assim concebida não passa de simples conceito, destinado a justificar a atribuição de certos direitos a um grupo de pessoas físicas. (ficção jurídica) (questão política e jurídica)

b) TEORIA ORGÂNICA OU DA REALIDADE OBJETIVA (OTTO VON GIERKE) Afirma que a pessoa jurídica é "uma realidade viva, um organismo social capaz de vida autônoma, e a semelhança da pessoa física, a pessoa coletiva realiza seus fins por meio de órgãos adequados".

c) TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA (PLANIOL) para tal concepção a pessoa jurídica resulta de um processo técnico, a personificação, pelo qual a ordem jurídica atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios. A essência não consiste no ser em si, mas em uma forma jurídica, pelo que se considera tal concepção como formalista. A forma jurídica não é, todavia, um processo técnico, mas a "tradução jurídica de um fenômeno empírico", sendo a função do direito apenas a de reconhecer algo já existente no meio social.

denominado de personificação, pelo qual a ordem jurídica atribui personalidade a grupos em que a lei reconhece vontade e objetivos próprios.

A teoria da realidade técnica é muito aceita no cenário jurídico contemporâneo devido a previsibilidade e segurança que oferece, pois permite conhecer os efeitos que o ordenamento jurídico atribui à personalidade jurídica. Nesse sentido, encontra-se o disposto no artigo 45 do Código Civil.

> *"Art. 45. começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro de todas as alterações por que passar o ato constitutivo."*

Por segundo, os direitos da personalidade foram desde o início associados aos direitos humanos como liberdades públicas garantidas à pessoa natural para sua proteção frente ao poder Estatal. Daí também a dificuldade de alguns civilistas aceitarem a possibilidade da pessoa jurídica ser protegida na sua personalidade.

Evidenciando claramente a evolução dessas idéias, as considerações de Gilberto Haddad Jabur: *Todos os direitos da personalidade advêm do corpus, porque nele centrados; ao corpo adere a personalidade para formar o conceito de pessoa. O corpo, como ossatura, é a materialidade divina, por excelência, na qual se encarnam e da qual se propagam todos os direitos da personalidade*.[6]

Ainda nesse diapasão, conceitua Carlos Alberto Bittar: *Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa dos valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade.*[7]

Evidente, que a pessoa humana e a pessoa jurídica são tuteladas com valores e princípios distintos, tem-se a primazia da pessoa humana ao revés da instrumentalidade da Pessoa Jurídica, ou seja, o valor do sujeito pessoa física é, sem dúvida, diverso do ente moral.

Nesse sentido, durante todo o processo de criação e evolução dos direitos da personalidade, a pessoa jurídica sempre esteve excluída, idéia que norteou parte da doutrina e que

---

[6] JABUR, Gilberto Haddad. *Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil* in Questões Controvertidas no Novo Código Civil. coordenação Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, São Paulo: Editora Método, 2003.

[7] BITTAR, Carlos Alberto. "Os direitos da Personalidade", 4ª. Edição, Ed. Forense, pág.1.

entende sendo apenas a pessoa física detentora de direitos da personalidade. Quanto a esta distinção e acobertando de tutela as ficções jurídicas, pondera Gustavo Tepedino: *é certo que a pessoa jurídica, criada pelo homem e dotada de uma personalidade jurídica que com a dele possui semelhança, é merecedora de tutela do ordenamento, assumindo, em alguns casos, uma falsa semelhança com a tutela da personalidade humana.*[8]

Seguindo esta ordem de idéias, entre os que são contrários à aceitação de direitos de personalidade para a pessoa jurídica, as lições do autor italiano Pietro Perlingieri, que colocou a questão nos seguintes termos:

> *"Para as pessoas jurídicas, o recurso à cláusula geral de tutela dos "direitos invioláveis" do homem constituiria uma referência totalmente injustificada, expressão de uma mistificante interpretação extensiva fundada em um silogismo: a pessoa física é sujeito que tem tutela: a pessoa jurídica é sujeito; ergo, à pessoa jurídica deve-se aplicar a mesma tutela."*[9]

Com base nessa linha doutrinária, verifica-se que, os direitos da personalidade são destinados à tutela da dignidade da pessoa humana. Entretanto, outras vozes se levantaram no sentido de conferir proteção às pessoas jurídicas em sua esfera dos direitos da personalidade. Com esse entendimento, Elimar Szaniawski afirma que *o fato de a pessoa jurídica ter personalidade reconhecida pela ordem jurídica faz com que automaticamente devam ser reconhecidos e tutelados os atributos e prolongamentos desta personalidade*[10].

Ainda nesse esteio, Francisco Amaral:

> *Não obstante a teoria dos direitos da personalidade ter-se construído a partir de uma concepção antropocêntrica do direito, isto é, a pessoa natural como referência, também se admite serem as pessoas jurídicas titulares desses mesmos direitos, particularmente, no caso de direito ao nome, à marca, aos símbolos e à honra, ao crédito, ao sigilo de correspondência e à particularidade de organização, de funcionamento e de know how.*[11]

Essa é a posição defendida por Carlos Alberto Bittar:

> *"Por fim, são eles (direitos da personalidade) plenamente compatíveis com pessoas jurídicas, pois, como entes dotados de personalidade pelo ordenamento positivo (Código Civil de 16. arts. 13, 18 e 20) fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua esencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca a*

---

[8] Tepedino, Gustavo. Jornada de Direito Civil (Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior – organizador) Brasília: CJF, 2003. p.116.

[9] Pietro Perlingieri, "Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional", 2ª. Edição, Editora Renovar, pág. 157.

[10] SZANIAWSKI, Elimar. Considerações sobre o Direito à intimidade das pessoas jurídicas. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 657, jul/1990, p.27.

[11] Amaral, Francisco. Direito Civil – Introdução, 5ª edição, Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar.

> *símbolos e à honra. Nascem com o registro da pessoa jurídica, subsistem enquanto estiverem em atuação e terminam com a baixa do registro, respeitada a prevalência de certos efeitos posteriores, a exemplo do que ocorre com as pessoas físicas (com, por exemplo, como o direito moral sobre criações coletivas e o direito à honra)".*[12]

Não obstante, tal embate doutrinário, ao longo da última década arrefeceu-se o entendimento de incompatibilidade dos direitos personalíssimos aos entes morais e as discussões cresceram muito em prol da tutela da personalidade da pessoa jurídica, de forma a sedimentar o entendimento da incidência destes direitos sobre elas. Destarte, desenvolveu-se um novo foco, a saber quais direitos seriam aplicados a pessoa jurídica e se esta ensejaria reparação a título de danos morais.

Tal foco é devido pois no dia 20/10/1999 foi publicada a súmula 227 do STJ, com a seguinte redação *A pessoa Jurídica pode sofrer dano moral.* E posteriormente, aos 10/01/2003 entrou em vigência o artigo 52 do Código Civil *Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.*

Reconhecida a possibilidade da pessoa jurídica ser titular de direitos da personalidade pelo ordenamento legal, resta tentar identificar, dentre aqueles direitos, quais seriam compatíveis com sua natureza, devido a vagueza de seus dispositivos e a amplitude de suas locuções.

Nesse sentido, discute-se no cenário jurídico-jurisprudencial e doutrinário qual seria a abrangência e aplicabilidade dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. Sendo que, o primeiro direito a ser evidenciado, até pela sua incidência cotidiana, foi o direito à honra da pessoa jurídica. Quanto ao aludido direito, eis o entendimento de Carlos Alberto Bittar: *prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro* e engloba ainda *o sentimento pessoal de estima ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva).*[13]

É possível evidenciar que, o autor aludido no parágrafo anterior, apresenta uma conceituação e incidência mais abrangente dos direitos da personalidade as pessoas jurídicas.

---

[12] Bittar, Carlos Alberto, Os direitos da personalidade, 2º ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.
[13] BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da Personalidade, pág.125.

Ainda nessa linha extensiva de incidência dos direitos personalíssimos, Roberto Senise Lisboa entende que; às pessoas jurídicas podem ser atribuídas apenas os direitos psíquicos e morais, e não os físicos, partindo da sua classificação de direitos da personalidade em: a) direitos físicos: integridade física, corpo e partes separadas, cadáver e partes separadas, imagem, voz e alimentos: b) direitos psíquicos: integridade psíquica, liberdade, intimidade, sigilo, convivência social; c) direitos morais: identidade, honra, educação, emprego, habitação, cultura, criações intelectuais.[14]

As lições de Maria Helena Diniz apontam que *as pessoas jurídicas têm direitos da personalidade como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva, à imagem, ao segredo etc., por serem entes dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico-positivo*[15].

Hodiernamente, a honra objetiva da pessoa jurídica é amplamente tutelada pelo ordenamento jurídico e Tribunais Pátrio.

As considerações, até então tecidas foram realizadas com o condão de apresentar ao leitor o processo de absorção dos direitos da personalidade pelas pessoas jurídicas e pelo fato de alguns deles ainda estarem em processo de construção jurídico-jurisprudencial, como é o caso do direito à intimidade.

3. Direito à intimidade da pessoa Jurídica. Considerações gerais. Conceituação. Direito à intimidade – segredos do negócio. Aplicabilidade às pessoas jurídicas. Redação do Artigo 22, III, d) da Lei 11.101/05 – uma crítica.

> *"**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas**, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"* Constituição Federal, artigo 5º, inciso X. (grifos nosso)
>
> *"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"* Constituição Federal, artigo 5º, inciso XII.
>
> *"**A vida privada da pessoa natural é inviolável**, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma."* Código Civil, Artigo 21. (grifos nossos)

[14] LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil: Teoria do Direito Civil. 3 ed. São Paulo: RT, 2003, pág. 251.
[15] DINIZ, Maria Helena. Novo Código Civil comentado, coordenação Ricardo Fiúza, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

Sem dúvida, um dos direitos que são extremamente controvertidos quanto à sua atribuição à pessoa jurídica, é o caso do direito à intimidade e à vida privada. Tal discussão é devida justamente por conta do dispositivo legal do Código Civil, ora epigrafado, que estabelece em seu artigo 21. *"A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma"*.(grifo nosso)

Não obstante, tal disposição legal, ainda existem outras reflexões que se fazem necessárias para uma melhor compreensão da incidência do direito à intimidade a pessoa jurídica como a própria conceituação de intimidade e privacidade.

É comum dentro da manualística, encontrar-se diversas denominações para o direito à intimidade, tal variedade de nomenclaturas é devida as importações do direito alienígena como o direito norte-americano ao referir-se ao *right of privacy* ou *right to be alone*, a referência espanhola ao *derecho a la esfera secreta*, o direito francês do *droit à la vie privée* e no direito italiano o *diritto alla riservatezza*.

Diante disso, a incidência de denominações além de direito à intimidade, como direito a vida privada, ao resguardo, ao segredo, dentre outros que podem ser utilizados, os autores acabam por empregar expressões diversas que dificultam ainda mais a precisão do termo intimidade, bem como a abrangência do instituto. Assim, este acaba por adquirir característica própria de cláusula geral ou preceito jurídico indeterminado e, por conseguinte, apresenta tão somente uma diretriz cabendo a doutrina delinear o seu alcance.

Paulo José da Costa Júnior[16], define intimidade como *a necessidade de encontrar na solidão aquela paz aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada dos olhares ávidos. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só.*

[16] COSTA JUNIOR, Paulo José da. O Direito de Estar Só. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 39.

Neste entendimento, Adriano De Cupis[17] define a intimidade (riservatezza) como *o modo de ser da pessoa que consiste na exclusão do conhecimento pelos outros daquilo que se refere a ela só.*

Ainda nesta ordem de idéias, René Ariel Dotti[18] aduz que *a intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais*. E o aludido autor noticia que em maio de 1967, em Estocolmo, foi realizada a Conferência Nórdica sobre Direito à Intimidade[19] e desta é possível perceber que *o direito à intimidade é o direito do homem de viver em forma independente a sua vida, com um mínimo de ingerência alheia*.

De uma forma mais abrangente do conceito em debate, Carlos Alberto Bittar[20] entende que *entre os direitos de cunho psíquico, nele divisamos a proteção à privacidade, na exata medida da elisão de qualquer atentado a aspectos particulares ou íntimos da vida da pessoa, em sua consciência, ou em seu circuito próprio, compreendendo-se o seu lar, a sua família e sua correspondência*.

Não obstante, quaisquer reflexões recaintes sobre a lingüística[21] da expressão intimidade e o emprego de forma sinônima com outros termos[22], o que se faz deveras necessário é a compreensão da amplitude e abrangência do termo, bem como se este se confunde com valores informadores da tutela das pessoas jurídicas como os segredos do negócio.

Ato contínuo, necessária atenção aos demais desdobramentos da intimidade como o sigilo de correspondências e comunicações, a preservação de ambientes a

[17] DE CUPIS, Adriano. Os Direitos da Personalidade**,** trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 129.
[18] DOTTI, René Ariel. Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.
[19] Op. cit. p.73.
[20] Op. cit. pág. 110/111.
[21] Nesse sentido, Victor Drummond "não há entre os termos privacidade e privacy a similitude que a linguística talvez pudesse indicar. Ademais, é dizer que o termo privacidade já figura em nosso vocabulário corrente como sinônimo de intimidade e de intimidade da vida privada." *In* DRUMMOND, Victor. Internet Privacidade e Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 11.
[22] Nos contornos do presente artigo entenda-se intimidade e privacidade como expressões sinônimas.

interferências externas[23], a publicidade de determinados fatos ocorridos dentro das instalações das empresas, dentre tantos outros aspectos que compõem a vida privada.

Desta forma, neste momento traz-se ao lume a ponderação doutrinária acerca da amplitude do direito à intimidade e se este se confunde com outros valores que tutelam o funcionamento das pessoas jurídicas e se estes têm aplicabilidade às ficções jurídicas.

Não obstante, o comando da norma civil em dispor como aplicável o direito à intimidade, restritamente, à pessoa natural nos termos do artigo 21 do Código Civil, ainda existe uma plêiade doutrinária quanto a incidência ou não do direito em comento as pessoas jurídicas.

Discute-se se estaria o ente moral tutelado pelo direito à intimidade como incidência de direito de personalidade, se este direito seria aplicado em virtude de princípios próprios do ente moral como o sigilo comercial e industrial, a abrangência do termo intimidade, bem como se o resguardo protegido seria o da ficção jurídica ou das pessoas naturais acobertadas pelo seu manto.

Gustavo Tepedino, acredita ser inaplicável os artigos 13,14,15,16,19 e 21 as pessoas jurídicas. Todavia aduz que *a pessoa jurídica, criada pelo homem e dotada de uma personalidade jurídica que com a dele possui semelhança, é merecedora de tutela do ordenamento, assumindo em alguns casos, uma falsa semelhança com a tutela da personalidade humana. Isso ocorre, por exemplo, na proteção do sigilo industrial ou comercial, que pode assemelhar-se, mas não coincide com o direito à privacidade; assim é com o direito ao nome comercial, cuja natureza não coincide com a do direito ao nome.*[24]

Ou seja, segundo Tepedino o direito à intimidade é inaplicável às pessoas jurídicas e este não se confunde com tutelas do ordenamento conferidas aos entes morais, como o direito ao nome e sigilo comercial.

---

[23] Nesse sentido, encontra-se o disposto no inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

[24] TEPEDINO, Gustavo. Jornada de Direito Civil (Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior – organizador). Brasília:CJF, 2003, p.116.

Por outro revés, tem-se as idéias de César Fiúza que entende como possível a preservação da personalidade da Pessoa Jurídica, entretanto tal tutela é decorrente da preservação das pessoas físicas que se encontram acobertadas pelo seu manto,

> *a pessoa jurídica recebe proteção na medida em que é meio para atingir fins almejados pelas pessoas naturais. Por detrás delas estarão sempre pessoas humanas, estas sim objeto da cláusula geral de tutela da personalidade. Quando se ofende a honra da pessoa jurídica, está se prejudicando as pessoas naturais que dela dependem ou dela se utilizam para a sua realização. Daí a proteção dispensada pela Lei, por exemplo, à honra e ao nome da pessoa jurídica.*[25]

Seguindo este entendimento, tem-se a posição de José Paulo da Costa Junior que sinaliza quanto a possibilidade do ente moral ser preservado em sua intimidade, no entanto, uma tutela decorrente da necessidade de se preservar as vidas privadas dos indivíduos que integram a pessoa jurídica.

Outra ótica seria a apresentada por José Antonio B. L. Faria Correa, que entende como aplicável o direito à intimidade as pessoas jurídicas através da proteção do segredo de negócio, isto o faz nos seguintes termos:

> *A posse de um segredo sobre processo industrial novo ou informações estratégicas que, como se viu retro, podem consistir em lista de clientes e fornecedores, dá nascimento a uma panóplia de direitos e pretensões. Há, primeiramente, direitos de personalidade, consistentes em velar pela intimidade, alinhados dentre os direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República. O direito à intimidade inscreve-se dentre as grandes realizações do processo civilizatório.[...] O direito à intimidade, exprime-se não só pelo respeito aos segredos de negócio como, também, pela proteção ao sigilo epistolar ao sigilo bancário, ao sigilo profissional, etc.*[26]

Ou seja, segundo estas idéias a intimidade da Pessoa Jurídica seria preservada não decorrente de um direito personalíssimo, mas sim em virtude da incidência de princípios próprios dos entes morais.

Já a doutrina protetora da preservação da privacidade da pessoa jurídica como ressoante de direito personalíssimo, arrolam este ao lado do direito à honra objetiva e ao nome. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coellho entende que *os direitos da personalidade que cabem nas pessoas jurídicas têm por objeto o nome, imagem, vida privada e honra*[27].

Nessa linha, manifesta-se Gilberto Haddad Jabur *a pessoa jurídica reúne – não decerto com a mesma qualidade que a pessoa natural, mas de acordo como que necessita*

[25] FIUZA, César. Direito Civil:curso completo.6ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.143.
[26] Faria Correa, José Antonio B. L., "A Atual Proteção aos Segredos Industriais e de Negócios", Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Industrial, 1998, págs. 145 e seguintes.
[27] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003, p.260.

para a consecução se seus fins -, predicados responsáveis pelo êxito ou insucesso de uma longa e, dificilmente estimável empreitada. Nesse sentido, *merecem todos devida valoração. Identificam-se, com realce, o bom nome, a honra objetiva, a imagem, e a própria intimidade, dos quais derivam o prestigio e o crédito, o respeito a consideração*.[28]

Ainda nesse diapasão de incidência do direito à intimidade da pessoa jurídica como desdobramento de direito da personalidade, encontram-se as idéias de Carlos Alberto Bittar:

> *Desse direito desfruta também a pessoa jurídica, que, a par do segredo, faz jus à preservação de sua vida interna, vedando-se, pois, a divulgação de informações de âmbito restrito. Há, inclusive, normas legais que proíbem a difusão de dados de cunho confidencial na empresa (assim no âmbito societário, no plano da publicidade; das comunicações). Mas, de outro lado, por exigências do mercado, ficam certas empresas obrigadas a divulgar informações (as companhias abertas), integrando-se, aliás, em mecanismos regulamentares próprios de fluxos de dados, sob controle estatal.*[29]

Comungando deste entendimento as lições de Elimar Szaniawski:

> *Obviamente entendemos que o direito à intimidade genérico das pessoas jurídicas é diverso e não se identifica perfeitamente com o direito geral à intimidade das pessoas naturais. Não possui a pessoa jurídica uma vida familiar. Mas durante sua existência, cresce, se desenvolve e cumpre suas funções sociais e pessoais, necessitando, portanto, de uma esfera íntima que possibilite este desenvolvimento e o cumprimento de sua função social.*[30]

O aludido autor prossegue e esclarece que a tutela da intimidade da pessoa jurídica não se confunde com a das pessoas naturais que integram a sociedade. Isto o faz nos seguintes termos *Os prejuízos decorrentes dos atos de indiscrição praticados por terceiros, através da intrusão na intimidade da pessoa coletiva não serão de seu presidente, nem dos sócios, e muito menos dos funcionários da pessoa jurídica, que têm seus salários e direitos garantidos por lei.* E prossegue aduzindo que quem sofrerá *os danos pelos ilícitos praticados será somente a pessoa jurídica, não a pessoa de seus sócios, e muito menos a soma das vidas privadas de seus vários componentes, pessoas naturais*.

Por fim, cabe anotar a posição de Rui Stocco, que apresenta o seguinte entendimento:

> *Não se pode deslembrar que a pessoa jurídica é detentora de personalidade e imagem próprias. Tem sua própria identidade, que não se confunde com a dos sócios dela*

[28] JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.p.279.
[29] Op. cit. Pág. 110.
[30] Szaniawski, Elimar "Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas", em RT 657, julho de 1990.

> *integrantes [...] Por essa razão não há como afirmar que a vida privada da pessoa jurídica seja a soma das diversas vidas privadas de seus vários componentes. Não se pode confundir a pessoa jurídica da pessoa física de seu sócio ou sócios. Assume identidade peculiar e projeta imagem distinta da dos seus componentes. [...] O ingresso nas questões interna corporis da sociedade constitui agressão à sua intimidade e não dos sócios.*[31]

Diante desse posicionamento, necessário se faz sinalizar concordância. Uma vez que, a defesa da intimidade é fundamental para o desenvolvimento das pessoas e encontra esteio no texto constitucional, não obstante a restrição gerada pelo legislador infraconstitucional, a melhor doutrina posiciona-se no sentido da incidência do direito em comento aos entes morais. Destarte, devido o ordenamento jurídico ter conferido personificação as sociedades, associações, fundações e empresários individuais ao se falar em pessoas deve-se compreender tanto as naturais como as jurídicas.

Por fim, e até como forma de justificar o comungo ao posicionamento doutrinário amplamente apresentando, necessário se faz tecer algumas considerações quanto ao Artigo 22, III, d) da Lei de Falências (Lei 11.101/05) positivado com a seguinte redação

> *Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta lei lhe impõe:*
>
> *[...]*
>
> *III- na falência*
>
> *[...]*
>
> *d) **receber** **e** **abrir** a correspondência dirigida ao devedor, **entregando** a ele o que não for assunto de interesse da massa;*(sem destaque no original)

Da interpretação do dispositivo legal, através da ordem dos verbos elencados, vislumbrar-se uma possível ofensa ao direito à intimidade da pessoa jurídica e potencialmente de seus sócios ou dirigentes. Uma vez que, o comando da norma determina, primeiramente, o recebimento da correspondência, seguido de sua abertura e finalmente a separação do que seja ou não de interesse da massa.

Da leitura da norma epigrafada, percebe-se que esta ofende a linha doutrinária que preserva a intimidade da pessoa jurídica como decorrente da soma das vidas privadas dos seus integrantes, bem como da parcela da doutrina que compreende a existência de uma privacidade distinta de seus sócios.

---

[31] Stocco, Rui. "Tratado de Responsabilidade Civil", Editora Revista dos Tribunais. 5ª Edição, pág. 1351.

Entretanto, a presente crítica poderia estar eivada de erros e equívocos. Nesse momento, alguns leitores diriam: olvidou-se o autor quanto a situações jurídicas em que se constata uma certa relativização dos direitos personalíssimos como é o caso da falência! Quanto a estas situações manifestou-se Adriano De Cupis colacionando as idéias de Santoro Passarelli: *Dois actos emanados da autoridade pública têm o poder jurídico de diminuir a honra pessoal: a condenação penal e a declaração de falência. A esta legitima diminuição da honra correspondem, em tais casos, determinadas limitações da capacidade do sujeito.*[32]

Percebe-se que tal justificativa doutrinária encontra guarita no concernente ao embate entre direito personalíssimo e o interesse público. Destarte, questiona-se a real necessidade, dentro da problemática ressaltada, de primeiramente proceder a abertura da correspondência para a posterior separação do que seja de interesse da massa?

Alguns leitores responderão ao questionamento aduzindo que a *práxis* caminha por outras searas diversas da expressa no dispositivo infraconstitucional, bem como de que a interpretação ora encenada é inadequada, considerar-se também os que concordem com a existência de uma relativização de direito da personalidade em prol de um interesse público e que o caso em tela se apresenta dentro destes pressupostos.

Encontra-se, também, a possibilidade da solução estar ampara pelo Direito Civil Português que compreende os contornos e limites da tutela da privacidade como definidos em conformidade com a casuística e a condição peculiar das pessoas envolvidas[33]. Desta forma, estaria a violação justificada.

Não obstante, mantêm-se o entendimento de que o embate é desnecessário em virtude da problemática estar localizada na ordem dos verbos compreendidos no corpo do artigo de lei, e que, a simples mudança organizacional atalharia a potencialidade de ofensa de direito à intimidade de entes morais e, principalmente, de empresários individuais.

Como dito, a problemática ressaltada pode ter sido oriunda de equívoco ou erro, ou que esta fica adstrita ao plano da norma não atingindo concretude. Entretanto, de qualquer sorte, a redação do artigo merece a crítica aqui sinalizada.

---

[32] De Cupis, Adriano. O Direito à honra e o direito ao resguardo pessoal RT 110/145 pág. 118.

[33] Nesse sentido encontra-se o Código Civil Português em seu artigo 80, "alínea 1) todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem; alínea 2) a extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas".

4. Considerações Finais

Em sede de considerações finais, em apertada síntese, é possível alinhar que o direito à intimidade revela-se como atributo necessário para o desenvolvimento das potencialidades de uma pessoa. Ela compreende aspectos matérias e espirituais que se encontram jungidos ao seu titular.

Desta feita, diante da ressoante leitura do direito a intimidade como fundamento basilar da tutela da pessoa natural oriunda de uma orientação antropocêntrica do direito, gerou uma reluta por parte da doutrina civilista em brindar as pessoas jurídicas com tal tutela.

Não obstante, tal resistência arrefeceu-se e, hodiernamente, a melhor doutrina acautela a proteção da personalidade dos entes morais. Outrossim, essa mesma doutrina no concernente ao direito à intimidade busca esteio em mandamentos constitucionais e vale-se, semelhantemente, de locuções trazidas pela codificação civil.

Nesse sentido, deveras necessária a releitura dos dispositivos do ordenamento codificado civil e da legislação infraconstitucional conforme a Constituição Federal, uma vez que a restrição realizada no artigo 21 do Código Civil ao contornar os limites da privacidade exclusivamente as pessoas naturais, bem como a potencialidade de ofensa ao direito em apreço ofertada pelo disposto no artigo 22, III, d) da Lei de Falências, não encontram esteio e razão de existência.

É notória a vagueza e imprecisão de alguns princípios e valores entalhados no corpo constitucional. Sem dúvida, cabe ao legislador infraconstitucional alinhar os contornos destes mandamentos, entretanto deve o fazer sem se olvidar as lições da doutrina pátria, os entendimentos dos Tribunais e até as orientações do direito alienígena.

Por fim, evidencia-se que a incidência de direitos personalíssimos às pessoas jurídicas é resultado de criações/transformações dentro das relações sociais que imediatamente são observadas pela doutrina, que por sua vez, vai oportunizar a construção jurídico-jurisprudencial que sobejará na tutela desses direitos. Outrossim, fora com a aplicabilidade do

direito à honra e a reparação a título de danos morais aos entes morais, indubitavelmente assim procederá a observância a intimidade das instituições jurídicas.

5. Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5 ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2003.

BITTAR,Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, 4 ed., Forense, 2000;

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O Direito de Estar Só***.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961;

DELGADO, Mário Luiz. ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil – Questões Controvertidas*, São Paulo: Editora Método, 2003.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 69.

DRUMMOND, Victor. *Internet Privacidade e Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 11.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro - Teoria Geral do Direito Civil*, 1. vol, São Paulo:Editora Saraiva, 2002.

_____. *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIUZA, César. *Direito Civil:curso completo*.6ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito da personalidade – coordenadas fundamentais*. Revista do Advogado. São Paulo: AASP, 1992.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil : parte geral*. Vol. 1 / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2002.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e direito à vida privada*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000;

_____. *Limitações ao direito à própria imagem no novo código civil*. *in* Novo Código Civil – Questões Controvertidas. São Paulo: Editora Método, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOTUFO, Renan. *Curso avançado de direito civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – Alguns Aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PERLINGIERI, Pietro *Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional*, 2ª. Edição, Editora Renovar.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo:Malheiros, 1999.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, Editora Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2001;

SZANIAWSKI, Elimar. *Considerações sobre o direito à intimidade das pessoas jurídicas*, RT 657, julho 1990.

_____. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro – Temas de Direito Civil*, 2ª Edição, Ed. Renovar, 2001.

_____. *Jornada de Direito Civil* (Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior – organizador). Brasília: CJF, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Parte Geral*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DA PESSOA QUE VIVE SÓ E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Ana Karolina Espindula Pereira*

RESUMO

O presente trabalho trata da impenhorabilidade do bem da pessoa que vive só e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Aponta-se a contradição existente entre a dignidade humana, enquanto princípio que garantia a existência mínima de condições a qualquer ser, leia-se a casa, e o rol restritivo do artigo 1º da Lei Ordinária 8.009/90 que rege o instituto do Bem de Família. A Lei 8.009/90 não faz menção à pessoa que vive sozinha. E defende-se justamente, que por ser a casa um dos direitos existentes que efetivam a dignidade, a pessoa só carece do mesmo tratamento, devendo ter seu imóvel resguardado da penhora. Para tanto, passa-se a uma breve explanação do que seria dignidade e sua origem, bem como a sucinta apresentação de outros argumentos a fim de que o sentido teleológico da norma seja respeitado. Assim, defende-se o critério da hierarquia do princípio em prevalência de uma regra infraconstitucional. Argumenta-se que a pessoa que vive só seria considerada um tipo de família, o que assim abriria as portas do rol do artigo 1º que anuncia quem pode ter seu imóvel resguardado. Após, destaca-se a constitucionalização como método interpretativo para aplicação da norma. E por fim, faz-se menção das jurisprudências que têm determinado que o bem da pessoa que vive só merece ser tratado como impenhorável.

PALAVRAS-CHAVES: IMPENHORABILIDADE, PESSOA, SOZINHA, DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

The present work deals with the restraint of mortgage of the home's of the solitary person and the Principle of the Dignity. It is pointed existing contradiction between the dignity human being, while principle that guarantee the minimum existence of conditions to any being, reads it house, and the restrictive roll of the article 1º of Usual Law 8,009/90 that it conducts the institute of the Homestead. Law 8,009/90 does not make mention to the person who lives alone. And that is exactly what is defended, that for being house one of the existing rights that accomplish the dignity, the person alone lacks of the same treatment, having to have its protected property of the distrainment. To in such a way, it is transferred one brief communication of that it would be dignity and its origin, as well as a fast presentation of other arguments so that the teleologic direction of the norm is respected. Thus, the criterion

* Ana Karolina Espindula Pereira, cursando o 9º período de Direito na FDV.

of the hierarchy of the principle in prevalence of an infraconstitutional rule is defended. One argues that the person who only lives would be considered a type of family, what thus 1º would open the doors of the roll of the article that announces who can have its protected property. After, it is distinguished constitutionalism as interpretative method for application of the norm. And finally, becomes mention of the jurisprudences that they have determined that the house of the person who only lives deserves to be treated as exempt of distrainment.

KEYWORDS: RESTRAINT OF MORTGAGE, PERSON, ALONE, DIGNITY HUMAN BEING.

INTRODUÇÃO

A dignidade comunica um dever fundamental, qual seja o de reconhecer a intangibilidade da própria existência da humanidade. Desta feita, por ser conseqüência da veneração à vida, constitui alicerce jurídico aos meios mínimos para uma vivência digna, que assim, deve ser protegida pelo Estado.

A aquisição da residência própria e sua disposição jurídica são materializações da dignidade humana. Não obstante a Lei 8.009/90 trazer a impenhorabilidade e em seu artigo primeiro expor o rol dos legitimados ao instituto, qual seja, "imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar", a interpretação que se defende é a de que o escopo da regra deverá recair sobre a pessoa como tal que à família.

O bem decorrente do ser humano que vive sozinho carece do mesmo tratamento. O artigo 1º da Lei que rege a impenhorabilidade do bem de família necessita ser decifrado consoante o significado social de sua disposição.

Há polêmica acerca da matéria tratada, em sede de doutrina e jurisprudência. Entretanto, o que ora se quer buscar e defender reiteradamente é que o entendimento da regra deve ser de cunho teleológico.

Além disso, importante tratar da matéria em comento, haja vista que o número de pessoas que possuem seu próprio lar e vivem sozinhas têm crescido consideravelmente. Tendo em

vista, que o Direito constitui-se em ser um espelho social, nada mais lógico que acompanhe essas mudanças atuais.

Portanto, em face desse contexto é que se introduz o presente trabalho, com a seguinte problemática: a impenhorabilidade deve estar adstrita à família ou deveria contemplar as pessoas que vivem sozinhas?

É clara e evidente a imprescindibilidade de se discorrer acerca dessa contradição que se apresenta, entre um instituto que não abrange a pessoa que vive só, mesmo com a garantia constitucionalmente disposta, do direito à dignidade humana. Assim é que se apresenta a total relevância do assunto ora em evidência.

Desta feita, o que se pretende comprovar, de forma sucinta é que o bem do ser humano que vive sozinho é impenhorável, à luz da dignidade humana, o que torna aplicável a ele, de forma extensiva, o artigo primeiro da Lei 8.009/90, que regula a impenhorabilidade do bem de família.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou, em seu inciso III, do artigo 1º, tal princípio como norteador de toda a ordem constitucional, cabendo ao Estado protegê-la e resguardá-la, de forma a ensejar a sua materialização através de dispositivos de lei. Assim, as demais normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais devem ser observadas por meio de tal princípio. Imperioso destacar que a Magna Carta não instituiu a dignidade como direito, pois justamente, se está diante de um atributo à priori, apenas constitucionalizando como princípio norteador de todo ordenamento jurídico.

Faz-se imprescindível salientar que apenas com a Magna Carta de 1988, a dignidade foi colocada como alicerce da República, o que demonstra por certo que o legislador constituinte adota a magnitude e prevalência desse princípio, como enunciado embasador e informativo de toda a ordem constitucional.

Os princípios, como mandatos de otimização, funcionam como bússolas e carregam consigo o valor constitucional, o que logicamente deduz que se não se pode deixar que sejam violados por parte do Poder Público. Pode-se verificar, se houve ou não violação dos mesmos a partir dos fins específicos que o enunciado principiológico produz, no caso em tela, se a aplicação da Impenhorabilidade apenas se aplicar ao rol apresentado no artigo 1º da Lei em comento. Assim, se determinada situação ocorre, claramente se perceberá se ela é contraditória ao princípio ou não. Se for, deve ser coibida, haja vista que se o princípio norteia, ele dita um enunciado que deve ser cumprido.

Não se poderia deixar de citar Daniel Sarmento[1], a título de conclusão da função dos princípios, no que tange à sua opinião acerca do papel desempenhado por eles, sob a ótica constitucional, senão veja-se:

> ...os princípios constitucionais desempenham também um papel hermenêutico essencial, configurando-se como genuínos valores exegéticos para a compreensão e aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais. Neste sentido, os princípios constitucionais representam o fio-condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados.

Para Ascensão, citado por Silvio Romero Beltrão[2], vale o destaque no que tange à dignidade como princípio fundamental e a pessoa como fim último da norma, senão vejamos:

> Em face do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se dizer que a pessoa é o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e seu fim. Sendo possível concluir que o Estado existe em função das pessoas e não o contrário, a pessoa é o sujeito do direito e nunca o seu objeto.

Mas, o que seria a dignidade humana? De início, necessário esclarecer, que o presente trabalho adota como origem de tal atributo, o ideário cristão[3], ou seja, todos os seres humanos são iguais à semelhança de Deus, o que torna a dignidade, qualidade inerente a cada pessoa.

---

[1] SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 54-55.
[2] BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.
[3] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.30.

Sendo assim, trata-se de conhecimento *a priori*, que não pode ser subtraído, extinto, ou desmerecido pelo conhecimento adquirido da experiência, leia-se assim que a dignidade não pode ser suprimida. Nesse sentido, vale destacar o entendimento de Kant[4], *in verbis*:

> Pelo que foi dito vê-se claramente que todos os conceitos morais têm sua sede e origem completamente a priori da razão, e isso tanto na razão humana mais vulgar como na mais especulativa; que tais conceitos não podem ser abstraídos de nenhum conhecimento empírico, o qual, portanto, seria puramente contingente que precisamente nessa pureza da sua origem reside a sua dignidade para nos servir de princípios práticos supremos...

Acerca da definição de dignidade humana, merece também destacar o entendimento de Sarlet[5], que, inclusive, embasa o presente trabalho, *in verbis*:

> Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

De acordo com o destaque acima, adota-se que a dignidade humana é efetivada e protegida pelos direitos ditos fundamentais.

Pode-se chegar à conclusão de que as pessoas se diferem dos objetos, justamente por serem dotadas de dignidade e isso não lhes pode ser retirado. As coisas têm preço, as pessoas não. Não seria assim possível desmistificar o valor inerente à pessoa. Assim, nesse sentido, necessário se faz a referência de Kant[6] a seguir, senão veja-se:

> ...coisas cuja existência é em si mesma um fim, e um fim tal que em seu lugar não se pode pôr nenhum outro em seu lugar, em relação ao qual essas coisas serviriam de meios, porque sem isso não haveria possibilidade de se encontrar e parte alguma qualquer coisa que tivesse valor absoluto; mas se todo o valor fosse condicional, e portanto contingente, em parte alguma se poderia encontrar para razão um princípio prático supremo.

---

[4] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 42.
[5] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62.
[6] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

A mesma pergunta, acerca do objeto da dignidade foi um dos temas tratados na obra intitulada Dignidade Humana, de Néstor Raúl Posada A[7], que inclusive resume toda essa junção que se tenta solidificar no corrente momento. Para responder à problemática, o autor utilizou-se da jurisprudência, que em sua pesquisa detinha de três tipos de delineamentos.

O primeiro deles seria a leitura da dignidade humana como autonomia ou ainda como possibilidade de determinar um caminho de vida a ser percorrido, com suas características específicas. Ou seja, seria viver ao bel prazer, da maneira como se queira viver[8]. O segundo reside no fato de que a dignidade humana seria perpetuada mediante condições materiais capazes de perpetuar uma vida boa[9]. E, por fim, na terceira concepção, a dignidade consistiria em ser a intangibilidade dos bens patrimoniais, bem como a integridade física e ainda a integridade moral[10].

Analisando a conjuntura apresentada na jurisprudência colombiana, pode-se soldar que, a pessoa é um fim em si mesma, que necessita de determinados direitos que materializem a dignidade humana, tais como o direito aos bens patrimoniais e a integridade física e moral.

A casa, como bem de família seria justamente um desses direitos inerentes à possibilidade de se viver uma vida digna, justamente por ser o local ideal para desenvolvimento de toda pessoa, além de representar segurança. Ora, todo ser precisa de um lugar em que se sinta protegido e no qual possa crescer, mesmo que se viva sozinho. A fim de destacar a importância do que seria a casa para qualquer pessoa, vale destacar o entendimento abaixo. Assim, para Rapport Français M. Grimaldi, citado por Cid[11]:

> A habitação é um valor que condiciona o desenvolvimento do indivíduo, surgindo juridicamente como o espaço fechado que garante a efectividade dos mais importantes direitos da personalidade: a protecção da sua integridade física e, no plano moral, "o seu quadro de vida privilegiado, porque quotidiano e imediato; é, muito especialmente, o lugar onde se conjugam, fora dos olhares alheios, os seus interesses afectivos: é o centro da sua esfera de intimidade, o santuário da sua vida privada".

[7] POSADA A.,Néstor Raúl. **Dignidad Humana**. Colombia: Señal Editora, 2004, p. 20-38.
[8] Ibid, p.20.
[9] Ibid, p.25.
[10] POSADA A.,Néstor Raúl. **Dignidad Humana**. Colombia: Señal Editora, 2004, p.31-32.
[11] CID, Nuno de Salter. **A protecção da casa de morada da família no direito português**. Coimbra: Almedina, 1996, p.9.

Importa ainda destacar o entendimento de Rubén Osvaldo Corfiati[12], *in verbis*:

> É como a criação de uma espécie de ilha de proteção da família, das contingências que poderiam colocá-la em fracasso no manejo da economia doméstica, assegurando ao grupo quanto menos um lugar seguro no habitar, liberado da possibilidade de embargo e execução do mesmo. (Tradução nossa)

A casa é uma das apresentações dos direitos da personalidade, por serem estes atributos da pessoa humana. Para Caio Mário da Silva Pereira[13], tal consideração é fator indissociável, sendo dados inseparáveis. Assim, conclui-se com o pensamento de Roxana C. B. Borges[14], *in verbis*:

> Os direitos de personalidade, cada vez mais desenvolvidos para uma proteção maior do ser humano, voltam-se para a realização da dignidade da pessoa. Talvez um dia venham a ser chamados de direitos da dignidade.

Assim, a proteção da casa/habitação, ou seja, o resguardo do bem imóvel que constitui o instituto da impenhorabilidade deveria abranger a todos aqueles que dispõem de um bem que sirva como residência.

A regra do artigo 1º da Lei 8/009/90 somente explicita um determinado rol de legitimados a possuírem tal garantia, não incluindo o bem da pessoa que vive sozinha. Não se pode concluir que apenas os tipos de família previstos no dispositivo da lei acima referida sejam merecedores da proteção contra a penhorabilidade.

Vale registrar que as regras jurídicas não existem de forma isolada, muito pelo contrário, é sob esse entendimento que ensina Bobbio[15], *in verbis*: "(...) as normas jurídicas nunca

---

[12] OSVALDO CORFIATI, Rubén. **Bien de familia: comentários a la ley 14.394**. Argentina: Némesis, 2000, p.18. Trecho original: es como la creación de uma especie de 'isla' de protección para la familia, de las contingencias en que puede colocarla un fracaso en el manejo de la economía doméstica, asegurando al grupo cuanto menos un lugar seguro en el que habitar, liberado de la posibilidad de embargo y ejecución del mismo.
[13] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: vol. I Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. 20.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216.
[14] BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16.
[15] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999, p. 19.

existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. [...] Esse contexto de normas costuma ser chamado de 'ordenamento'."

Para Jaap C., citado por Ávila[16] as normas jurídicas possuem um caráter deôntico-deontológico, isso, pois, "(...) deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico, por que as obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica 'o que' deve ser feito". Desta feita, imperam as "normas-do-que-fazer"[17], haja vista, prescreverem condutas, com fins específicos.

Na defesa em tela, se o instituto do bem de família não abrange a pessoa que vive só, o princípio, por si só não terá aplicabilidade em concreto, se não existir uma regra que o materialize. Caso contrário restará apenas como método interpretativo. Ou seja, a regra do bem de família, deverá ser interpretada conforme o principio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O bem de família, em resumo visa à proteção e desenvolvimento da própria família, neste caso defende-se também pela aplicação à pessoa que vive só, dotando de tal conjuntura indispensável, fator este que não pode ser desmistificado em hipótese alguma, pois, se atinge o bem, atingirá a família, cerne do Estado e isso não pode ocorrer.

Ora, a dogmática civil não consegue acompanhar essas transformações, haja vista ser tão lento o seu processo. A família é instituto que não deve ser analisado por meio de conceitos objetivos, ora, se trata de sentimento, de vínculos afetivos. O conteúdo a ser tratado é justamente o subjetivo. Defende-se aqui, que a pessoa que vive só deve ser considerada tipo de família, a chamada unipessoal.

Se, o bem que serve de residência e o instituto da impenhorabilidade são colocados como direitos a uma vida digna – é o que ora se defende no trabalho – ou seja, são direitos cujo fim

[16] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos..** São Paulo: Malheiros, 2006, p.72.
[17] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2006, p. 72. Para Aarnio citado por Ávila: Daí afirmar-se que as regras são *normas-do-que-fazer (ought-to-do-norms)*: seu conteúdo diz diretamente respeito a ações *(actions)*.

é a materialização da dignidade humana, a regra do artigo 1º, por via de conseqüência deve ser aplicada ao bem da pessoa que vive só.

Declara-se de forma límpida a contradição que se apresenta na sistemática jurídica. O problema proposto adota a existência de antinomia que se realiza perante um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional e sua aplicação no caso concreto. É fundamental que se resolva esse impasse tão complexo, qual seja determinada situação em que há uma regra prevendo tal direito, porém cujo conteúdo que vai de encontro a um princípio.

Incorre em ser assunto sobre o qual discorre Maria Helena Diniz[18], qual seja, antinomias de segundo grau[19], bem como os metacritérios para a sua solução. Verifica-se assim que se está diante de uma antinomia de segundo grau, que ocorre quando se apresenta um conflito entre o critério hierárquico com o cronológico, ou o da especialidade com o critério cronológico ou ainda, o conflito entre o hierárquico e de especialidade.

Conclui-se acerca do conflito acima mencionado, que ocorre antinomia entre os critérios hierárquico e especialidade, o que se justifica pelo fato de se estar tratando de uma norma constitucional, qual seja o Princípio da Dignidade Humana e regra infraconstitucional.

E tal justificativa apresenta-se no entendimento de Norberto Bobbio[20], senão veja-se:

> (...) deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derrogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo.

[18] DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 49.
[19] A título de complementação, Norberto Bobbio também trata do assunto em sua obra Teoria do Ordenamento Jurídico. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 10.ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 1999, p. 105-110.
[20] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10.ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 1999, p. 109.

Desta feita, pelo disposto no artigo 1º da Lei 8009/90, a impenhorabilidade recai sobre a entidade familiar. Sendo, a pessoa só considerada como uma das variações de família estaria, conseqüentemente, protegida da penhorabilidade, é o que se pretende demonstrar.

Assim, apresenta-se o segundo argumento acerca da defesa da aplicabilidade do instituto da impenhorabilidade do bem de família.

Entretanto, antes do início da explanação, imprescindível se faz expor que a luta pelo ideal, aqui exposto, compreende o lar que serve de amparo à pessoa que vive só, não por ter escolhido viver só, no caso de haver outros membros de sua família com quem possa compartilhar uma casa, mas porque é completamente só, no mais sincero significado da palavra. Além disso, no decorrer do argumento, ao deparar-se com a palavra, solteiro, leia-se também a todas as demais situações em que a pessoa se encontre na conjuntura da solidão.

A problemática paira sobre o fato de o rol que representa o que seria família, bem como os elementos que a formam, não deve ser taxativo, haja vista ser insuficiente para representar as mais variantes conjunturas familiares existentes hoje na sociedade, sem poder deixar de comentar a família unipessoal.

Nesse mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo[21] trouxe a discussão acerca do rol das entidades familiares ser ou não, *numerus clausus*, *in verbis*:

> Várias áreas do conhecimento, que têm a família ou as relações familiares como objeto de estudo e investigação, identificam uma linha tendencial de expansão do que se considera entidade ou unidade familiar. Na perspectiva da sociologia, da psicologia, da psicanálise, da antropologia, dentre outros saberes, a família não se resumia à constituída pelo casamento, ainda antes da Constituição, porque não estavam delimitados pelo modelo legal, entendido como um entre outros.

A fim de comprovar que a realidade se apresenta com a presença da família unipessoal, ou seja, composta por uma única pessoa, vale trazer em destaque a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística,[22], senão veja-se:

---

[21] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.) **Temas atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-2.

[22] Dados comparativos acerca dos tipos de família. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/censo2000_amostra/familias.html>. Acesso em: 04/11/1006.

> No período entre 1991 e 2000, o número de famílias no Brasil passou de 37,5 para 48,2 milhões. A forma de organização familiar predominante continuou sendo a formada pelas famílias com parentesco. E as famílias unipessoais (com uma só pessoa) foram as que mais cresceram.
> De 1991 a 2000, entre as famílias com parentesco, apesar do aumento do número absoluto de famílias constituídas pelo casal com filhos, houve redução da participação desse tipo de família em relação aos demais. Já as famílias constituídas por mulher sem cônjuge e com filhos registraram aumento em número absoluto e também no percentual.

Assim, não se pode simplesmente fechar os olhos para uma realidade que se constata assim, tão claramente. Tanto o é, que o próprio Instituto acima referenciado, ao realizar pesquisa visando promover um quadro comparativo do crescimento dos tipos da família, não deixou de incluir em sua análise o solteiro, leia-se, a pessoa que vive só, intitulando-a de família unipessoal.

Rita de Cássia C. de Vasconcelos[23] explica que por mais que exista uma maior amplitude do conceito de entidade familiar, para ela, a existência da família unipessoal seria algo que extrapola o alcance de família. No entanto, defende que a não aplicação da Lei 8009/90 à pessoa que reside só poderia ser observada como uma situação inconstitucional.

Nesse sentido, vale a pena destacar o entendimento de Vasconcelos[24], senão veja-se:

> No entanto, é no mínimo questionável a constitucionalidade da discriminação que se observa na letra da Lei 8009/90, onde não se consta previsão de proteção à pessoa que mora sozinha em imóvel próprio. Por isso a relevância do trabalho interpretativo do julgador, para a aplicação da impenhorabilidade legal do bem de família, sobretudo na hipótese peculiar aqui referida.

Defende-se o presente trabalho pela inclusão da pessoa que mora só como família unipessoal, formada por uma única pessoa, por três motivos.

O primeiro deles reside no fato de que a pessoa poderia ter feito parte de uma conjuntura familiar, que, não mais é possível manter, como no caso do divórcio sem filhos, do viúvo sem filhos, do órfão, do solteiro, ou seja, do ser humano que reside sozinho.

---

[23] VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do bem da família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.
[24] Ibid, p. 141.

Nesse sentido, a fim de exemplificar o argumento, ensina brilhantemente Marcial Barreto Casabona[25], *in verbis*: "(...) se torna absurdo imaginar que aquele ou aquela que enviúva deva sofrer duas perdas: a do companheiro e do status familiae".

O segundo paira no fato de que a pessoa que está só tem expectativa de um dia constituir uma família com mais de um membro, ou seja, o sozinho hoje, pode se casar amanhã, ou constituir união estável, por exemplo.

Neste segundo argumento, merece destaque o posicionamento de Casabona[26], em artigo intitulado: O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia, senão veja-se:

> Resta, por fim, analisar a questão sob o ângulo da pessoa solteira.Aqui, é importante ter-se em conta que a pessoa solteira também é uma célula, e uma célula perfeitamente capaz e passível de constituir família. *O solteiro é família em potência*.

O terceiro argumento consiste no fato de que a casa é bem no qual a pessoa de forma só ou não, se protege, se resguarda e se desenvolve. Não é preciso estar na multidão ou em conjuntura familiar, disposta no artigo 1º da Lei 8009/90, para que a pessoa possa se desenvolver e fazer jus a impenhorabilidade de seu bem.

É preciso sim, existir um determinado local, leia-se lar, para que o ser humano tenha aquele local para voltar, seria, no entendimento do estudo, um voltar para si, afinal de contas, no fundo, estamos todos sozinhos, ou seja, é preciso poder contar consigo mesmo, para depois poder contar com os outros.

Nesse sentido, acerca dos argumentos acima expostos, importa destacar o entendimento de Anderson Schreiber[27], *in verbis*:

---

[25] CASABONA, Marcial Barreto, O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o Novo código civil brasileiro: Anais do IV Congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 387.
[26] Ibid, p.387.
[27] SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: SILVEIRO RAMOS, Carmem Lúcia (Org.). **Diálogos sobre o D. Civil – Construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87.

> A proteção ao imóvel residencial, à moradia da pessoa humana, deve ser garantida mesmo nos casos de devedores solteiros, em que não há qualquer entidade familiar a ser tutelada. Habitar é fundamental para a dignidade de qualquer indivíduo, esteja ele integrado a uma família ou não. Sob o ponto de vista lógico, maior proteção até merece a moradia do solteiro, que, desprovido da convivência de familiares e entes próximos, necessita ainda mais da referência espacial pessoal para a definição e desenvolvimento da sua personalidade. Aquele que tem nos parentes e familiares um ponto de apoio está mais amparado, sob a perspectiva socio-psicológica, do que o indivíduo solitário, que, no extremo, tem como único patamar seguro o seu próprio lar, integrado pela estrutura física da habitação e pelos bens pessoais que o compõem.

Então, porque não intitular a pessoa que é sozinha como entidade familiar, consequentemente conferindo a ela, o instituto da impenhorabilidade do bem de família?

A fim de responder a pergunta, merece ser elucidada a opinião de Schreiber[28], senão veja-se:

> Todavia, a questão da impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro parece menos relacionada a uma "super-extensão" do conceito de entidade familiar, que à identificação de um novo fundamento de proteção, de uma nova função para o instituto. Com efeito, o art. 1º da Lei 8009/90 deve ser reinterpretado sob a ótica do direito constitucional à moradia, expressão e requisito da dignidade humana. Não se trata mais de proteger a entidade familiar, mas a pessoa, integre ela ou não uma família. Se a proteção ao imóvel residencial tradicionalmente se dizia concedida à célula *mater* da sociedade (a família), hoje é necessário que esta proteção se atomize, e passe a incidir também sobre aqueles que residem sós.

Ora, se a pessoa é a célula a originar toda uma estrutura, automaticamente, pode-se verificar que sim, constituiria uma conjuntura, que se adota no estudo como família unipessoal. Assim, os autores mencionados acima tendem a dar importância ao significado da pessoa de tal forma, a ponto de implicitamente, por via indireta, acabam por denominar o ser humano só, como família.

Assim, merece apontar a breve conclusão de Vasconcelos[29], abaixo em destaque:

> De qualquer maneira, a impenhorabilidade legal deve beneficiar as pessoas solteiras independentemente da existência de prole. Quando a Lei 8.009/90 faz menção ao imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, torna claro o objetivo de proteger a moradia. Além disso, ao utilizar a expressão entidade familiar, admite que a proteção alcance pessoas solteiras.

---

[28]SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: SILVEIRO RAMOS, Carmem Lúcia (Org.). **Diálogos sobre o D. Civil – Construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

[29] VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do bem da família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

Desta feita, a Lei ordinária 8.009/90 ao alcançar o solteiro, ou ainda, qualquer conjuntura em que o ser humano se apresente solitário, na concepção que se defende, de forma presumida estar-se-á legitimando a família unipessoal dentre as entidades familiares, que por sua vez, pela previsão do artigo 1º da Lei acima, concede a ela fazer jus à impenhorabilidade.

O movimento da constitucionalização do direito civil, movimento este recente no Brasil[30], servirá como costura no trabalho, por defender a leitura do direito civil – diga-se, também, a legislação específica ligada ao direito civil, tal qual é a Lei 8.009/90 – realizada, através dos valores previstos na Constituição Federal de 1988. Assim o sendo, deve o direito civil ser aplicado de acordo com os princípios fundamentais, em destaque, o Princípio da Dignidade Humana.

Merece destaque o entendimento de Luís Roberto Barroso[31] acerca da constitucionalização do Direito, senão veja-se:

> A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.

O que se quer fazer consolidar é o fato de que a regra infraconstitucional da impenhorabilidade que recai apenas à família constituída pelo casamento e a entidade familiar, disposta no artigo 1º da Lei 8.009/90 deve ser aplicada e interpretada consoante o princípio constitucional da dignidade humana, o que por sua vez, ensejaria na aplicação do instituto à pessoa que vive só, por ela deter de tal qualidade, que lhe é inerente, qual seja a

[30] BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público,** Porto Alegre, Ano VII, nº 33, p. 13-54, set/out 2005, p.32.
[31] BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público,** Porto Alegre, Ano VII, nº. 33, p. 13-54, set/out 2005, p. 24-25.

da dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Mas, como se realiza tal movimento na prática? Dentre os métodos usados por Luís Roberto Barroso, e são de certa forma, muitos; a fim de não exaurir o tema, especifica-se apenas o da interpretação conforme a constituição[32], adotado pelo trabalho.

Imperioso destacar tal atuação na prática, sob o enfoque de Barroso[33], *in verbis*:

> Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:
> [...]
> d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
> I) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
> II) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

Assim, sem muito desejar aprofundar-se no assunto, adota-se a alínea "d", bem como o inciso I acima explicitado. Desta feita, a norma infraconstitucional, qual seja o artigo primeiro da Lei 8.009/90, que rege a impenhorabilidade do bem de família, deve ser lida da melhor forma que realize o sentido e o alcance da dignidade humana, o que ensejaria de imediato a abrangência do instituto ao bem da pessoa humana, que vive só.

No trabalho proposto, a jurisprudência incorre em ser o quarto argumento a fim de defender a aplicação da regra do artigo 1º da Lei 8.009/90 ao bem da pessoa que vive só. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira tem se apresentado de forma bastante favorável ao entendimento adotado no estudo desenvolvido.

A concreta aplicação da impenhorabilidade do bem de família ao bem do ser humano sozinho, diante da jurisprudência apresentada ao trabalho, fecha-se com tamanho

[32]BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público,** Porto Alegre, Ano VII, nº. 33, p. 13-54, set/out 2005, p. 34.
[33] Ibid, p.34.

brilhantismo acerca da matéria, o voto pelo Ilustre Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de divergência, cuja relatoria coube ao Excelentíssimo Senhor Ministro Relator, Sálvio de Figueiredo Teixeira, senão vejamos:

> O acórdão recorrido declarou impenhorável, por efeito da Lei 8.009/90, o imóvel onde reside, sozinho, o executado (ora embargado). Já o acórdão paradigma afirma que o conceito de família, não é a pessoa que mora sozinha. Para este último aresto, família é um tipo de associação de pessoas.
> Não se concebe, assim, família de um só indivíduo. Na origem de tal divergência está o Art. 1º da Lei 8.009/90, a dizer que: "O imóvel residencial do próprio casal ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei". O acórdão embargado está resumido nestas palavras:
> "RESP - CIVIL - IMÓVEL - IMPENHORABILIDADE. A Lei n.º 8.009/90, do art. 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantido-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável, ou descendência. Não se olvidem ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e como, normalmente acontece, passam a residir em outras casas. "Data venia", a Documento: 351533 - VOTO VENCEDOR - Site certificado Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça- Lei nº 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário - à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, "data venia", põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal." Esse dispositivo formou-se na linha de interpretação ampliativa que o Superior Tribunal de Justiça desenvolve sobre Art. 1º acima transcrito. Como registra o eminente Ministro Relator, nossa jurisprudência declara sob o abrigo da impenhorabilidade, a residência; a) da viúva, sem filhos (REsp. 276.004/Menezes Direito); b) de pessoa separada judicialmente (REsp 218.377/Barros Monteiro); c) irmãos solteiros (REsp 57.606/Alencar). Esses três exemplos, lembrados pelo Ministro Relator, indicam a percepção de que o legislador, ao utilizar a expressão "entidade familiar" não se referiu à família coletiva, mas àqueles entes que a integram (irmãos solteiros) ou dela são remanescentes (viúva ou divorciado). De fato, não teria sentido livrar de penhora a residência do casal e submeter a essa constrição a casa, onde um dos integrantes do casal continua a morar, após o falecimento de seu cônjuge. A interpretação teleológica do Art. 1º revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. Ao conduzir a formação do acórdão embargado, o Ministro Vicente Cernicchiaro enxergou, com nitidez, o bem jurídico para cuja proteção foi concebido o Art. 1º da Lei 8.009/90. A decisão construída a partir de tal percepção merece nossa homenagem e confirmação. Peço vênia ao eminente Relator, para rejeitar os embargos. (Min. Humberto Gomes de Barros). (STJ - Embs. de Div. em Resp. 182.223 - SP - Rel.: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira - J. em 06/02/2002 - DJ 07/04/2003)[34]

[34] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário. Lei 8.009/90. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 182.223/SP.

Houve brilhantismo no voto acima referenciado, haja vista ter conseguido unir todos os elementos necessários à compreensão de que o bem da pessoa que vive só merece ser resguardo tanto quanto os dispostos na regra do artigo 1º da Lei 8.009/90, haja vista, a importância existente na palavra lar, bem como família.

Assim, é possível verificar que todo o ordenamento deve ser interpretado de acordo com o valor capital da dignidade humana, inclusive a regra do artigo 1º da Lei 8.009/90, ou seja, em decorrência do ser humano solitário ter inerente a ele a dignidade humana e devido à importância que a casa possui a toda pessoa enquanto família, mesmo que unipessoal, o artigo 1º deve ser lido de forma teleológica, justamente pela força que o princípio constitucional confere.

Não se defende a aplicação da impenhorabilidade apenas para a pessoa completamente só. Muito pelo contrário, acredita-se sim que deve o bem imóvel tido como impenhorável, servir para resguardar a família, mas não somente ela, haja vista que o alcance da norma (assim deveria ser e defende-se isso) atravessa o instituto do bem de família, trazendo uma leitura teleológica da norma.

O movimento da constitucionalização do direito civil bem mostra que o campo civil, bem como as leis especiais, devem ser observadas, interpretadas e aplicadas, de acordo com os preceitos constitucionais.

Desta feita, os bens do ser humano que vive só, são impenhoráveis, à luz da dignidade da pessoa humana, o que torna inconstitucional o artigo primeiro da Lei 8.009/90, que rege a impenhorabilidade do bem de família. Tendo em vista, que o Direito constitui-se em ser o reflexo social, nada mais lógico que caminhe junto com as mudanças atuais, ensejando na proteção do bem da pessoa que reside só; bem, este, que se destina ao lar, que deve ser isento de penhora, em defesa de uma vida digna.

Iracema Sanguim e Benedito Guimarães da Silva. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06/02/2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/11/2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regra do artigo 1º da Lei 8.009/90 é incompatível com o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. A aplicação da penhora sobre o bem imóvel da pessoa que vive só, sendo solteiro, viúvo, divorciado, órfão repercute em ser nada mais que injustiça.

Os argumentos na defesa de tal extensão da aplicação da regra baseiam-se por meio da função e aplicação dos princípios, da dimensão da Dignidade da Pessoa Humana, por meio da constitucionalização do direito civil, a apresentação da família unipesssoal e a aplicação da jurisprudência brasileira.

E assim, não pode ser, justamente, pela previsão da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio constitucional fundamental, que rege não só a Magna Carta, mas também todo o ordenamento jurídico. Foi-lhe imputado à característica de ser princípio, justamente, com o escopo de servir como bússola a ser seguida, para dirimir os momentos conflituosos, bem como preencher espaços, onde não há regulamentação.

Não se defende a aplicação da impenhorabilidade apenas para a pessoa completamente só. Muito pelo contrário, acredita-se sim que deve o bem imóvel tido como impenhorável, servir para resguardar a família, mas não somente ela, haja vista que o alcance da norma (assim deveria ser e defende-se isso) atravessa o instituto do bem de família, trazendo uma leitura teleológica da norma.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos..** São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público,** Porto Alegre, Ano VII, nº 33, p. 13-54, set/out 2005, p.32.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 23.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10.ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 1999, p. 109.

BORGES, Roxana C. Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.16.

CASABONA, Marcial Barreto, O conceito de família para efeito da impenhorabilidade da moradia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o Novo código civil brasileiro: Anais do IV Congresso brasileiro de direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 387.

CID, Nuno de Salter. **A protecção da casa de morada da família no direito português**. Coimbra: Almedina, 1996, p.9.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 3.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 49.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 59.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves (Coord.) **Temas atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.1-2.

OSVALDO CORFIATI, Rubén. **Bien de familia: comentários a la ley 14.394**. Argentina: Némesis, 2000, p.18. Trecho original: es como la creación de uma especie de 'isla' de protección para la familia, de las contingencias en que puede colocarla un fracaso en el manejo de la economía doméstica, asegurando al grupo cuanto menos un lugar seguro en el que habitar, liberado de la posibilidad de embargo y ejecución del mismo.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: vol. I Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil**. 20.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216.

POSADA A.,Néstor Raúl. **Dignidad Humana**. Colombia: Señal Editora, 2004, p. 20-38

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.62.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1.ed. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.54-55.

SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: SILVEIRO RAMOS, Carmem Lúcia (Org.). **Diálogos sobre o D. Civil – Construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. **A impenhorabilidade do bem da família e as novas entidades familiares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 141.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário. Lei 8.009/90. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 182.223/SP. Iracema Sanguim e Benedito Guimarães da Silva. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 06/02/2002. Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em 07/11/2006.

CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE E A CONSTRUÇÃO DIALÓGICA DO ORÇAMENTO PÚBLICO

Anaximandro Lourenço Azevedo Feres[*]

Simone Reissinger[**]

Marinella Machado Araújo[***]

RESUMO

O artigo analisa a participação da sociedade nos rumos do Estado a partir de perspectiva dialógica que considera a comunidade representada pela sociedade civil organizada e a administração pública através da possibilidade de consulta aos Conselhos de Saúde para decisão acerca das políticas públicas da área de saúde, possibilitando que o referido Conselho tenha papel de destaque decidindo, dentre outros assuntos, acerca da alocação de recursos financeiros constitucionalmente garantidos para a área. A discussão se concentrará nos meios de participação popular, com destaque para a gestão orçamentária participativa prevista na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, visando uma análise da melhor forma de alocação destes recursos, fortalecendo o papel dos Conselhos, em especial os Conselhos de Saúde. Dentre os vários instrumentos disponibilizados pela legislação em tela, analisar-se-á a gestão orçamentária participativa como intérprete eficaz para realização pelo Estado das necessidades eleitas pela vontade popular, através também da participação do Conselho de Saúde na definição destas políticas. Por isso, pretende-se chamar atenção para a importância de processos estruturados que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões e produção de políticas públicas, implementadoras e assecuratórias dos direitos fundamentais, em especial o direito à saúde. Por fim, o orçamento, quando elaborado de forma participativa pelos membros da comunidade, gera também a responsabilidade dos próprios cidadãos por sua condição de vida, diretamente impactada pelas condições de saúde ofertadas pelo ente estatal.

PALAVRAS-CHAVE: CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA, ORÇAMENTO PÚBLICO

---

[*] Advogado professor da PUC Minas, unidade Arcos, mestrando da área de concentração *Direito Público*, pesquisador do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas vinculado ao Grupo de Trabalho *Administração Pública Dialógica*.

[**] Advogada professora da PUC Minas, unidade Serro, mestranda da área de concentração *Direito Público*, pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas vinculada ao Grupo de Trabalho *Administração Pública Dialógica*.

[***] Advogada professora da área de concentração *Direito Público* do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas. Coordenadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR deste Programa e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

ABSTRACT

This paper aims to discuss how the local health councils can contribute to the effectiveness of the fundamental rights, especially to the health. It defends the thesis that participatory budged is an strategic instrument to the guarantee to legitimate and become effective these fundamental rights. Supporting by the concretists theories of Law application the paper pretends to demonstrate that: (i) the more participative is the formulation of a public policy the more effective it is; (ii) the dialogical action of local city health council is supported by the City Statute and it is according to the federal health public policy.

KEYWORDS: LOCAL HEALTH COUNCILS, PUBLIC ADMINISTRACTION

1. Introdução

O presente artigo analisa a participação da sociedade nos rumos do Estado, numa perspectiva dialógica entre comunidade representada pela sociedade civil organizada e a administração pública, através da possibilidade de consulta aos Conselhos Municipais de Saúde para decisão acerca das políticas públicas da área de saúde, possibilitando que o referido conselho tenha papel de destaque, decidindo, dentre outros assuntos, acerca da alocação de recursos financeiros constitucionalmente garantidos para a área, uma vez que um dos maiores problemas enfrentados pelo setor é a falta de destes recursos.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu art. 6º, que trata dos direitos sociais, entre outros, a saúde e em seu Título VIII, da Ordem Social, discriminou o direito à saúde, artigo 196, prescreveu: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

O conteúdo desse direito à saúde tem sido uma incógnita, pois vem sendo examinado de variadas formas. Assim, qualquer cidadão pode exigir do Estado (compreendido como qualquer um dos entes federados) a adoção de medidas que lhe garantam o acesso à saúde, seja através da dação de medicamentos ou da concessão de tratamento médico. O que ocorre é que muitas vezes a Administração Pública, em virtude da escassez de recursos financeiros, não tem como atender todas as demandas relativas à plena concretização do direito à saúde como espera a sociedade civil. Desta

forma, os cidadãos recorrem ao Poder Judiciário, que examinando esse direito, tendo-o como um corolário do direito à vida, ordena à Administração Pública que o preste, independentemente das conseqüências futuras que esse ato isolado possa trazer, principalmente no que tange ao impacto que esta decisão causa no equilíbrio do orçamento público, considerado como um todo.

A Lei n. 8.080, de 1990 (Lei Orgânica da Saúde – LOS), que regulamenta o art. 197 da Constituição Federal, também prevê, no seu art. 2º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado providenciar as condições indispensáveis para o seu exercício. A mesma lei, em seu art. 3º, direciona o que se deve entender por saúde:

> *A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.*
>
> *Parágrafo Único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.*

Assim, para além de uma percepção de ausência de doença, a SAÚDE reúne um conjunto de condições básicas de salubridade e um conjunto de ações públicas e de bens e serviços de cidadania que asseguram condições de vida digna e fortalecem a autonomia dos sujeitos sociais beneficiários.

2. Financiamento do Direito Fundamental à Saúde: *o papel dos conselhos municipais de saúde*

Para alcançar os objetivos delineados pela Constituição da República e pela Lei Orgânica da Saúde, cada ente federativo deve destinar, conforme previsão constitucional, um determinado percentual fixo, mínimo, de recursos financeiros para a área da saúde[1]. Para se chegar a um melhor resultado sobre o gasto desses recursos, é necessário planejamento. Este planejamento, se efetuado, resulta de um prognóstico e de uma finalidade, quase sempre consubstanciados em um instrumento legislativo com mecanismos para a sua efetivação. O Plano ou Lei do Plano é o resultado deste planejamento. Trata-se de um documento comprometido com objetivos políticos e

[1] Art. 198, §§ 2º e 3º da Constituição Federal e art. 77 do ADCT.

ideológicos, conforme traçados no planejamento, seguindo o princípio da legalidade, uma vez que, como lei, é debatida e aprovada pelos representantes do povo. Contudo, um dos grandes problemas é a vinculação do Poder Público ao planejamento, sendo que o principal modo de controle da atividade planejadora é a vinculação do plano ao orçamento. Segundo BERCOVICI (2005, p. 79),

> *A realização do plano depende de sua previsão orçamentária, ainda que parcial. A implementação dos planos dá-se por meio da realização dos investimentos públicos que devem estar explicitados nos orçamentos, executando de modo imediato ou a curto prazo os objetivos de médio e longo prazos contidos nos planos.*

Para amenizar ou mesmo solucionar esse problema, três leis orçamentárias são previstas na Constituição Federal (art. 165): o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentário Anual, devendo estas apresentarem consonância de objetivos e compatibilizadas com o planejamento global da Administração. O plano Plurianual ou Lei do Plano, no Município, deverá ser elaborado no primeiro ano de mandato do Chefe do Executivo, com vigência durante os três anos seguintes do exercício do poder político e mais um ano do mandato posterior, de seu sucessor ou de sua reeleição (art. 35, § 2º., I do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF). Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias ou "plano anual de curto prazo que define prioridades para o exercício seguinte, devendo ser orientadora e guia da elaboração do orçamento" (SANTANA, 1998:166), deve ser elaborada em um ano para vigorar no ano seguinte, como na Lei do Orçamento. (CLARK, 2005, p.186)

Verifica-se que modernamente tende-se a adequar o planejamento ao orçamento. Todavia, isso não pode ocorrer, pois assim o plano perde sua característica fundamental, que é fixar as diretrizes para atuação do Estado. Todas as Leis Orçamentárias são, na realidade, simples previsões de gastos. É claro que se deve ter mecanismos de controle dos gastos públicos, mas não se pode fazer isso em detrimento da busca do desenvolvimento, seja geral ou setorial, como no caso da saúde.

De acordo com o acima dito, merece ser transcrito o art. 36 da LOS:

> *Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde-SUS será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.*

Assim, a Lei Orgânica da Saúde, conforme o que foi acima explicitado, prevê o planejamento do SUS, devendo ser ouvidos seus órgãos deliberativos, onde temos os Conselhos e as Conferências de Saúde, previstos para as três esferas de governo, como

um espaço de discussão das necessidades da política de saúde e da disponibilidade de recursos. O § 1º do mesmo artigo 36 prevê os planos de saúde. Em cada nível de direção do SUS, municipal, estadual e federal, deverá existir um plano de saúde, que seguirá as diretrizes fixadas pelo Conselho Nacional de Saúde, onde serão fixados, *após as discussões que foram realizadas na fase de planejamento*, os objetivos e metas a serem alcançados para este setor dentro de determinado prazo. Como exemplo, pode-se citar o Plano Municipal de Saúde de Belo Horizonte (PMS-BH) para o quadriênio 2005-2008, que demonstra claramente, em sua apresentação, o que acabou de ser expresso acima.

> *A Secretaria Municipal de Saúde tem o prazer de apresentar à cidade a versão 2005-2008 do Plano Municipal de Saúde. Trata-se já do* ***resultado de um sem número de rodadas de discussão de todos os setores integrantes da secretaria e dos membros do Conselho Municipal de Saúde****, a partir dos debates dos relatórios de gestão e financeiro e das peças orçamentárias que também balizaram este documento.*

Além da detida análise da realidade sanitária do município e conjuntural do SUS, neste momento, foram estruturantes para a elaboração deste plano as ferramentas do planejamento estratégico, que a atual direção da secretaria adotou para guiar os seus passos neste período de governo. Este é o primeiro princípio que queremos abordar, o da consistência técnica, que significou a descrição dos principais problemas de saúde encontrados, de operações para o seu enfrentamento, de prazos e de responsáveis, sempre visando a integração de mais de uma área da gestão e o acúmulo histórico de cada setor. Reforçamos também o caminho desenhado e aprovado na cidade de articulação do conjunto das políticas públicas, no sentido de melhorar a qualidade de vida e saúde da população de Belo Horizonte. (2005, p.13) (grifos nossos).

O PMS-BH ainda informa na sua apresentação que outro princípio adotado foi o da coerência com a realidade do SUS na atualidade e seu financiamento. Assim, embora *identificadas as várias necessidades no setor através de diálogos com a sociedade*, explica-se no plano que houve a nítida decisão de embasar as propostas nas possibilidades concretas de viabilização financeira e de sua execução, a fim de não tornar o plano apenas mais um instrumento de papel, cumprindo seu caráter formal.

É interessante notar como o Município de Belo Horizonte, ao trabalhar a questão do planejamento e a formulação do plano no setor de saúde, deixa expressa a necessidade desse documento como garantia do direito à saúde. Dessa forma, garantir a saúde de cidadãos e cidadãs, de maneira organizada, planejada no tempo e no espaço, com metas e objetivos a serem alcançados e avaliados, na formulação de um Plano de

Saúde (nacional, estadual ou municipal) é também, portanto, uma confirmação do direito à saúde. (2005, p.15)

Assim, o planejamento deve começar sabendo-se quais valores o Município[2] tem para os gastos públicos nesta área. Em seguida, é necessário saber o que mais precisa de desenvolvimento na área de saúde, dando-se prioridade e destacando como objetivo e meta a ser cumprida, o que constará no Plano.

A discussão que embasa o planejamento, tendo como fim a Lei do Plano, deve detectar as prioridades no setor de saúde. Obviamente, cada município e cada Estado, dependendo da região em que se encontrem, têm problemas diferentes, o que requer soluções também diferenciadas. Assim, o ideal é que os debates sejam locais, começando no município e, se for o caso, abranger uma determinada região, com um certo número de municípios, a fim de se propor metas concretas e realizáveis. Desta forma, ***um mecanismo que se abre como espaço de discussão é o Conselho Municipal de Saúde***.

De acordo com Magalhães (1999, p. 107), os direitos fundamentais à saúde e à educação são essenciais à existência e continuidade do processo democrático, pois são garantias ao exercício da democracia. Desta forma, devem estar desvinculados do governo, sendo geridos por autonomias constitucionais autogestionárias. Magalhães cita como exemplo da desvinculação governamental o art. 207 da Constituição Federal, que prevê a autonomia universitária como base democrática para a gestão do ensino. O sentido dessa autonomia é desvincular a produção e divulgação do saber de governos, evitando, assim, a imposição de qualquer forma de pensar. Quanto à saúde, Magalhães (1999, p. 113) também observa a necessidade de estar desvinculada do governo, a fim de se evitar a submissão a promessas vagas ou ideologias políticas. Assim, sugere que a política de saúde pública deve ser gerida pelos municípios.

A saúde, por indicação de toda atual política de Saúde Pública, não pode ser gerida por esferas administrativas maiores como a União e os Estados, que, ao centralizar a gestão e o controle inviabilizam uma administração competente, em que os recursos investidos cheguem até o destinatário do serviço de saúde. Por esse motivo, que é de conhecimento notório, caminha-se para uma municipalização da saúde no País,

[2] Neste trabalho a ênfase destina-se ao planejamento no Município e a importância do Conselho Municipal de Saúde para tal fim.

o que pede, também, a municipalização da gestão e dos recursos. (MAGALHÃES, 1999, p. 113).

Uma das diretrizes que norteia o Sistema Único de Saúde – SUS, previsto na Constituição Federal (art. 198, III) e na LOS (art. 7º., VIII) é a participação da comunidade. Essa participação pode ser efetivada através dos Conselhos de Saúde. Criados pela Lei n. 8.142/90, em todas as esferas governamentais – Conselhos Nacional, Estadual e Municipal de Saúde –, esses conselhos devem realizar avaliações e propor ações no setor, que deverão ser garantidas pelos órgãos públicos.

A Lei n. 8.142/90 estabelece que os Municípios criem os Conselhos Municipais de Saúde para que possam ter acesso aos recursos do SUS. Tais conselhos municipais são esferas públicas mistas de gestão, que compreendem a representação governamental e a participação paritária de organizações sociais que representem os usuários dos diferentes segmentos da sociedade. Os conselhos devem ser obrigatoriamente deliberativos e suas decisões devem incidir sobre as atribuições expressas na lei supracitada.

Como já foi dito acima, os problemas estão mais próximos do governo municipal, que precisa, nos casos mais urgentes, atuar prontamente para resolvê-los. Com o serviço de saúde isso é fato. Muitos municípios contam apenas com a sua estrutura local para atender todos os seus munícipes e, às vezes, cidadãos de outros municípios com menores condições de atendê-los. Destaca-se aqui o Conselho Municipal de Saúde, pois, tendo conhecimento dos problemas que afligem a localidade, o conselho tem papel fundamental no planejamento estatal para esta área, podendo indicar as políticas públicas que devem constar na Lei do Plano.

Trata-se de uma ótima instância alternativa de poder que pode contribuir na articulação da participação da comunidade, contemplada no art. 29, XII, da Constituição Federal[3], realmente atendendo às necessidades e peculiaridades locais, levando à transformação do quadro no setor da saúde. Por óbvio, para que isso funcione de forma satisfatória, o Conselho deve ser ativo e seus membros participativos, não bastando ter o nome de conselheiro, mas não comparecer às reuniões, por exemplo. A tarefa de conselheiro exige dedicação e conhecimento da causa.

[3] Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

Ainda é possível, a partir dessa idéia, a discussão conjunta de vários Conselhos Municipais, abrangendo municípios de uma determinada região, para um planejamento setorial da saúde, visando políticas públicas conjuntas, através da articulação de serviços e entidades sociais, o que pode ser mais efetivo, uma vez que já é possível o consórcio entre municípios para a área da saúde, conforme previsto no art. 10 da LOS:

> *Art. 10 - Os Municípios poderão constituir consórcios para desenvolver, em conjunto, as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.*
> *§ 1º - Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.*
>
> *§ 2º - No nível municipal, o Sistema Único de Saúde-SUS poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.*

Em pesquisa publicada na revista Caderno de Saúde Pública, em 2001, intitulada *A gestão semi-plena e a participação popular na administração da saúde*, buscou se verificar as mudanças ocorridas no processo de participação da comunidade no SUS – Sistema Único de Saúde, a partir da vigência da Norma Operacional Básica 01/93 (NOB 01/93), constatando-se um campo vasto de possibilidades à participação popular, originado na realidade local, o que se observa seguramente nos conselhos municipais.

Na pesquisa referida, doze municípios, dentre eles Belo Horizonte e Sete Lagoas, no Estados de Minas Gerais, foram pesquisados a partir de dezembro de 1996, quando completariam dois anos na nova realidade. Um dos resultados foi a verificação em metade dos municípios estudados, da criação de outros mecanismos de participação. Em Belo Horizonte, por exemplo, onde já existiam os conselhos locais de saúde e os plenários de saúde, antes de 1993, houve ampliação do número de conselhos de distritais, de 2 para 9, abrangendo a totalidade dos distritos de saúde do município, além de um aumento de 20 para 108 no número de conselhos locais, em um total de 140 unidade de saúde (PESSOTO, 2001, p. 92). Tal expansão demonstra um aumento considerável no número de pessoas direta ou indiretamente envolvidas com as instituições públicas de controle social, o que é uma condição necessária para uma maior efetividade da participação como instrumento de democratização. Concluiu-se ainda nessa pesquisa, que os planos de saúde e relatórios de gestão do governo, incorporaram, em média, 70% das reivindicações, sugestões e deliberações dos conselhos de saúde e das conferências municipais de saúde (PESSOTO, 2001, p. 94).

(...) XII – cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Desta forma, percebe-se claramente que os conselhos municipais são centros de poderes, tão legítimos e necessários quanto o centro de poder político do Estado, fazendo-se imprescindíveis para a implantação de uma sociedade democrática e plural. Porém, como já dito alhures, toda vontade política na implementação de mecanismos de diálogo entre a Administração Pública e a Sociedade necessita estar respaldada na garantia de recursos financeiros para sua efetivação, sob pena deste processo de planejamento e decisão tornar-se letra morta dentro do ordenamento.

A forma que nos apresenta mais eficaz para garantir esta efetividade das políticas públicas para o setor de saúde, garantindo exeqüibilidade para as decisões deliberadas pelos Conselhos de Saúde, é a participação deste na elaboração da peça orçamentária, no intuito de opinar acerca da alocação de recursos que assegurem a efetividade do planejamento traçado. Para isso, cumpre-nos analisar, à luz da perspectiva de formação e consolidação do Estado Democrático de Direito previsto no texto constitucional, a importância da gestão orçamentária como forma de efetivar políticas públicas garantidoras dos próprios direitos também constitucionalmente garantidos.

2. A Função Estratégica da Gestão Orçamentária Participativa para a garantia do acesso à Saúde: *aspecto político do orçamento público no Estado democrático de direito*

A despeito de inúmeras teorias acerca da formação e da finalidade do Estado moderno, podemos vê-lo como grande associação, que existiria para o cumprimento de certos fins, dentre os quais o bem comum e o interesse da coletividade. Porém, estamos diante de um quadro em que é impossível atingir a todos os fins simultaneamente, em razão da escassez de meios financeiros. O Estado dispõe daquilo que arrecada da sociedade – na maioria das vezes de forma coercitiva – ou então explorando o seu próprio patrimônio, para atingir aos objetivos a que se propõe.

Daí, a atividade política é que vai determinar qual ou quais destes objetivos serão prioritariamente perseguidos. A partir da decisão política, o Estado concentrará esforços para cumprir aquelas metas estabelecidas. Para tanto, empregará meios e

pessoal, contratará empresas, enfim, movimentará seu aparato para tanto. Tudo isto necessitará do emprego de dinheiro, especificamente, do dinheiro público.

Para isto, exige o ordenamento jurídico que este gasto esteja previsto dentro de uma autorização legislativa específica, em que o poder legislativo autoriza o executivo a proceder àquele dispêndio monetário para atingir aquela finalidade politicamente eleita. Todas as autorizações legislativas para quaisquer gastos do Estado devem estar contidas numa peça legal, o Orçamento Público. O orçamento não se prende a elucubrações de técnicos, nem a preocupações de racionalizar a máquina financeira; ele tem origem em uma penosa e multissecular cadeia de lutas políticas, que veio tornar a elaboração orçamentária indispensável ao equilíbrio dos interesses antagônicos em volta do poder.

A doutrina de um modo geral sustenta que, no Século XII, os barões e senhores feudais pressionaram politicamente o Rei João Sem Terra no sentido de condicionar a cobrança de tributos ao consentimento do Conselho do Reino. A participação do conselho não significa em si o nascimento do orçamento, mas um componente que suscitou o aprimoramento das relações entre Estado e cidadão.

Atualmente no Brasil, como resultado destas lutas seculares em todo o Ocidente, a Constituição de 1988 prevê todo um capítulo destinado às Finanças Públicas, dos artigos 163 a 169, bem como institui em uma seção mecanismos de fiscalização, nos artigos 70 a 75, levando a alguns autores a dizer que existe uma verdadeira "Constituição Orçamentária" dentro da nossa Constituição. Na regulamentação infraconstitucional, destacamos a Lei n.º 4.320, de 1964, chamada "Lei de Contabilidade Pública", que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, bem como a novel Lei Complementar n.º 101, de 2000 – chamada "Lei de Responsabilidade Fiscal", que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras previdências. Todo este arcabouço normativo reafirma, em nosso direito pátrio, como atribuição precípua dos parlamentos da federação a votação e aprovação do orçamento público.

Já dissemos que o orçamento contém a autorização para a realização de gastos públicos. Diante deste fato, concentra-se naquela peça contábil aprovada pelo Legislador toda a área de atuação do aparato público a partir do montante de dinheiro que será gasto pelo Estado durante determinado período. O orçamento, portanto, revela-

nos em proveito de que parte da população será direcionado o aparato estatal e que problemas serão solucionados pela máquina pública, bem como nos mostra, diante da inexistência de previsões, quais necessidades serão deixadas à própria sorte.

O instrumento que autoriza as receitas e controla as despesas deve ser formado por demonstrações específicas, com finalidades e limites, a fim de impor ao governante a vontade do povo representado no parlamento, inclusive contendo perspectivas de impactos dos gastos ao longo do tempo, contemplando os benefícios e sacrifícios que serão experimentados pelas presentes e futuras gerações a partir da tomada daquelas decisões em matéria orçamentária. Quanto mais um regime se afasta do ideal do Estado Democrático de Direito, tanto menos o parlamento decide acerca do conteúdo do orçamento, da tributação e das despesas, bem como reduz-se a possibilidade de decisão da população diretamente afetada acerca do que ela quer de benefícios e quais as concessões que pode fazer, no presente e no futuro, em prol de determinada decisão política.

Na concepção do orçamento moderno, os representantes dos contribuintes condicionam sua aprovação ao emprego dos recursos consoante as necessidades da população ali representada. Mostra-se portanto coerente com uma idéia de garantia de acesso à saúde e construção de um espaço de diálogo entre a administração e a sociedade civil a possibilidade de ouvir-se a população, em especial os Conselhos Deliberativos sobre determinado assunto, em especial a saúde pública, pois trata-se de parcela da população que vivencia o cotidiano da questão e é sabedora dos parâmetros satisfatórios de garantia de acesso à saúde que o grupo social entende possível de ser alcançado.

Todas as constituições dos Séculos XIX e XX mencionam a votação do orçamento como atribuição precípua dos parlamentos. O orçamento passou a ser inicialmente um escudo de defesa dos contribuintes da sanha arrecadatória do Estado, freando a tributação desregrada, passando gradualmente a assumir o papel de instrumento de equilíbrio político entre os poderes executivo e legislativo.Cresceu como bastião de fiscalização financeira e cerceamento das tendências perdulárias dos governantes dissociados dos interesses gerais. Daí, com o sufrágio universal, outras classes passam a ter condições de chegar ao Poder e, quando isso acontece, muda-se o foco dos gastos para atender às necessidades da classe agora dominante, invertendo-se a

alocação de despesas, como verdadeiro plano de governo da classe que alça o poder. Porém, esta autorização legislativa para a consecução de finalidades com o dinheiro público ocorria somente no âmbito dos parlamentos, em que os representantes eleitos decidiam acerca de que programas e gastos seriam autorizados, deixando a população à mercê da sua vontade, muitas vezes dissociadas das reais necessidades da população, permeada por conchavos e mesmo pela total ignorância acerca do instrumento.

No Brasil, o nosso modelo de federação deixou nas mãos do poder central a maior gama de impostos, cuja arrecadação financiará o funcionamento da máquina estatal. Por outro lado, condicionou que a União entregará aos Municípios parcela da arrecadação, condicionando ainda que parcela da arrecadação seja gasta em setores específicos, como educação e saúde. Ao lado deste quadro, constatamos que a federação possui uma infinidade de municípios, dotados de administração e parlamentos que, sem qualquer perspectiva de desenvolvimento econômico, sobrevivem somente dos repasses obrigatórios realizados pela União. Nestas localidades, o gasto público representa muitas das vezes a totalidade do dinheiro circulante na economia.

É exatamente nestes locais que a necessidade de uma sintonia com os interesses da população faz do orçamento público uma peça da maior importância, exigindo dos representantes do povo uma acuidade e um compromisso com a sua elaboração e votação.Tristemente não é este o quadro que encontramos. Um parlamento subserviente à vontade do Executivo, ignorante do seu papel e de sua importância social, e invariavelmente descompromissado com a população buscando realização pessoal, fazem das peças orçamentárias simples estórias de faz de conta, para atender à exigência da Lei Maior. A população fica ao talante do grupo político eleito, que governa muitas vezes afastado do anseio popular e manipula o orçamento, visando somente os interesses de apadrinhados e correligionários, sem qualquer visão de planejamento e ordenação. Este quadro mostra-se muitas vezes desolador, mas uma prática inovadora pode ajudar a mudá-lo, chamando a população para decidir diretamente acerca de que prioridades serão atingidas pela máquina estatal. É a chamada Gestão Orçamentária Participativa, possibilitando que a população opine e até mesmo decida acerca dos gastos públicos e seus impactos sociais decorrentes, aí incluída a forma como serão utilizados os recursos constitucionalmente vinculados aos gastos com saúde.

A própria Constituição de 1988 previu a participação direta da população no poder, dentro de um ideal de Estado democrático de direito, a seguir analisado. Mas o que é o Estado democrático de direito? O Poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Para tanto, na afirmação de Habermas, a Constituição, sob tal paradigma democrático, deve ser compreendida fundamentalmente como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma. Reconstruindo o conceito de esfera pública que não se reduza ao Estado quanto o conceito de sociedade civil que não se reduza ao mercado e à família.

Então, o direito deve se fundar tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa "vontade geral" republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões[4]. Para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência, identificando-se como autores das decisões que eles próprios se propõe a respeitar, em especial quando a qualidade de vida e o futuro da sociedade pode ser afetado por elas.

Para tanto o ato de decidir é, no direito democrático, construído a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos técnico-jurídicos do discurso democrático nela contidos. A teoria do discurso reveste o processo democrático de conotações normativas mais fortes que as encontradas no modelo liberal, entretanto mais fracas que as do modelo republicano. Uma vez mais ela retira elementos de ambos, combinando-os de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, a teoria do discurso dá destaque ao processo de formação política da vontade e da opinião, sem, no entanto, considerar a Constituição como elemento secundário. Ao contrário, recebe os princípios do Estado constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião. A teoria do

discurso sustenta que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes. Uma soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera público-política andam de mãos dadas com a imagem de uma sociedade descentrada. Esse conceito de democracia não mais necessita trabalhar com a noção de um todo social centrado no Estado e imaginando como um sujeito teleologicamente orientado, numa escala mais ampla. Tampouco representa a totalidade num sistema de normas constitucionais que regulam mecanicamente a disputa de poderes e interesses em conformidade com o modelo de mercado[5].

A partir do momento em que se supera tanto a concepção republicana, quanto a concepção liberal de processo político, a Constituição, para articular-se com uma visão discursiva da Democracia, deverá ser compreendida, fundamentalmente, como a interpretação e a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais, que apresenta as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma, que deverá estabelecer, em termos constitucionais, as condições para um processo democrático, considerando e incluindo a proteção das gerações vindouras no processo decisório.

No artigo 1º. da Constituição Federal brasileira de 1988, o legislador constitucional fez a opção pelo paradigma democrático de direito, prescrevendo em seu artigo 1º que a *República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*. Esta opção do legislador deve ser entendida no sentido de que o Estado Democrático de Direito se constitui de um espaço discursivo que busca garantir a legitimidade das decisões através das garantias processuais atribuídas às partes e que são, principalmente, a do contraditório e a da ampla defesa.

Lembra Marcelo Cattoni que a "*Constituição brasileira pretendeu superar as desigualdades sociais e regionais através do progressivo aprofundamento da democracia participativa, social, econômica e cultural, no sentido de realizar um ideal de justiça social processual e consensualmente construído, só possível com o*

[4] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre facticidade e validade.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I, p. 181.

fortalecimento da esfera pública política, de uma opinião pública livre e de uma sociedade civil organizada e atuante[6]*"*. Estado Democrático de Direito é a qualificação do Estado com duas idéias indissociáveis: a prévia regulamentação legal e a democracia. Constituindo uma organização política onde a vontade popular é soberana e onde são verificáveis a dignidade da pessoa humana e a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais, perfazendo uma sociedade justa, solidária e igualitária, o Estado Democrático de Direito assim o é em virtude da unificação daquelas duas citadas componentes, que constituem, respectivamente, o Estado de Direito e o Estado Democrático.

A nossa constituição inspirada no modelo de Estado Democrático de Direito traz alguns princípios, importantes do ponto de vista orçamentário, e que irão refletir e influenciar a Gestão Orçamentária Participativa. O principal deste é o da Publicidade, esculpido no artigo 37, como requisito de eficácia e moralidade administrativas.Uma evolução do princípio da publicidade é o da transparência, que verificamos no artigo 165, §3º da Constituição, que determina ao poder executivo a publicação, até trinta dias do encerramento do bimestre, o relatório resumido da execução orçamentária.

Outrossim, todo o processo de elaboração da legislação orçamentária deve ser publicizado. Como corolário do princípio da publicidade pode a população acompanhar tanto o trâmite da legislação orçamentária nas respectivas casas legislativas como verificar a execução do orçamento após a sua aprovação. Porém este modelo contempla uma passividade em relação à população, que delega completamente aos seus representantes as decisões acerca de como serão utilizados os recursos públicos.

Este poder de controle *a posteriori* também se consubstancia no artigo 74, § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. O artigo 48 da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal - assegura a transparência da gestão orçamentária, que é estabelecido como a pedra de toque do Direito Financeiro, posto que fornece subsídios para o debate acerca das finanças públicas, possibilitando uma maior fiscalização das contas públicas por parte dos órgãos competentes e da própria sociedade. Neste sentido, o acesso às informações

[5] HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de Democracia*. In Cadernos da Escola do Legislativo. No. 3, jan/jun, 1999, p. 117.

governamentais que proporciona o princípio da transparência fortalece a democracia do mesmo modo que o fortalecimento da democracia estimula um maior acesso àquelas informações. O *caput* do artigo 48 estabelece que se dará ampla divulgação, inclusive pela internet, aos planos orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; às prestações e contas e todos os outros documentos ali mencionados. A internet seria então uma ferramenta de publicização das informações, fortalecendo os laços entre o Poder público e a sociedade.

Podemos dizer que ao menos sob o novo regime de responsabilidade fiscal a publicidade de informações, inclusive pela internet, fortalece e legitima o Estado, tornando as decisões governamentais cada vez mais próximas dos cidadãos, propiciando a fiscalização e dando acesso a sugestões para aperfeiçoamento do regime fiscal. O parágrafo único do art. 48 estabelece ser a transparência assegurada através da participação popular e a realização de audiências públicas os processos de elaboração dos PPA's, LDO e do Orçamento Anual. Esta participação popular é salutar, pois dá maior legitimidade aos instrumentos legais - confecção feita com o respaldo da sociedade.

Os documentos devem ser também maximizados em sua interação entre a sociedade e o Poder Público, pois este não possui a acuidade para perceber as carências sociais. O art. 49 da LRF fala que as contas apresentadas pelo Chefe do Executivo ficarão disponíveis para o Legislativo e no órgão que as elaboraram para a consulta dos cidadãos e instituições da sociedade. Isto aprofunda o conceito de transparência como corolário do regime de responsabilidade fiscal. Deve o governante prever as repercussões para o fisco de determinadas políticas públicas. O agente não pode gastar sem antes ter a noção do impacto de tais gastos para o patrimônio Público. Brota aí uma idéia de preocupação com o futuro, ao exigir-se a previsão de impacto das decisões nas contas públicas subseqüentes, bem como o ônus a ser transmitido para os que estão por vir e que, de alguma forma, serão afetados pela decisão. A repercussão da política de gastos públicos nas diversas regiões e nos diversos setores do país deve ser levada em conta, respeitando a população, que deve ser contempladas com políticas públicas que assegurem plenas condições de acesso à saúde, sendo ouvidas na tomada de decisões

[6] CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002,

acerca da forma de alocação destes recursos, num estreitamento dialógico entre a administração e a sociedade civil.

No mesmo caminho, a Lei n.º 10.257/2001 – o chamado "Estatuto das Cidades" – veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana. O referido diploma estabeleceu em seu art. 4º, inciso III, alínea f, c/c o art. 44 a obrigatoriedade de debates, audiências e consultas públicas como condição obrigatória para a aprovação das legislações orçamentárias pela Câmara Municipal. O Estatuto da Cidade traz como inovação a participação popular na definição dos instrumentos normativos orçamentários públicos ao estabelecer que nenhum dos instrumentos poderá ser aprovado sem os debates, audiências e consultas públicas, tornando a participação popular uma exigência para a aprovação da legislação autorizadora dos gastos públicos. A participação torna-se compulsória, vedando-se ao poder legislativo municipal aprová-los sem que com eles anua a população local, segundo critérios legalmente previstos. Supera-se a visão ortodoxa do orçamento - somente prevê receitas e delimita despesas – como estrangulador da ação administrativa, por uma perspectiva mais heterodoxa e progressista - realidade da gestão pública – e instrumento a serviço da sociedade, atendendo aos interesses desta.

Traz o orçamento instrumentos correlatos da esfera da mera ficção para uma realidade exeqüível e democrática, transformando-o de simples designação de despesas e receitas em plano de governo, com a indicação de problemas fundamentais articulados, em um instrumento de participação popular e reverberação dos anseios sociais, com possibilidade real de diminuição das desigualdades sociais através dos gastos públicos diretamente escolhidos pelos interessados. As leis e planos previstos na constituição passam a ser meios de satisfação dos interesses coletivos, e não simples cumprimento de formalidades burocráticas e contábeis. O Orçamento Público mostra-se um canal de viabilização de políticas públicas e satisfação dos interesses da coletividade, consubstanciando planos de governo e permitindo sua execução de forma equilibrada e flexível.

Esta perspectiva faz crescer a importância da participação popular na gestão orçamentária, posto que as grandes assembléias populares consignarão as grandes demandas sociais, atribuindo maior legitimidade às decisões discutidas

---

p. 63.

democraticamente. Daí que a gestão orçamentária participativa é a evolução do princípio da transparência, determinando que o povo exerça diretamente a democracia, o poder, e escolha livremente onde serão aplicados os recursos públicos. É forma da democracia direta, com a participação direta do cidadão na elaboração de uma proposta orçamentária que será destinada a ele próprio. Fortalece-se com isso a democracia participativa, vem virtude do gradual enfraquecimento da democracia representativa, onde o mandato tem sido exercido para o bem somente daquele grupo de representados, e não para o bem da sociedade por ele influenciada.Com este mecanismo, permeia-se o poder de estado, criando um canal direto de participação popular, que resulta em decisão, mais democracia e controle social, num processo de descentralização do poder, posto que o povo é chamado a opinar diretamente sobre o seu destino.

O Orçamento, quando elaborado de forma participativa pelos cidadãos, torna-se um instrumento de defesa dos direitos fundamentais, pois pode assegurar que o Poder Público gaste na melhoria das condições de vida das populações diretamente interessadas. Por outro lado, ao participar de uma forma de democracia direta, o cidadão percebe que é parte atuante do jogo político, e que suas decisões, sua opinião, sua atitude, são importantes e podem mudar o contexto em que o mesmo encontra-se inserido. O poder que estas percepções possuem de fazer mudar o indivíduo e de atuar no inconsciente coletivo dos grupos sociais certamente pode trazer mudanças em toda a sociedade. Daí a enorme importância do instrumento. Frise-se ainda que, dentro de um jogo de valores e anseios a serem atendidos e respeitados dentro do jogo democrático, caberá ao próprio cidadão escolher quais prioridades pretende atender e quais pode e entende pertinente deixar de lado.

No âmbito do Município, local de convivência, trabalho e lazer, os recursos públicos empregado na gestão deste espaço terão papel fundamental na percepção da qualidade de vida a ser experimentada pelo cidadão. Diante deste quadro, a própria população afetada poderá decidir quais são os seus parâmetros para a consecução de políticas públicas para aplicação dos recursos destinados à Saúde. O cidadão poderá opinar sobre como serão geridos os recursos constitucionalmente destinados para a saúde, cuja forma desta aplicação vinculada pode ser objeto de deliberação pela população, em especial com a oitiva dos membros do Conselho Municipal da área, que não deixa de ser um caixa de reverberação das demandas sociais no setor.

3. Considerações Finais

Tem-se, portanto, que ninguém melhor do que o próprio cidadão para indicar as prioridades em cada área social, direcionando os investimentos que devem ser realizados. Essa é a melhor forma de efetivação dos direitos sociais. Este também o pensamento de Clémerson Merlin Clève:

É indispensável, por outro lado, a presença da sociedade nos processos de elaboração e controle da execução orçamentária. Incumbirá à sociedade civil consciente da singularidade dos direitos de satisfação progressiva, escolher a velocidade dos gastos sociais e proceder às escolhas viáveis dentro de um quadro de escassez de recursos. (CLÈVE, 2006, p. 37).

Assim, a chamada *Gestão Orçamentária Participativa*[7] é um excelente mecanismo de exercício de democracia com a participação direta do cidadão e de grupos de cidadãos, que vem se desenvolvendo como experiência muito importante de democracia participativa.

A democracia representativa vive, atualmente, em crise, pois se mostra insuficiente à sociedade civil. Uma forma para se resgatar e fortalecer a democracia representativa, segundo Magalhães (2003, p. 89) é fortalecer a participação popular com "*mecanismos que ofereçam permeabilidade ao poder do estado, criando canais de participação cada vez maiores, superando gradualmente a velha dicotomia liberal entre estado e sociedade civil*".

Alguns canais de participação popular já existem no âmbito municipal brasileiro, como os multicitados conselhos municipais e a gestão orçamentária participativa, o que demonstra a possibilidade de existência de uma democracia participativa e dialógica a partir do poder local.

Nesta gestão orçamentária participativa, a iniciação do processo é através do diálogo, permitindo à população participar na construção das regras que servirão para normatizar o próprio processo de participação popular. Assim, os cidadãos são autores das normas que eles mesmos seguirão.

[7] O primeiro orçamento participativo municipal ocorreu em Pelotas, no Rio Grande do Sul e depois foi implantado em Porto Alegre.

Desta forma, sendo o Conselho Municipal de Saúde uma instância de discussão e participação popular, pode, reforçando a democracia dialógica, indicar as necessidades nesse setor, com muita precisão, levando-as para as reuniões do orçamento participativo municipal.

As decisões deliberadas são encaminhadas para o executivo municipal, que, através dos técnicos elaboram a proposta de lei orçamentária, a ser encaminhada para a câmara dos vereadores. O executivo não está obrigado a observar as deliberações populares nem o legislativo a aprovar o projeto de lei orçamentária. Entretanto, caso isso aconteça, tanto o prefeito que não respeitar a deliberação popular, quanto os vereadores que não aprovarem o projeto de lei, deverão ter boas justificativas para a população se quiserem se eleger a novos mandatos. Desta forma, percebe-se que há um controle social e uma revalorização da democracia representativa.

Referências Bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed. rev. e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro, Forense: 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CLARK, Giovani. *O Município em face do direito econômico.* Del Rey: Belo Horizonte, 2001.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de direito constitucional e internacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro , 1989. 236 p.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, V. I

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de Democracia*. In **Cadernos da Escola do Legislativo**. No. 3, jan/jun, 1999. 451 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O poder local no Brasil: a alternativa da democracia participativa. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. V. 6, n. 11 e 12. Belo Horizonte: PUC Minas, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Poder municipal**: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro. 2ª. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PESSOTO, Umberto Catarino. NASCIMENTO, Paulo Roberto do. HEIMANN, Luiza Sterman. A gestão semiplena e a participação popular na administração da saúde. *Caderno de Saúde Pública*, 17(1): 89-97, Rio de Janeiro: ....., jan-fev/2001.

EXERCÍCIO DO PODER JURISDICIONAL DO ESTADO E INVIOLABILIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.705 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Antônio Walber Matias Muniz*

RESUMO

O artigo contribui para aclarar sobre a constitucionalidade na aplicação do artigo 1.705 do Código Civil brasileiro e a conseqüente inviolabilidade de Direitos Fundamentais (individuais e de defesa) a partir do exercício do Poder jurisdicional do Estado. Analisa-se a evolução da proteção jurídica dos Direitos da pessoa humana inclusive na esfera internacional envolvendo os artigos 10 e 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e 6º da Convenção Européia dos Direitos Humanos. Na esfera do ordenamento jurídico interno, os incisos III do artigo 1º, incisos X e LX do artigo 5º e inciso IX do artigo 93, todos da Constituição federal brasileira de 1988. Além destes, o inciso II do artigo 155, e o 444 do diploma adjetivo-procedimental pátrio, finalizando com o artigo 1.705 do Código Civil brasileiro de 2002. Parte-se da necessidade de refletir acerca desses direitos como elementos integrativos, da sua importância como condição para que seja possível o processo de harmonização das legislações, decorrentes de relações jurídicas de um mundo globalizado. Os princípios constitucionais da publicidade e da dignidade humana envolvendo, intimidade e vida privada e o respeito à faculdade de concessão do segredo de justiça nos moldes do artigo 1.705 da lei substantiva civil brasileira fundamentam o objetivo deste estudo. A metodologia empregada é resultante de pesquisa bibliográfica, consulta à legislação pertinente e pesquisa de campo com Juízes e Promotores no Fórum de Fortaleza. Conclui-se pela inviolabilidade dos incisos X e LX do artigo 5º de nossa Constituição, principalmente quando do exercício do poder jurisdicional do Estado.

PALAVRAS-CHAVES: PODER JURISDICIONAL DO ESTADO, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA, SEGREDO DE JUSTIÇA.

ABSTRACT

The article contributes to clarify on the constitutionality in the application of the 1.705º article of the Brazilian Civil Code and the consequent inviolability of Fundamental Law

* Professor de Direito Internacional e Filosofia do Direito. Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza. Membro da Sociedade brasileira de Direito Internacional. Advogado. walber@unifor.br

(individual and of defense) starting from the exercise of the jurisdictional Power of the State. The evolution of the juridical protection of Rights of human persons is analyzed in the international sphere involving the 10 and 12 article of the Universal Declaration of the Man's Rights and the 6th article of the European Convention of the Human Rights. In the sphere of the internal juridical ordainment, the III of the 1º article, X and LX of the 5º article and IX of the 93º article, of Brazilian Federal Constitution of 1988. Besides these, the II of the 155 º article and the 444 º article of the diploma adjective-procedimental pátrio, concluding with the 1.705º article of the Brazilian Civil Code of 2002. It begins of the with the need of this ring about of those rights as integrative elements, of his importance a condition to become possible the process of harmonization of the legislations, a consequence of juridical relationships of a globalized world. The constitutional principles of publicity and of human dignity involving, intimacy and private life and the respect to the faculty of concession of the secret of justice in the molds of the 1.705º article of the civil substantive law brazilian base the objective of this study. The used methodology is resulting from bibliographical research; consults to the pertinent legislation and field research with Judges and Public prosecutor in Fortaleza Court. The conclusion of this articles is inviolability of X and LX of the 5º article of our Constitution mainly when the State exercites its jurisdictional power.

KEYWORDS: JURISDICTIONAL POWER EXERCISES, INTIMACY AND PRIVATE LIFE, SECRET OF JUSTICE.

INTRODUÇÃO

Sabendo-se que a vida humana, segundo Afonso da Silva (1997, p.194-195) integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais) em função das recentes mudanças ocorridas na Legislação Civil brasileira, passou a ser motivo de estudo o conteúdo do artigo 1.705, novo dispositivo introduzido no Código Civil brasileiro alterado em 2002.

A importância de uma reflexão sobre a legislação contida nos ordenamentos jurídicos, e principalmente, quando envolvem questões voltadas à preservação dos direitos fundamentais torna este estudo um momento de análise sobre a provável colisão entre os princípios da publicidade, da intimidade e da vida privada esculpidos tanto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), na Convenção Européia de Direitos Humanos (1953) e em nossa Constituição Federal (1988), com o artigo. 1.705 do Código Civil brasileiro (CC) vinculado ao inciso II do artigo 155, e artigo 444 da lei adjetivo-procedimental

brasileira (CPC) a partir do exercício do Poder jurisdicional do Estado no âmbito do nosso direito de família.

Emerge deste contexto a indagação ao magistrado, exercitante do Poder jurisdicional do Estado, se ele poderá aplicar o dispositivo do artigo 1.705 CC desconsiderando princípios constitucionais e garantias universais inerentes à dignidade humana, mais precisamente quanto à intimidade e a vida privada?

Dessa forma, a possível inconstitucionalidade no artigo 1.705 CC frente aos princípios universais inerentes à dignidade humana enseja a busca de uma constatação mediante revisão bibliográfica e doutrinária sobre direitos fundamentais, garantias constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro.

No plano internacional, com o declínio do liberalismo jurídico e o início da terceira onda de que fala Alvin Toffler (1993, p.3), o Estado-Social, cuja característica marcante foi o fortalecimento das políticas públicas em favor das minorias, descarta-se o ideário da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade e solidariedade –, substituindo-se a igualdade formal, outorgada pela lei, para se pugnar em prol da igualdade substancial, entendendo-se como tal à intervenção do Estado na criação de oportunidades para possibilitar ao cidadão desfrutar dos direitos concedidos formalmente.

No Brasil, em decorrência do conteúdo das Declarações e Convenções Internacionais relacionadas com os Direitos Humanos, repetido praticamente no teor das Cartas de 1946, 1967 e 1969 o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 erige a dignidade humana à condição de fundamento da República, constituindo um feixe ou leque de interesses que, na visão da Professora Judith Martins Costa, constante de sua publicação – "Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação" – podem ser assim sintetizados: 1)interesse à vida privada, à intimidade, o direito de estar só, de estar consigo mesmo; 2) interesse à dor, aos afetos, aos sentimentos; 3) interesse à expectativa de vida e aos projetos existenciais: 4) interesse em torno de imagem social, à auto-estima e à estética: 5) interesse a criações intelectuais e artísticas, em seus aspectos não patrimoniais; e 6) interesse à honra e ao nome.

No artigo 1.705 do Código Civil, *litteris*:

> Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça,

há uma possível violação a esse princípio constitucional, consagrado universalmente, pois o mesmo permite que o Estado, no exercício de seu Poder jurisdicional tome para si a possibilidade em conceder ou não o segredo de justiça nas ações que envolvem alimentos promovidos por filhos havidos fora do casamento.

Ademais, as normas de natureza adjetivo-procedimental prezam por reforçar estas garantias quando cuidam por meio do inciso II do artigo 155 e artigo 444 (CPC) sobre o respeito à vida privada impondo observância ao segredo de justiça no âmbito do direito de família:

O Estado, ao exercitar o seu Poder jurisdicional pode, nesse caso, tornar-se arbitrário quando deixar de levar em consideração o aspecto da dignidade humana abstraindo-se da observância do direito à intimidade e à vida privada tidos, na sua plenitude, como garantias fundamentais previstas pela Constituição Federal brasileira de 1988 em seus incisos X e LX do artigo 5º.

Tais garantias fundamentais decorrem da primeira geração de direitos os direitos civis ou liberdades civis clássicas que estão estritamente relacionadas com o surgimento do Estado moderno em sua versão liberal segundo Gilmar Bedin (2003, p.370). Essa primeira geração de direitos abrange os chamados direitos negativos, ou seja, os direitos estabelecidos contra o Estado. Daí, a afirmação de Norberto Bobbio de que entre eles estão “todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo uma esfera de liberdade em relação ao Estado” (Bobbio, 1992, p.32). Logo, ante tal argumento, ao exercício do Poder jurisdicional do Estado não é devido abster-se em reconhecer a sua limitada possibilidade de atuação, principalmente ao exercitar seu poder em seara que não lhe é favorável.

Além de referências bibliográficas e doutrinárias com o auxílio de uma pesquisa de campo, objetiva-se reforçar a verificação sobre a constitucionalidade do dispositivo em análise. Na democracia, de regra, todo processo é público o que possibilita ao magistrado dizer se o interesse é privado ou social ante o “peso” por ele atribuído ante os casos que venham a envolver segredo de justiça. A pesquisa foi aplicada em setembro de 2006 com 10 entre 18 integrantes das varas de família existentes no Fórum Clóvis Beviláqua em Fortaleza utilizando-se do método de

amostragem probabilístico por conveniência, fórmula da população infinita em virtude da presença dos mesmos nas varas ser incerto.

Sumariamente a estrutura do artigo enfoca de modo resumido sobre direitos fundamentais e direitos humanos, princípios da dignidade da pessoa humana, colisão entre princípio e regra, Poder jurisdicional do Estado e pesquisa de campo seguida da conclusão e referências.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Direitos fundamentais não são princípios nem valores, mas verdadeiros direitos. Como tal têm um âmbito material sobre o qual incidem e possuem uma matéria a que se referem. Não são oriundos de qualquer direito natural, nem valem fora do ordenamento jurídico. São constituídos pelo ordenamento jurídico que não os declara simplesmente, mas os positiva como direitos dotados de eficácia. Em suma, não podem ser vistos com meros valores, passíveis de serem deixados de lado pela escolha de outros segundo Bornholdt (2001, p.mm), em vista disso não há que se falar em parâmetro de valoração comparativa, mas sim em ponderação.

A expressão “direitos fundamentais” constitui os direitos dos seres humanos que foram devidamente reconhecidos constitucionalmente, ou seja, são aqueles direitos que estão inseridos no ordenamento jurídico de um determinado país. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais guardam profundas relações com os textos positivados e escritos. Já a expressão “os direitos humanos” possui um campo de abrangência bem mais elevado, ou seja, está intrinsecamente relacionada com os tratados internacionais e se referem à posições jurídicas reconhecedoras do ser humano como tal, sem que para isso haja alguma positivação ou vinculação a uma ordem jurídica específica.

Os direitos fundamentais remetem à idéia de serem direitos universais, isto é, englobam toda a espécie humana e existem independentemente de qualquer coisa. Sobre essa diferença terminológica J.J.Canotilho (1991, p. 371-544), comentando Cruz Villalon, leciona:

> Onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros e privilégios.

Para Carl Schmitt (1996, p.212-214), os direitos fundamentais, em sentido próprio, são, essencialmente, direitos do homem individual livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercando-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.

Jorge Miranda (2000, p.119) fornece aos direitos fundamentais uma visão atual na medida em que os vincula a um determinado momento histórico, dependente das filosofias políticas, sociais e econômicas e, ainda, das circunstâncias de cada época e lugar.

Paulo Bonavides (2001, p.524-532), seguindo o pensamento de Jorge Miranda divide os direitos fundamentais em quatro gerações, demonstrando que o momento histórico é fator determinante para a consolidação dos direitos fundamentais. Para ele, os direitos fundamentais da primeira geração são os direitos das liberdades básicas e constituem todos os direitos oponíveis ao Estado. Aqui o Estado apenas reconheceu esses direitos civis e políticos sendo excluída qualquer forma de concretização desses direitos no seio da sociedade. O que importava era o fato de o Estado ser reconhecido como sujeito de direitos e obrigações, para que assim o indivíduo pudesse opor os direitos fundamentais.

Reconhecida as mencionadas liberdades, cabe ao Estado somente, e tão somente, não interferir na situação jurídica do indivíduo. Ocorre que referida omissão do Estado não estava se adequando às crises econômicas e sociais que surgiram no final dos séculos XIX e XX. Os ideais e princípios liberais geraram sistemas totalitários, ocasionando assim insatisfação na sociedade.

Com isso, a idéia antes ferrenhamente defendida pelos liberais foi repensada, ou seja, a separação Estado-sociedade não satisfazia mais os interesses da sociedade. Declaradas as liberdades civis e políticas, era necessário ir além; caberia agora ao Estado prover esses direitos, assegurá-los de forma igualitária a todos. A visão de cunho individualista dos direitos da primeira geração foi substituída pela visão social desses direitos de segunda geração, tendo sido espelhada na Constituição Mexicana de 1917 e, ainda, na Constituição de Weimar de 1919. O objetivo dos direitos de segunda geração consiste na prestação pelo Estado de serviços à população, visando à justiça social.

Conforme leciona Paulo Bonavides (2001, p.553), devido à consciência de um mundo dividido entre países desenvolvidos, subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento deu-se o surgimento dos direitos de terceira geração. Tal fato ocasionou a proteção não só do indivíduo ou da coletividade, mas também de titulares pertencentes a diversos grupos, e categorias:

> "Os chamados direitos de terceira geração dirigem-se à proteção, não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos, sendo direitos de titularidade difusa ou coletiva. Tem-se, aqui, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural."

Por fim, os direitos de quarta geração, aqueles provenientes do mundo globalizado e da política neoliberal, provocadora de uma realidade política e social diversa daquelas que pretendiam defender uma verdadeira democracia. A globalização, embasada na Teoria dos Direitos Fundamentais, na visão de Paulo Bonavides (2001, p.484) está ligada à universalização desses direitos para que sejam implementados no seio da sociedade: "Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional...".

E continua:

> A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social".

> São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Há de se sublinhar que os direitos de quarta geração não suprimiram os que lhes antecederam. Ao contrário, cada geração corresponde somente ao momento histórico em que foram sendo adquiridos e conquistados não ficando anulados os direitos anteriormente conquistados. A interação de cada direito de determinada geração nos remete à idéia de movimento, mudança e confirma o fato de ser impossível se determinar com exatidão e, ainda, de se elenca quais são, verdadeiramente, os direitos fundamentais, pois estes ainda passam por profundas modificações nos dias atuais.

2. DUDH, CEDH e o PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.

Diz o art. 12 da DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem):

> Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques á sua honra e reputação. Todo homem tem direito á proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Semelhante conteúdo está inserido na CEDH (*Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*). Esta Convenção entrou em vigor em setembro de 1953, sendo atualmente a Carta de Direitos Humanos considerada mais democrática e avançada que existe. O principal avanço é que ela traz no seu preâmbulo a intenção em dar os primeiros passos na direção de uma executoriedade de fato aos dispositivos da *Declaração de Direitos das Nações Unidas*.

A Convenção já apontava que não apenas os Estados, também os cidadãos deveriam ter meios para acionar seus próprios governos sempre que qualquer dispositivo da Declaração de Proteção fosse ferido.

O inciso LX do artigo 5ª de nossa Carta Constitucional ao prever que: "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais, quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem", coexiste com o princípio universal voltado para a publicidade dos atos processuais e, portanto, convive em consonância com o inciso IX do artigo 93 da mesma Carta: ("todos os julgamentos dos Órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...] podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes").

O princípio da publicidade é mundialmente consagrado nas legislações de países democráticos (artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem), e artigo 6º da Convenção Européia dos Direitos do Homem. Da mesma forma coexiste com os ordenamentos internacionais o inciso X do artigo 5º da CFB/1988: **"***são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.***"** Por essa razão, assegurado fica o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Com relação a isso, no Brasil antes da CFB/1988, a jurisprudência assumiu de forma tímida, em algumas poucas hipóteses, o direito de indenização do dano material decorrente de violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, sendo esse o primeiro passo para chegar-se à indenização no Direito de Família.

Relevante foi o papel da jurisprudência de outros países, como a França, que consagrou o direito indenização no campo do Direito de Família ainda na década de 30, antes do Código Civil de 1941. O mesmo ocorreu em Portugal no final da década de 80, por uma lei de 1989. Na América do Sul, a Argentina e o Uruguai apresentam-se como países de vanguarda no específico tema, vindo do primeiro grande número de precedentes, consagrando a tese jurídica em apreciação.

A estabilidade das relações familiares resultantes da indissolubilidade do casamento favorecia a muitas separações de fato e poucos desquites, porque também poucas eram as razões que levavam à separação, como componente culpa de um dos cônjuges, o qual ficava obrigado a cumprir com as obrigações existenciais para com o cônjuge inocente, sendo bem poucas as sanções impostas pela culpa. A reprovação era praticamente de duas ordens: perda do direito a alimentos e ao uso do nome. Sanções que, em verdade, praticamente só atingiam a mulher, quando culpada. Afinal, geralmente a situação de alimentante era do cônjuge varão e o nome também era dele, porque a mulher é que assumia os seus apelidos.

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade humana trata-se, sobretudo, de um critério valorativo. Seria, portanto um valor juridicizado à medida que atribui uma qualidade positiva a determinado elemento ou estado de coisas que se quer promover, razão pela qual deve preponderar frente a direitos.

Para Kant (1993, p.28) cada homem é fim em si mesmo. E se o texto constitucional diz que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, em decorrência de coexistência com a legislação internacional, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado.

Ernst Bloch, citado por Pérez Luño (1984, p.84), destaca que a dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva. Aquela significa que a pessoa não venha ser objeto de ofensas ou humilhações. Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que "ninguém será submetido à

tortura nem a tratamento desumano ou degradante". (inciso III do artigo 5º da CFB/ 1988).

A Constituição de 1988 contemplou os direitos da personalidade com a possibilidade de reparação, a partir do princípio contido no inciso X do artigo 5º, assegurando o direito à indenização por dano material ou moral por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

4. DIREITO À VIDA PRIVADA, DIREITO À INTIMIDADE E SEGREDO DE JUSTIÇA.

A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar de posição de si mesmo (AFONSO da SILVA. 1997, p. 195). Como poder admitir que o exercitante do Poder jurisdicional do Estado aja de tal forma a violar estas condições próprias da pessoa humana?

O direito à intimidade "consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano"

Os conceitos de vida privada e intimidade, constitucionalmente consagrados, apresentam grande interligação, porém, diferenciam-se por ser, a intimidade, menos amplo que a vida privada, encontrando-se, portanto, no âmbito de incidência deste. Desta forma, o **conceito de intimidade** refere-se às relações subjetivas e de foro íntimo das pessoas, como as relações familiares e de amizade. Já o **conceito de vida privada** engloba todos os relacionamentos das pessoas, inclusive os objetivos, como relações de trabalho, estudo etc.

O direito à vida privada também tem proteção constitucional no Brasil. Em mais de um dispositivo a Constituição brasileira confere proteção à vida privada dos cidadãos. No inciso X do seu artigo 5º o texto constitucional é expresso ao assegurar a inviolabilidade da intimidade e vida privada, garantindo indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desse direito. Logo nos incisos XI e XII do referido artigo, a Constituição alarga o âmbito de proteção da privacidade individual, ao garantir a inviolabilidade da casa do indivíduo e a inviolabilidade do sigilo das comunicações (das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas).

Também a legislação adjetivo-procedimental preza por reforçar esta garantia quando cuida, por meio do inciso II do artigo 155, do respeito à vida privada impondo o segredo de justiça no âmbito do direito de família:

> Art. 155, II CPC – "os atos processuais são públicos". Correm, todavia, em segredo de justiça os processo
>
> I - (...);
>
> II – que dizem respeito ao casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.
>
> Art. 444 – A audiência será pública; nos casos de que trata o artigo 155, realizar-se-á à portas fechadas.

O segredo de justiça cuidado pelo inciso II do artigo 155 CPC, quanto ao respeito à vida privada, reforça, do ponto de vista doutrinário, as garantias constitucionais preceituadas nos incisos X e LX do artigo 5º da CFB/1988. a realização da audiência à portas fechadas revela a necessária preservação da intimidade e da vida privada daqueles envolvidos. Não deve, portanto, o exercitante do Poder jurisdicional do Estado agir mesmo que facultativamente no sentido de deixar as portas abertas.

O objetivo do "segredo de justiça" é impedir que o público em geral tenha acesso aos autos para a preservação da intimidade das pessoas envolvidas no processo ou procedimento, e para proteger um interesse social, como o normal andamento do processo quando a divulgação das provas possa levar a uma sentença equivocada. Dessa forma, a tramitação do processo em "segredo de justiça" não fere nenhum direito constitucional, uma vez que a própria Constituição Federal e os Código de Processo Penal e Processual Civil o permitem (inciso LX do artigo 5º CFB/1988, artigo 792 do Código de Processo Penal, CPP e o inciso II do artigo 155 do CPC).

Tem-se que a decretação do "segredo de justiça" tem por propósito a preservação da intimidade das pessoas ou a defesa de um interesse social. Assim, não há sentido manter em segredo apenas os atos processuais e tornar público o processo como defendem alguns, uma vez que assim agindo os atos processuais protegidos também se tornarão públicos, quebrando o segredo de justiça.

A interpretação do art. 1.705 no tocante a segredo de justiça e direito à intimidade e à vida privada deve pautar-se na generalidade e abstração, não significando que não

possuam relevância e força normativa. A faculdade para conceder ou não o segredo de justiça está intimamente vinculada quase como num só princípio constitucional. São direitos que somente um verdadeiro Estado Democrático de Direito, tutela, e nesse caso inclui-se a esfera de discricionariedade para que o juiz decida. A solução do conflito aparente entre o art. 1.705 CC e direito à intimidade e à vida privada dar-se-á, no caso concreto, pelo dispositivo que tiver maior peso ou valor e somente caberá aos magistrados efetuar esse juízo de ponderação.

5. COLISÃO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade para cuja aplicação se demanda os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, sempre centradas na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são subjacentes.

Na ocorrência de diferença hierárquica entre uma norma constitucional e uma norma infraconstitucional deve prevalecer a norma hierarquicamente superior, pouco importando a espécie normativa, se princípio ou regra. Como exemplo, se houver colisão entre uma regra constitucional e um princípio legal deve prevalecer a primeira; e se houver uma colisão entre uma regra legal e um princípio constitucional, deve prevalecer o segundo. Isso significa que a prevalência, nessas hipóteses, não depende da espécie normativa, mas da hierarquia.

A idéia de colisão ou conflito normativo, como premissa do conceito adotado modernamente, surgiu no período de consolidação de idéias políticas e jurídicas da Revolução Francesa, através de John Gilissen, que firmou a preponderância da lei enquanto fonte do direito, o controle da legalidade das decisões judiciárias e principalmente, a concepção do direito como sistema, imprescindíveis para o contato com a problemática da antinomia jurídica em termos de profundidade.

A colisão segundo Ávila (2001, p. 70) exige que o exercitante do Poder jurisdicional do Estado se reporte a seus fins normativos posto que o resultado de uma mera subsunção do caso às normas levaria a resultados contraditórios, pois a norma é dada a partir de suas concretas modalidades de exercício, identificadas à situação em

que é aplicada. Faz-se necessário que a regra aplicada seja universalizável podendo ser aplicada a todos os casos idênticos. Exige-se, portanto, a valoração das conseqüências jurídicas e reais relevantes dentro de uma perspectiva pragmática e facilitadora da tarefa de quem exercita o Poder jurisdicional.

Dá-se a colisão, considerando a impossibilidade de identificação dos deveres imediatos e mediatos e de justificação entre princípios e regras. Ainda de acordo com Ávila (2001, p. 70) o dever imediato de um princípio é a promoção de um estado de coisas, enquanto que o dever imediato das regras traduz-se pela adoção da conduta descrita. O dever mediato dos princípios é a adoção da conduta necessária enquanto o dever mediato das regras diz-se da manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores. Quanto a justificação, tem-se que nos princípios é presente a correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal das coisas. Nas regras, a correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato. Inexistindo essas condições quando da compatibilização entre os princípios da dignidade humana e a regra do artigo 1.705 do Código Civil brasileiro, pode-se falar em colisão entre os mesmos.

Na visão de Dworkin (1999, p.159), na medida em que se inserem os princípios no conceito de direito estes possuem força normativa de imposição legal, assim como existem nas regras jurídicas. Atribui ainda que o que diferencia os princípios das regras é exatamente o critério do “peso”, isto é, a maior importância conferida aos princípios se comparada com as regras. Acrescenta Dworkin que, no caso de conflito entre duas regras uma delas deverá ser excluída, pois, seria inconcebível duas normas válidas regularem a mesma situação, devendo, uma delas, deixar de ser aplicada ao caso concreto, por meio do princípio da especialidade, dentre outros existentes.

No caso em estudo, ainda que a título não conclusivo, acredita-se, ante o postulado da razoabilidade, que não há possível norma em colisão posto que não houvesse duas normas finalmente aplicáveis, mas uma só. Ao contrário do que acontece em um autêntico conflito ou colisão, em que duas normas inicialmente aplicáveis permanecem assim até o final do conflito, devendo o aplicador optar por uma delas, ante o caso concreto.

6. O PODER JURISDICIONAL DO ESTADO.

Embora, de acordo com Kelsen citado por Bobbio (p. 134), o Estado seja aquela ordem jurídica à qual se atribui, para aplicação de suas normas, o uso exclusivo do poder coativo, aqui não se advoga que todo Estado se funda na força como havia dito Trotsky a Brest-Litovsk ou como admitia Marx. Tampouco o exercício de seu poder jurisdicional realizado por seus porta-vozes, os juízes, no papel de guardiões da constituição. Há que se levar em consideração os valores, proteção da vida, por exemplo, que estão inseridos no interior da sociedade inerentes aos seus indivíduos.

Locke, em sua obra "Dois tratados sobre o Governo" segundo Fischer (1998, p. 508) afirma que não poderia ser possível conferir a uma ou mais pessoas *poder absoluto e arbitrário* sobre suas pessoas e haveres depositado nas mãos do magistrado uma força para impor arbitrariamente sobre eles a sua ilimitada vontade. A possibilidade que se mostra representativa desse poder é a existência de uma Constituição e que esta permita direcionar as atividades do Estado, de sua população e de seu governo.

Uma constituição é, de fato, a lei básica de um Estado e, como tal, deve ser considerada por seus juízes. A estes cabe interpretar e aplicar os seus dispositivos ver em Hamilton, (1984, p. 578). Caso ocorra qualquer discrepância entre estes, aquele que tiver maior hierarquia e validade deverá ser preferido. É o mesmo que dizer: a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes. Logo o seu poder jurisdicional não pode ser superior ao conteúdo de seu texto constitucional. Ele está adstrito à lei básica.

Entretanto, não se pode descartar a independência do operador jurisdicional, pois essa independência é necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos de perturbações de qualquer ordem na sociedade. É indispensável às cortes de justiça a fidelidade aos direitos constitucionais e individuais.

O exercício do Poder jurisdicional, enquanto poder delegado é a atividade estatal que realiza o direito positivo através de um terceiro imparcial segundo Chiovenda (s/d). Este autor afirma ainda que nenhum poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. Portanto, o exercício desse Poder de jurisdição regulável pelo direito positivo atribuído ao Estado e na pessoa do magistrado não tem o condão de alterar a Constituição, visto que essa, segundo Siéyes (2001, p. 117) não é obra do poder constituído. O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional.

Operativamente, o exercício do Poder jurisdicional do Estado, quando cometido pelo magistrado na *litis*, possui controle apenas sobre o conteúdo formal do acordo, enquanto que as partes possuem poder discricionário de praticar o ato. Na *voluntas*, o magistrado substitui as partes no exame de conveniência de praticar o ato. A conveniência do ato/efeito pretendido é objeto do exame e decisão judicial no âmbito do poder jurisdicional do Estado.

Diante desses posicionamentos e somando-se ao que afirma Dworkin (1999, p.159) surge a indagação: em caso de colisão entre o artigo 1.705 CC e direito à intimidade e à vida privada a regra desse dispositivo, no tocante ao poder concedido ao magistrado, no exercício do Poder jurisdicional do Estado, quando lhe faculta a aplicação ou não do segredo de justiça no processo, deve ser considerada válida?

Seria, em primeiro momento, inadmissível responder com exatidão o aludido questionamento. A tarefa é árdua e somente o Poder Judiciário possui o condão, ante a análise do caso concreto, fazer a ponderação ou harmonização de qual norma preponderará, ressalte-se, no caso específico apreciado, posto que se possa estar diante de uma colisão aparente entre princípio e regra ou da possível inconstitucionalidade desse dispositivo.

7. EXERCITANTES DO PODER JURISDICIONAL DO ESTADO EM FORTALEZA

Na pesquisa quantitativa de campo realizada responderam 06 Promotores e 04 Magistrados de 10 entre as 18 varas de família em Fortaleza. A pesquisa foi aplicada entre os dias 18 e 21 de setembro de 2006 no período de 12 às 17 horas no Fórum Clóvis Beviláqua em Fortaleza. Foram produzidos questionários contendo quatro indagações versando sobre: imunidades garantidas ao cidadão, tutela da intimidade e da vida privada decorrente dos incisos X, LX do artigo 5º CFB/1988, segredo de justiça, conflito de normas e inviolabilidade de princípios constitucionais. Três quesitos com opções *certo ou errado* e um outro atrelado a ultima questão, de natureza subjetiva. A aplicação do questionário foi feita após contato com cada Promotor e com cada Magistrado presente na respectiva vara, Em seguida foi entregue o questionário para que fosse lido e respondido, ficando o aplicador à disposição para esclarecimentos necessários e requeridos por parte do pesquisado.

Das quatro indagações feitas aos membros do Ministério Público e aos Magistrados lotados em 10 das 18 varas de família em Fortaleza, correspondendo a 55% das Varas visitadas, temos os seguintes resultados:

Indagação 1

Os direitos ligados à pessoa humana: intimidade, vida privada, previstos no Art. 5º da CFB/1988 são espécies de "imunidades" garantidas ao cidadão?

Os dados obtidos indicam que:

Oito deles entre Magistrados e Promotores, correspondendo a 80% das respostas obtidas entre os pesquisados, consideram que os direitos ligados à pessoa humana são espécies de imunidades garantidas ao cidadão. Dois deles não consideram ser correta esta afirmação e dizem ser uma garantia individual da pessoa.

Indagação 2

A CFB/1988 tutela a intimidade e a vida privada em seu Art. 5º, X, LX?

Nove deles, correspondendo a 90% das respostas obtidas entre os pesquisados consideram que, intimidade e vida privada são tuteladas por nossa atual Constituição. Um deles não entende ser correta a indagação justificando, na sua resposta que a Constituição não tutela e sim dita normas.

Indagação 3

Na sua percepção, há colisão entre o Art. 5º, X, LX da CFB /1988 e o Art. 1705 do CC?

Seis deles, correspondendo a 60% das respostas obtidas entre os pesquisados consideram existir colisão entre os dispositivos da Constituição e do Código Civil citado. Quatro deles entendem, de acordo com as suas respostas, não existir colisão entre os mesmos dispositivos, justificando que a Constituição dita normas. Dos que disseram sim, dois deles defendem a concessão do segredo de justiça e os demais alegam a existência de uma aparente antinomia entre o artigo 1.705 CC e os incisos do art. 5º em questão.

Indagação 4

Por quê? Os incisos X e LX do artigo. 5º CFB/1998 são invioláveis no âmbito do Direito de Família?

Oito deles, correspondendo a 80% das respostas obtidas entre os pesquisados consideram invioláveis os incisos X e LX do art. 5ª da Constituição Federal frente ao Direito de família. Dois deles não consideram a existência de inviolabilidade do art. 5º no que se refere à intimidade e à vida privada, no âmbito do direito de família e justificam que todo o processo corre em segredo de justiça, entretanto, se as partes quiserem podem até divulgar o resultado.

CONCLUSÃO

Dessume-se da revisão bibliográfica que é dever do Estado, no âmbito de seu Poder jurisdicional, manter o entendimento acerca da preservação dos direitos fundamentais (intimidade e vida privada), valores encravados nos dispositivos constitucionais. *Ipso facto, a* leitura da legislação infraconstitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais pelos magistrados. Entende-se que o exercício desse Poder de jurisdição regulável pelo direito positivo atribuído ao Estado e na pessoa do magistrado não tem o condão de alterar a Constituição, visto que essa, dito anteriormente por Siéyes não é obra do poder constituído. O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional.

Na abordagem do presente caso, a considerar-se a procedência de duas regras em suposta colisão, pode-se buscar resolvê-la a partir da aplicação de uma das duas possibilidades desenvolvidas pela doutrina estrangeira. Mais precisamente a desenvolvida por Dworkin, que vêm sendo comumente utilizada pelos Tribunais para solucionar casos em que dois princípios entram em rota de colisão. A primeira possibilidade é a da concordância prática. A segunda, a da dimensão de maior “peso” ou importância.

A concordância prática, embora não se aplique diretamente a esse caso em estudo, pode ser enunciada da seguinte maneira: havendo colisão entre valores constitucionais (normas jurídicas de hierarquia constitucional), o que se deve buscar é a otimização entre os direitos e valores em jogo, no estabelecimento de uma harmonização, inclusive com fundamento na norma internacional. Esta deve resultar em

uma ordenação proporcional dos direitos fundamentais e/ou valores fundamentais em colisão, ou seja, busca-se o melhor equilíbrio possível entre os princípios colidentes.

Quanto a dimensão de maior “peso” ou importância, no caso específico da colisão entre o art. 1.705 CC e direito à intimidade, não se pode afastar nem anular a aplicação de um princípio. O que deve-se analisar é se o princípio constitucional, diante do caso concreto, possui maior “peso”, se terá que ceder diante da regra sem que, para isso, haja a necessidade de ser declarada a inconstitucionalidade da mesma.

Quanto a aplicabilidade do referido dispositivo pode-se suscitar, ainda que especulativamente, e de acordo com o pensamento de Pedro Rivas, (1999, p. 115) em sua crítica ao excessivo subjetivismo na abordagem que faz sobre a resolução de colisões entre direitos fundamentais, ante a inexistência de razões dos juízos valorativos e suas conseqüências, resultante de uma aplicação diversa da escolhida, que, no Brasil, não somente se oculta a subjetividade do julgador, mas se ignora a força da lei e dos dispositivos constitucionais, concedendo-se ao decisionismo um amplo espaço de atuação. Em conseqüência disso, enfraquece-se o direito com o esvaziamento da idéia de segurança jurídica e a de previsibilidade.

Por outro lado, do ponto de vista teórico objetivista, no entender de Carlos Maximiliano (1951, p. 13-14) reduzir a interpretação à procura do intento do legislador é, na verdade, confundir o todo com a parte. Buscar o pensamento do legislador é um meio de se descobrir o sentido do dispositivo, mas não é o único, pois dele não se deduz o alcance que não é preestabelecido. A interpretação deve, segundo Larenz (s/d) está presa à sua origem para se saber por que foi construído determinado preceito e para que situações fossem destinadas, a fim de ajudar na sua aplicação mediante hipótese de incidência. Acrescente-se que as decisões valorativas do legislador não podem ser consideradas se contradizem as idéias da Constituição Federal atual ou dos princípios jurídicos reconhecidos.

A pesquisa apontou situações diferentes entre os exercitantes do Poder jurisdicional do Estado pesquisados. Na análise dos resultados ausência de um posicionamento unânime quando consideram, em sua totalidade que a Constituição tutela a intimidade e a vida privada dos cidadãos. Vê-se, também, que os posicionamentos diversos não contribuem para que se alcance com facilidade uma solução para a questão em estudo tal qual o que se depreende na pesquisa bibliográfica

onde se têm que, as garantias constitucionais são plenas e dessa forma conserva-se a inviolabilidade dos dispositivos Constitucionais, incisos X e LX do artigo 5º da CFB/1998 em relação ao artigo 1.705 do CC. Em face disto, o referido dispositivo deve ser visto de forma a conviver em coexistência com a legislação internacional, à medida que seja sopesado tanto pelo magistrado quanto pela promotoria o valor inerente ao tipo de interesse, não vindo a considerar exclusividade ou privilégio ao princípio da publicidade antes já reportado. Dessa forma não há que esquecer ser o magistrado possuidor da discricionariedade para decidir e nesse sentido dizer se há ou não interesse privado ou social quando o caso concreto vier a requerer.

Situando-se na teoria dos princípios de Robert Alexy, tem-se que os direitos fundamentais aludem a uma ordem rígida o que significa a opção constituinte por determinados valores em detrimento de outros, pelo que o próprio constituinte já teria efetuado a valoração, e na ocasião em que estivessem em jogo direitos colidentes, um deles já seria automaticamente sacrificado em prol do outro, que desfrutaria de uma maior posição hierárquica. Direitos fundamentais possuem um limite máximo de conteúdo e exige-se que todos os seus limites sejam previstos no texto constitucional.

Salvo melhor juízo, entende-se está protegido o direito de família pelas regras constitucionais do direito à intimidade e à vida privada preservando assim a inviolabilidade dos mesmos estando em consonância com os princípios universais da pessoa humana. Sendo assim, qualquer magistrado, no exercício do Poder jurisdicional do Estado deve se abster da aplicação da regra do artigo 1.705 do Código Civil brasileiro porque esta não pode descaracterizar os princípios constitucionais que lhes estabelece fundamento normativo para interpretação e aplicação do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BEDIN, Gilmar Antônio. *Direitos humanos e desenvolvimento* in: Curso de direito internacional contemporâneo. Estudos em homenagem ao Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo/ Florisbal de Souza Del'Olmo¸ coordenador. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política.* Trad. Daniela Beccaccia**.** São Paulo: Campus, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES. Paulo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2001.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para solução de conflitos entre direitos fundamentais.* São Paulo: Editora RT, 2004.

CANOTILHO. J. J. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* 4 ed. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuali civile.* Traduzido por Liebman. (s/d).

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.

HAMILTON, Alexander. *Os juízes como guardiões da constituição* in: O federalista. Pensamento político. Brasília: UnB, 1984.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura.* Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito***,** apud resumo elaborado pelo Professor J. J. Calmon de Passos. (s/d).

LOCKE, John. *Dois tratados sobre governo.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUÑO PÉREZ, Antônio Henrique. *Los derechos fundamentales.* Madrid: Técnos, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito***.** 4 ed. s/ed.: 1951.

MIRANDA. Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3 ed. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

RIVAS, Pedro. *Persona y derecho.* Notas sobre la dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes. Madrid: Técnos, 1999.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución.* Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A Constituição Burguesa* (Que é o Terceiro Estado), 4 ed. Liber Júris: Trd. Norma Azevedo, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo***.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda.* Rio de Janeiro: Record, 1993.

RELAÇÃO OBRIGACIONAL CONTEMPORÂNEA: O JAZIGO DA AUTONOMIA DA VONTADE?

Carlos José de Castro Costa*

RESUMO

As relações jurídicas obrigacionais, no ordenamento jurídico pátrio, cuja origem remete ao *Code Civil* francês de 1804, fundamentam-se no dogma da autonomia da vontade. Sob a égide de uma sociedade liberal e voluntarista, a teoria contratual clássica, garante a livre movimentação das riquezas na sociedade. Com o surgimento dos problemas sociais, aos poucos, o Estado ganha legitimidade para intervir nas relações privadas, tornando-se difícil estabelecer uma divisão entre o Direito Público e o Direito Privado. Essa intervenção estatal faz com que a autonomia da vontade comece a ser mitigada por normas de ordem pública. Verifica-se, pois, com a industrialização e a massificação das relações contratuais, que a teoria contratual clássica não mais se adapta à realidade socioeconômica do século XX, caracterizando, destarte, a sua crise. O dirigismo estatal e a prática dos contratos de adesão refletem o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. Na relação jurídica obrigacional contemporânea, o devedor não mais está adstrito à vontade soberana do credor. Há uma limitação de direitos subjetivos. Três princípios reinavam absolutos em torno da autonomia da vontade: a) liberdade contratual; *pacta sunt servanda;* e c) relatividade dos contratos. A estes princípios, acrescenta-se o da supremacia da ordem pública, o qual consiste em um limite à atuação das partes contratantes. A liberdade contratual, portanto, passa a ser informada pelo princípio da boa-fé objetiva, o *pacta sunt servanda* é mitigado pela necessidade de se assegurar o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos e a relatividade dos efeitos dos contratos é abrandada pelo reconhecimento e afirmação de sua função social. O eixo da relação contratual se desloca da tutela subjetiva da vontade para a tutela objetiva da confiança. Sob a égide civil-constitucional, a pessoa é mais que titular de negócios. Há uma funcionalização dos contratos, o homem deixa de ser instrumento do lucro. Os contratos podem visar – e visam – o lucro, desde que não atentem contra a dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: AUTONOMIA DA VONTADE; LIBERDADE CONTRATUAL; SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA; FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS.

* Mestrando em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos, Pós Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Campos, Professor Universitário da Faculdade Redentor, Professor do Curso de Pós-Graduação da Faculdade Redentor, Advogado.

ABSTRACT

The juridical obligational relations, in the patriotical juridical order, which origins lead to the French Civil Code of 1804, are based on the dogma of the autonomy of will. Under the shield of a liberal and volunteering society, the classical contractual theory grants the free circulation of riches in society. With the emerging of social problems the State gains legitimacy to interfere in private relations, making it difficult to establish a division between the public law and the private law. This State intervention makes that the autonomy of will starts being mitigated by the public laws. Industrialization and the massification of the contractual relations, the classical contractual theory is not adapted to the social economic reality of the twentieth century, outcoming its crisis. The State`s governism and the practice of adherence contracts reflect the weakening of the ideology of contract as a fruit of individual freedom. In the contemporary juridical obligational relations, the debtor isn`t attached to the creditor`s supreme will anymore. There is a limitation to the subjective rights. Three principles reigned absolutely around the autonomy of will: a) contractual freedom; b) *pacta sunt servanda*; and c) contractual relativity. To these principles, add the supremacy of public order, which consists in a limit to the action of contractor parts. The contractual freedom, therefore, passed to be informed by the objective good faith principle, the *pacta sunt servanda* is mitigated by the necessity to ensure the economic and financial balance of contracts and the relativity of the contract effects is reduced by the recognition and affirmation of their social function. The axle of contractual relation is dislocated from the subjective guardianship of will to the objective guardianship of confidence. Under the civil-constitutional shield, the person is more than a business holder. There is a contractual functionalization, the man stops being a profit instrument. The contracts can aim – and they do – the profit, if they don`t attack the dignity of human being.

KEYWORDS: AUTONOMY OF WILL, CONTRACTUAL FREEDOM, PUBLIC ORDER SUPREMACY, CONTRACTS FUNCTIONALIZATION

1. INTRODUÇÃO:

A autonomia privada consubstanciada na vontade do indivíduo caracteriza, para a teoria contratual clássica, a causa primeira do Direito, pois o comércio jurídico repousa no contrato. A relação jurídica obrigacional clássica funda-se no dogma da autonomia da vontade, a qual constitui a fonte exclusiva da criação do Direito.

A proteção intangível ao dogma da autonomia da vontade, legitimada no ordenamento jurídico pátrio, por meio do Código Civil de 1916 – baseado no *Code Civil* francês de 1804

–, sob a égide de uma sociedade liberal e voluntarista, visava a manutenção da teoria contratual clássica, com fincas à livre movimentação de riqueza na sociedade.

O surgimento dos problemas sociais, todavia, demonstram a necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas, a começar pelo Direito do Trabalho. Além deste fato, a ocorrência da industrialização e a massificação das relações contratuais, sobretudo com a prática dos contratos de adesão, revelam a crise da teoria contratual clássica, pois esta não mais corresponde à realidade socioeconômica do século XX.

A intervenção estatal nas relações privadas demonstra a insuficiência da divisão dicotômica entre Direito Público e Direito Privado, pois se torna difícil localizar um interesse privado completamente autônomo, independente e isolado do interesse público.

O Estado há de garantir a observância do interesse público, e, com isso, passa a intervir nas relações privadas, antes reduto inalcançável pelo Poder Público. Com o escopo de garantir a ordem pública, há uma mitigação da autonomia privada, onde se estabelecem limites à liberdade contratual.

Resta-nos questionar se a limitação à autonomia privada, que, com o Estado intervindo nas relações entre os particulares, há de observar a função social dos contratos, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, perdera sua eficácia, sendo, destarte decretada sua morte.

2. CONTEXTO HISTÓRICO:

O direito obrigacional clássico proveniente do século XIX tem na autonomia da vontade a pedra angular do Direito. A vontade individual consiste na causa primeira do Direito[1].

A concepção tradicional de contrato está intimamente ligada à idéia de autonomia da vontade. A doutrina da autonomia da vontade, por sua vez, possui ligação com quatro origens: o direito canônico; a teoria do direito natural; a Revolução Francesa; e as teorias econômicas e o liberalismo[2].

O direito canônico defende a validade e a força obrigatória da promessa. A palavra manifestada de forma livre e consciente, assim, cria uma obrigação de caráter moral e

[1] GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. São Paulo: RT, 1967, p. 10.
[2] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 43/47.

jurídico para o indivíduo. É de se ressaltar a importância do direito canônico, onde a aquiescência possui valor jurídico, produz a libertação das relações jurídicas daquele excessivo formalismo característico do período do direito romano.

Na teoria do direito natural, que reconhece a pessoa humana como um ente dotado de razão (Kant), a autonomia da vontade e a liberdade contratual ganham maior relevo, pois é por meio da vontade da pessoa que a expressão jurídica se realiza.

A Revolução Francesa, segundo Claudia Lima Marques, foi influenciada pela teoria do contrato social de Rousseau, segundo a qual a autoridade estatal encontra seu fundamento no consentimento dos sujeitos de direito. As vontades dos cidadãos se unem – em contrato – para formar a sociedade.

Cada indivíduo renuncia à parte de sua liberdade individual em prol do coletivo. Ressalte-se que a própria renúncia, perpetrada por meio do contrato social, configura expressão do valor da vontade. O contrato, destarte, não se configura somente fonte das obrigações, mas a base de toda a autoridade estatal.

A Revolução Francesa, que culminou, no aspecto do direito civil, com a edição do Código Civil francês de 1804, o qual configura a maior realização dos ideais burgueses, conjuga as influências individualistas e voluntaristas.

O *Code Civil* coloca como valor supremo de seu sistema contratual a autonomia da vontade, a ponto de dispor, no art. 1.134 que os contratos têm lugar das leis para aqueles que as fizeram. Trata-se do princípio do *pacta sunt servanda*, que, de acordo com os ideais de liberdade e igualdade burgueses corroborava o extremado individualismo consagrado como centro do ordenamento jurídico.

Verifica-se, pois a influência da autonomia da vontade no ordenamento jurídico francês, que, aliás, influenciou inúmeros ordenamentos jurídicos do mundo, moldando a concepção clássica de contrato.

As teorias econômicas do século XVIII propunham a liberdade na movimentação das riquezas. Se o contrato é o instrumento colocado à disposição do direito para a circulação das riquezas, é necessária a liberdade contratual. Desta forma, haveria total harmonia social e econômica. Assegurando-se a liberdade contratual, ter-se-ia uma natural eqüidade nas

relações contratuais, pois o contrato, ao regulamentar as vontades individuais seria justo por natureza.

Eis o liberalismo, que atingiu seu apogeu no século XIX, no chamado Estado Moderno.

3. PENSAMENTO JURÍDICO LIBERAL-VOLUNTARISTA:

O individualismo atribuía à vontade individual a função de causa primeira do Direito. O comércio jurídico deveria repousar no contrato. A pedra angular do Direito Privado, segundo Orlando Gomes, seria o dogma da autonomia da vontade. O voluntarismo clássico atribuía à vontade o papel de fonte exclusiva da criação do Direito, a tal ponto que ignorava a existência anterior do direito objetivo.

Para o voluntarismo, a vontade humana é fator essencial na criação, modificação e extinção dos direitos e obrigações. Em conseqüência, vontade e negócio jurídico foram assimilados[3].

Os imperativos da liberdade individual e o dogma intangível da autonomia da vontade, que desaguava na força obrigatória dos contratos, no auge do individualismo econômico do século XVIII, criaram a concepção tradicional de contrato.

Segundo a doutrina da autonomia da vontade a obrigação se funda exclusivamente na vontade das partes. É a vontade humana, destarte, que legitima a relação jurídica contratual e não a autoridade da lei.

À lei compete somente disponibilizar instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas oriundas da vontade das partes e, em havendo necessidade, ocupar uma posição supletiva. Ao direito cabe assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, donde nasce a teoria dos vícios do consentimento.

O dogma da liberdade contratual, garante a liberdade de contratar ou de se abster de contratar, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato, não podendo o Estado intervir nas relações inerentes ao Direito Privado, no que concerne à autonomia da vontade, podendo o indivíduo contar com a proteção do ordenamento jurídico que tutela o contrato, sem interferir na sua formação.

---

[3] *Idem*, p. 11.

Para o liberalismo econômico do século XIX, a teoria contratual, fundamentada na autonomia da vontade e na liberdade contratual, consiste em um dos mais importantes institutos jurídicos, pois instrumentaliza a movimentação de riquezas na sociedade.

Durante o liberalismo a liberdade contratual exerceu três funções que se revelaram importantíssimas: a) A livre concorrência; b) O *Pacta sunt servanda;* c) A Função protetora.

Pelo fato de os indivíduos agirem de maneira autônoma e livre no mercado surgia uma importante figura, qual seja a livre concorrência, onde os próprios contratantes estabeleceriam as regras, que, em tese, levaria a uma eqüidade nas relações contratuais;

Se a liberdade contratual é garantida pelo Estado e a economia é livre e descentralizada, cada contratante possui a maior independência possível para se obrigar, tendo como limite apenas a sua vontade. O contrato, portanto, "faz lei entre as partes" – *Pacta sunt servanda* – , isto é, o indivíduo possui liberdade para contratar e, se contrata, há de cumprir a avença nos limites em que celebrou o contrato.

O liberalismo contratual, então, que permite a livre concorrência e a força obrigatória dos contratos, faz emergir a chamada função "protetora", onde o Estado se abstém de qualquer intervenção nas relações entre os indivíduos, porém, garante os meios de execução do contrato. Ora, se o indivíduo tem liberdade e possibilidade de se auto-obrigar, tem direito de se defender contra a imputação de outras obrigações com as quais não tenha manifestado a vontade.

Como corolário destas três funções tem-se, na teoria contratual, por exemplo, o princípio da liberdade de forma das convenções, a livre estipulação de cláusulas e a possibilidade de criar novos tipos de contratos, não previstos nos Códigos.

Os obstáculos encontrados pela teoria da liberdade contratual seriam as regras imperativas que a lei formula, todavia, no direito contratual tradicional, tais regras são raras e visam justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade.

No mais, as normas se restringem a fornecer parâmetros para a interpretação correta da vontade das partes e a oferecer regras supletivas para o caso de os contratantes não

desejarem regular eles mesmos determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre o lugar e o tempo do pagamento.

A vontade, sob a égide do liberalismo, é elemento essencial da relação contratual, resta, portanto, evidente que a autonomia da vontade deságua na idéia de superioridade da vontade sobre a lei. Tal assertiva revela-se verdadeira, tendo em vista a previsão do art. 1.134 do Código Civil francês, o qual dispõe que a avença configura lei entre as partes.

O Direito, assim, deve moldar-se à vontade, protegê-la, interpretá-la e reconhecer sua força criadora. Para o liberalismo, portanto, a vontade é a força fundamental que vincula os indivíduos.

Essa vontade gera a idéia de força obrigatória dos contratos, pois uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas pelo contrato que resultou desta vontade que foi exarada sem vícios.

As partes têm direitos e obrigações, só podendo se desvincular da vontade manifestada por meio de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito – acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem.

O Estado não tem legitimidade para intervir na relação entre os particulares. O Estado-juiz não pode, na visão tradicional de contrato, intervir com vistas a modificar e adequar à eqüidade a vontade manifestada pelas partes na avença. Ao juiz compete somente respeitar a vontade das partes e assegurar que os efeitos queridos no contrato sejam alcançados.

A vontade manifestada pelas partes, todavia, há de ser livre e consciente, não inquinada de vícios, sem influências externas coatoras. Conforme dispunha o Código Civil de 1916 – CC/16 –, nos artigos 86 a 113, se na formação do contrato a vontade de uma das partes estiver viciada, o negócio jurídico é passível de anulação.

A própria escolha da figura da anulabilidade – art. 147, II, CC/16 – rende homenagem à autonomia da vontade, uma vez que a anulabilidade só repercutirá na validade e na eficácia do negócio jurídico se houver interesse das partes neste sentido. Enquanto, ao revés, a nulidade, que há de ser declarada de ofício pelo juiz, não guarda relação com a autonomia da vontade.

Ao direito, portanto, interessava identificar qual vontade serve de fonte e legitimação do contrato, se a vontade interna (*Willenstheorie*) ou se a vontade declarada (*Erklärungstheorie*)[4].

A preeminência da autonomia da vontade no período liberal permitia a intervenção do Estado na relação obrigacional, somente quando o consentimento se revelava viciado, não obrigando, destarte o indivíduo.

O consentimento livre de vícios, portanto, obriga o indivíduo ainda que o contrato se revele injusto ou abusivo. O membro de um dos pólos da relação contratual não possui legitimidade para se socorrer da jurisdição, salvo em casos especialíssimos de lesão, pois o contrato é o meio mais importante de movimentação de riquezas na sociedade.

O *Code Civil* francês de 1804, conforme salientamos, influenciou inúmeros ordenamentos jurídicos da civilização ocidental, dentre os quais destacamos o Código Civil brasileiro de 1916, o qual também corroborava a autonomia da vontade como valor supremo do sistema contratual. Se a vontade é autônoma, o contrato há de ter força obrigatória, impondo-se não somente às partes, mas também ao juiz.

Em três pilares fundamentais, segundo Luiz Edson Fachin, se assenta a estrutura do sistema privado clássico: *"o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade como títulos explicativos da relação entre as pessoas e sobre as coisas"*[5].

A concepção individualista, desde o século XVIII, se assenta, portanto, em privar, possuir e pertencer. Verifica-se, na teoria clássica, a contemplação do indivíduo-centrismo, confirmando e justificando o individualismo que atuou no regime civilista.

Esse regime civilista neutro destinado à perpetuidade sustentou o Direito Civil por longos anos. Consiste na auto-regulamentação dos interesses privados, vincado na igualdade formal, que serviu para emoldurar o bem acabado modelo, sustentado pelo Código Napoleônico e os ideais burgueses.

---

[4] Orlando Gomes, no ano de 1967, em "Transformações Gerais do Direito das Obrigações", trazia discussão acerca da Teoria da Vontade e da Teoria da Declaração, ao tecer comentários acerca da decadência do voluntarismo jurídico (pp. 10/15).

[5] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil, 2a. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 12-13.

Essa concepção, corroborada pelo ordenamento jurídico, que sempre a legitimou, respondia às necessidades do sistema de desenvolvimento do capital. Segundo Fachin, a consolidação desses espaços liberais apenas reescreve o trono do monarca que volta a reinar sob outros matizes.

4. A DICOTOMIA DO DIREITO PÚBLICO/PRIVADO:

O final do século XIX e início do século XX, todavia, começa a revelar uma nova concepção de direito dos contratos. A revolução industrial e a massificação do consumo acentuam a necessidade de intervenção estatal nas relações obrigacionais.

Na contemporaneidade, o interesse individual, o social e o estatal assumem contornos de difícil separação. Ainda que didaticamente separados, é inegável que o público e o privado se complementam[6].

Revela-se bastante difícil localizar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente e isolado do interesse público. Cita-se à guisa de exemplo, as categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, previstos no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

O direito privado não mais é considerado o local onde os particulares estão a salvo das ingerências do Estado. Segundo a Constituição Federal de 1988, nem mesmo a atividade do Estado se pauta pela cega subordinação do indivíduo às suas normas, que hão de respeitar o valor constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, conforme preconiza a Carta Magna, no artigo 1º, inciso III.

A Constituição da República define a tábua axiológica que há de intervir em cada um dos setores do Direito Civil, alterando radicalmente a ordem jurídica, abandonando o modelo liberal em favor de um Estado social[7].

O ordenamento jurídico contemporâneo é visto como um todo, onde há de se considerar a superioridade dos valores e princípios insculpidos na Constituição Federal, abandonando-

[6] MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.
[7] TEPEDINO. Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 203.

se a separação do direito público e do direito privado, que configura um postulado da doutrina tradicional.

O Código Civil não pode ser visto como uma constituição do Direito Privado, isto é, um ordenamento da sociedade civil. Torna-se necessário aplicar o valor político das normas de direito privado e definir as suas funções em relação ao sistema sócio-político-econômico.

Para tal desiderato, não se pode conceber o direito civil como uma constituição do direito privado e nem a Constituição como a lei do Estado. Aquele há de se fundar nos princípios e valores constantes na Constituição Federal, que devem priorizar a pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Lembro-me do exemplo de Lassale, citado por Gustavo Tepedino, do Estado *veilleur de nuit*, vigia da noite: "um hipotético vigia noturno de uma obra em construção, com o seu indefectível radinho de pilha, cuja intervenção se limita a bloquear eventuais e inoportunos invasores. Sua atuação limita-se à repressão do ilícito, sem que sequer lhe fosse dado conhecer o que se está a erguer naquele canteiro de obras para cuja segurança ele devota, leal e cegamente, a sua existência"[8].

Ascende o Estado intervencionista do século XX, onde o legislador deixa de ser simples garantidor da ordem jurídica e social marcada pela igualdade formal, e passa a atentar para a função social que os contratos devem cumprir.

A codificação, portanto, que tinha por fito proteger a ordem social secular, erigida sob a égide do individualismo, cujos pilares das relações privadas consistiam na autonomia da vontade e na propriedade privada, onde era vedada a intervenção do Estado nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, garantindo-se, destarte, o tráfego jurídico e a propriedade privada, como expressão da liberdade e da personalidade humanas, característica própria do Estado liberal sofre profunda alteração com o Estado intervencionista do século XX.

O Estado passa a ter legitimidade para intervir nos institutos privados, procurando proteger e atingir objetivos sociais definidos, atinentes à dignidade humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.

[8] *Idem*, p. 204.

A igualdade formal gerava efeitos perversos, pois o princípio destinado exatamente a acabar com os privilégios do regime anterior, revelava, nas relações jurídicas permeadas pela desigualdade, a preponderância da parte mais forte sobre a mais fraca.

O Estado-legislador, portanto, despe-se do papel de simples garantidor da ordem jurídica, vincada na liberdade individual e assume um papel intervencionista, com o fito de que o contrato atinja também sua finalidade social.

O Direito das obrigações passa por inúmeras transformações, algumas ratificadas, inclusive pelo Código Civil de 2002. Os dogmas irrefutáveis consagrados pelos manuais começam a sofrer modificações.

5. A AUTONOMIA DA VONTADE NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL:

Já no final do século XIX, surgiam as doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações com o empresariado. Os problemas sociais crescem e dão origem à primeira intervenção poderosa do Estado Liberal nas Relações Privadas: o direito do trabalho.

No Brasil, após a Segunda Guerra, a tendência mundial de socialização do Direito Civil, especialmente do Direito dos contratos, apresenta pouca repercussão legislativa, salvo as leis do inquilinato, seguros e promessa de compra e venda.

A teoria contratual clássica entra em crise com a industrialização e a massificação das relações contratuais, onde se destaca a conclusão de contratos de adesão. A teoria contratual clássica não mais se adapta à realidade socioeconômica do século XX[9].

O acordo de vontades, muitas vezes é mais aparente do que real. Em regra, os contratos são pré-redigidos onde se revela um desnível entre os contratantes – um redige as cláusulas, o outro, se quiser, adere – desmentindo a idéia de que se é assegurada a liberdade, assegura-se a justiça contratual.

O individualismo e o voluntarismo, todavia, não se adaptavam à realidade do século XX, com proliferação dos contratos de adesão, dos contratos cativos de longa duração, a

[9] *Idem,* p. 150.

concentração monopolizante de poder em mão de empresas, a presença do Estado na economia obrigando os particulares em muitos casos a contratar.

No Brasil, a crise da concepção clássica do contrato só apresenta uma solução na década de 1980, com a edição da nova ordem constitucional, e de seu reflexo mais importante até agora no campo contratual: a Lei n. 8.078/90, chamada de Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC – se propõe a restringir e regular, por meio de normas imperativas, o espaço antes reservado totalmente para a autonomia da vontade, instituindo como valor máximo a eqüidade contratual.

Atualmente, o campo de utilização dos contratos é muito amplo, não só no que se refere ao número de contratos, mas também no que concerne aos tipos de contratos – leasing, frachising, factoring etc.

Com a decadência do voluntarismo no Direito Privado os conceitos foram relativizados. A realidade social, política e econômica, levou o direito dos contratos a ganhar uma nova função, qual seja, a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

O princípio do equilíbrio econômico, que há de ser verificado durante toda relação contratual, não deve servir de instrumento para que, sob o manto de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante.

A eqüidade e a justiça ocupam o centro de gravidade do conceito de contrato, em substituição ao mero jogo de forças volitivas e individualistas, que, na sociedade de consumo, só levava ao predomínio da vontade do mais forte sobre o vulnerável. Eis a denominada função social do contrato, novo limite ao exercício da autonomia da vontade, disciplinada pelo art. 421, Código Civil em vigor, dispõe que *"a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*.

Pode-se, com isso, pensar em um novo modelo de contrato[10]?

No Código Civil de 1916, conforme salientado, o contrato era a própria expressão da autonomia privada. As partes tinham liberdade de estipular o que lhes convinha, servindo o contrato como instrumento eficaz da expansão capitalista. As partes eram consideradas em

[10] *Idem*, p. 171.

condição de igualdade, todavia, sob um ponto de vista formal, fato este que ensejou a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos.

Diante do dirigismo estatal e da prática dos contratos de adesão, há o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. A noção de liberdade contratual foi construída como projeção da liberdade individual, pois se atribuía à vontade papel de criar direitos e obrigações.

Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder. O direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade a autodeterminação da *lex inter partes*, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz.

O contrato não é mais visto como um instrumento representativo do antagonismo das partes, mas um instrumento de cooperação, onde todos os signatários se encontram comprometidos com a concreta implementação das finalidades do negócio jurídico avençado.

Três princípios atuavam absolutos em torno da autonomia da vontade: a) princípio da liberdade contratual, onde as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei; b) o *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes – art. 1.134 do Código Civil francês); c) a relatividade dos contratos, onde o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

A estes princípios, em razão dos movimentos sociais do final do século XIX, acrescentou-se o princípio da supremacia da ordem pública – na realidade, mais um limite que um princípio. Esta limitação refere-se à boa-fé objetiva, ao equilíbrio econômico e financeiro (ou equivalência material) e a função social do contrato.

Há de se confrontar, portanto, os princípios clássicos com os novos princípios decorrentes da ordem pública.

A liberdade contratual é informada pela boa-fé objetiva, que há de ser considerada em todas as fases do contrato, desde a fase pré-contratual à fase pós-contratual. O *pacta sunt servanda* é mitigado pela necessidade de se assegurar o equilíbrio entre a prestação e a contraprestação (equilíbrio econômico e financeiro do contrato). E a relatividade dos efeitos do contrato é abrandada pelo reconhecimento e afirmação de sua função social.

A autonomia privada, antes garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, com o eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade para a tutela objetiva da confiança[11].

Tais argumentos são corolários da modificação de enfoque do direito privado: em uma sociedade de massa, a atuação do indivíduo possui reflexos sobre os demais indivíduos e os bens públicos.

O contrato, atualmente, não está fundado na vontade como única fonte de regulação jurídica. O reconhecimento da relevância da ordem pública, das disposições imperativas dos contratos de consumo, dos contratos ditados, mudou substancialmente o panorama pretérito.

Há um acúmulo, segundo Luiz Edson Fachin, de regras institucionais, criadas pelo legislador, que atuam de modo similar a uma partitura, que o contratante interpreta em cada caso – cláusulas gerais, sem a pretensão de ser exaustivo, na regulamentação dos institutos.

Aquele modelo de relação obrigacional, fundado na submissão coercitiva do devedor ao credor, não mais se revela uma realidade absoluta. O vínculo jurídico que une credor e devedor, devendo este realizar em favor daquele uma prestação consistente em dar, fazer ou não fazer, sob pena de coerção judicial, não mais esgota a definição de relação obrigacional.

Com a enfermidade do sistema individualista, chega-se à função social. Os contratos, especialmente os de adesão, recebem interferência do interesse público, atento às cláusulas abusivas.

Sob a égide civil-constitucional, a pessoa é mais que titular de negócios. Os contratos deixam de ter o homem como instrumento do lucro. Há uma mudança paradigmática, os contratos podem visar – e visam – o lucro, desde que não atentem contra a dignidade da pessoa humana.

A proteção jurídica agora é outorgada à pessoa humana, não mais é destinada ao sujeito abstrato da relação jurídica – detentor da igualdade formal. Trata-se da tutela

[11] *Idem*, p. 176.

individualizada, colocando-se o indivíduo como finalidade da norma jurídica, diferente de outrora, quando era considerado instrumento do ordenamento jurídico.

É de se observar a função social do contrato e os princípios da probidade e boa-fé, com o fito de se obter relações contratuais mais equânimes, justas e razoáveis, em um país marcado por desigualdades.

A análise do Direito Civil preconiza a funcionalização das situações patrimoniais, as quais devem servir de instrumento para a realização da pessoa humana. Isto quer dizer que os aspectos existenciais se sobrepõem aos patrimoniais, que, sob a égide do Código Civil de 1916, caracterizavam o cerne da tutela jurídica.

Eis a denominada despatrimonialização do Direito Civil. Não se trata de relegar a aspiração econômica, mas atribuir ao aspecto econômico uma justificativa institucional, a qual possibilite o desenvolvimento da pessoa.

Os três pilares fundamentais que estruturam o Direito Privado clássico, citados por Luiz Edson Fachin, contrato, família e propriedade, não mais esgotam o âmbito de proteção do ordenamento jurídico, que se volta para a tutela da pessoa.

6. CONCLUSÃO:

Infere-se, portanto, que a "Nova Teoria Contratual" não decreta a morte da autonomia privada na relação obrigacional. Ao revés, ao observar a função social, a tutela da confiança, os princípios da probidade e boa-fé, se garante a vontade dos contratantes, os quais, obterão um contrato equânime e justo, onde são observados os interesses de cada um dos contratantes[12].

Dificulta-se sobremaneira a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos nas relações contratuais. Nas relações obrigacionais em que não há igualdade material, o Estado intervém e equilibra a balança com o fito de alcançar o objetivo das partes, sem a exploração de qualquer delas.

A vontade individual, como elemento essencial do contrato, deixa de ser soberana, pois

[12] Neste sentido: Resp 319.707-SP – 3ª. T. – STJ – Rel. p/ acórdão Min. Castro Filho. Trecho da Ementa: *"(...) Ainda que se deva, em princípio dar interpretação mais favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusulas expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato"*. Não obstante a ingerência estatal sobre os contratos oriundos de relações de consumo, infere-se a aplicação da autonomia privada na referida relação contratual.

o Estado-legislador e o Estado-juiz têm legitimidade para adentrar em território antes reservado exclusivamente aos indivíduos. Conforme salienta Heloisa Carpena Vieira Mello, *"a revisão da intocável autonomia contratual passa a se impor como condição da preservação do próprio instituto"*[13].

A codificação que se destinava a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo, com vistas a garantir a autonomia privada e a propriedade privada, vedando a intervenção do legislador nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, que somente deveria garantir a estabilidade das regras do jogo, foram alteradas profundamente no Estado intervencionista do século XX.

A atenção do legislador se volta para a função social, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais.

Não obstante a proteção à dignidade da pessoa humana, é de se ressaltar que o contrato se transformou para se adequar ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica. O

---

[13] MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. *In* TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 311.

[14] GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? *In* Revista Crítica Jurídica, n. 18, junho/2001, p. 06.

[15] Ag Rg no REsp 807052/RS: *"(...) O regime jurídico dos contratos mercantis que embasam relação de consumo mitiga o princípio da autonomia da vontade em favor de um prevalecente dirigismo contratual; admite-se, em conseqüência, a revisão judicial das cláusulas contratuais que colidam com as normas jurídicas em vigor"*.

[16] SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. *In* TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307.

[17] Resp 439797/SP; Recurso Especial 2002/0072637-3. Rel. Ministro Paulo Gallotti. *"Não é nula a cláusula em que se renuncia ao direito de indenização nas hipóteses de acessão em terreno locado, prestigiando o princípio da autonomia das vontades"*.

[18] REsp 258103 / MG ; RECURSO ESPECIAL 2000/0043543-0. *"Não é abusiva a cláusula inserida no contrato de empréstimo bancário que versa autorização para o banco debitar da conta-corrente ou resgatar de aplicação em nome do contratante ou coobrigado valor suficiente para quitar o saldo devedor, seja por não ofender o princípio da autonomia da vontade, que norteia a liberdade de contratar, seja por não atingir o equilíbrio contratual ou a boa-fé, uma vez que a cláusula se traduz em mero expediente para facilitar a satisfação do crédito, seja, ainda, por não revelar ônus para o consumidor"*.

[19] REsp 86137 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1996/0003432-0: Ementa: Clube social. Furto. Validade da Cláusula Estatutária que estabelece não responder o clube pelo furto de bens do associado que ocorra em suas dependências. Respeito à autônoma da vontade, uma vez inexistente ofensa à norma jurídica, cuja observância seja inarredável, ou a algum princípio ético.

[20] *Idem*, p. 312.

contrato continua a desempenhar aquela que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica. Revela-se que sua função não contraria, ao contrário, secunda o princípio da autonomia privada.

Tal assertiva se extrai do pensamento de Eros Roberto Grau, o qual salienta que *"(...) podemos dizer que é necessário modernizar a teoria clássica do contrato (...) para que tudo permaneça funcionando regularmente na economia de mercado, a circulação mercantil fluindo regularmente e as relações de intercâmbio sendo praticadas regularmente"*[14].

Não houve supressão, pelo Estado social, do princípio da autonomia da vontade. Houve uma redução de sua importância, deixando de ser um dogma inafastável da teoria contratual clássica, para minimizar as desigualdades na relação contratual.

Essa adaptação demonstra a sobrevivência do contrato, que sempre decorre de avenças – vínculos jurídicos – que proporcionam a fluência das relações de mercado.

Havendo a intervenção estatal, impondo sanção ao descumprimento do contrato ou passando a intervir para tutelar a parte mais fraca da relação contratual, continua exercendo sua função principal, qual seja, a fluência das relações de mercado, isto é, a circulação de riquezas.

Os interesses privados continuam sendo tutelados pelo instrumento do contrato, cuja autonomia dos particulares permanece fundamental à sua formação, todavia, a lei a mitiga em prol de relações obrigacionais mais equânimes, com fincas à formação de relações jurídicas permeadas pela igualdade material[15].

Tem-se, portanto, que *"a auto-regulamentação dos interesses privados não é de todo rechaçada, mas é a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, a qual, permanece essencial à formação dos negócios jurídicos, porém, teve sua força diminuída, relativizando-se, por conseguinte, a obrigatoriedade e a intangibilidade do conteúdo do contrato"*[16].

Nas relações paritárias, onde efetivamente é vislumbrada igualdade – material – entre as partes que celebram a relação jurídica obrigacional, há de prevalecer a autonomia privada, pois, não havendo ofensa à normas de ordem pública, o Estado mantém-se como garantidor

das cláusulas avençadas no referido instrumento[17] [18] [19].

A intervenção estatal nos domínios privados não constitui uma restrição, mas visa garantir a própria preservação da liberdade. Nos contratos *Standard*, por exemplo, quando unilateralmente são impostas as condições da contratação pela parte mais "forte", expande e potencializa sua liberdade, graças à sua posição economicamente dominante, *"à custa da liberdade contratual da outra"*[20].

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Direito do Consumidor: Um Estudo de Direito Civil Constitucional. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Reflexões em Torno do Conceito de Obrigação, seus Elementos e suas Fontes. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. O Princípio da Boa-fé no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – Análise quantitativo-comparativa e consolidação de ementas. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 51, RT, jan-mar 2004.

COSTA, Pedro Oliveira da. Apontamentos para uma Visão Abrangente da Função Social dos Contratos.

DELGADO, José Augusto. A Ética e a Boa-fé no Novo Código Civil. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 49, RT, jan-mar 2004.

GOMES, Orlando. Transformações Gerais do Direito das Obrigações. São Paulo: RT, 1967.

GRAU, Eros Roberto. Um Novo Paradigma dos Contratos? *In* Revista Crítica Jurídica, n. 18, jun/2001.

JACQUES, Daniela Corrêa. A Proteção da Confiança no Direito do Consumidor. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 45, RT, jan-mar 2003.

LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa-fé Objetiva. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O Novo Regime das Relações Contratuais, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 45, RT, jan-mar 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, tomo I.

MATTIETTO, Leonardo. O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A Boa-fé como Parâmetro da Abusividade no Direito Contratual. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Contratos de Adesão e Cláusulas Contratuais Gerais: Problemas e Soluções. *In* Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 7, jul-set 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA, Maurício Jorge. A Pós-eficácia das Obrigações. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

NEGREIROS, Teresa. Teoria dos contratos: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

PEIXOTO, Ester Lopes. O Princípio da Boa-fé no Direito Civil Brasileiro. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 45, RT, jan-mar 2003.

PINHEIRO, Juliana Santos. O Conceito Jurídico de Consumidor. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

SALLES, Raquela Bellini de Oliveira. O Desequilíbrio da Relação Obrigacional e a Revisão dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor: Para um Cotejo com o Código Civil. *In* Obrigações: Estudos na perspectiva civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Denis Franco. O princípio da Autonomia: da Invenção à Reconstrução. *In* MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. Breves Reflexões sobre a Eficácia Atual da Boa-fé Objetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In* Problemas de Direito Civil-Constitucional, TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

TABET, Gabriela. Obrigações Pecuniárias e Revisão Obrigacional. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Código de Defesa do Consumidor, Código Civil e Complexidade do Ordenamento. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 56, RT, out-dez 2005.

_____. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. *In* Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____ e SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o Conceito Jurídico de Consumidor. *In* Revista de Direito do Consumidor, n. 45, RT, jan-mar 2003.

A APLICAÇÃO DO DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE NO BRASIL

Danuza da Silva Crespo Bastos*

RESUMO

A disputa pelo domínio do solo e o valor econômico atribuído à propriedade pelo homem remontam do direito romano, época regida pelo enaltecimento da acessão em favor do dono do solo e pelas conquistas territoriais do Império Romano. Tal situação não mais se compatibilizava com os vigentes valores e princípios constitucionais. Experimenta-se, contemporaneamente, que a função social se converteu em um elemento estrutural do direito de propriedade, estatuída na Constituição da República de 1988, provocando uma ruptura no conceito de direito de propriedade em benefício da riqueza criada. Nesse enfoque, o direito real de superfície, com origem romana, provoca uma mitigação do direito de propriedade, permitindo que se conceda a terceiro construir ou edificar em terreno alheio. No Brasil, o direito de superfície era disciplinado nas Ordenações do Reino. Posteriormente não foi contemplado no Código Civil de 1916. Atualmente, afigura-se possível sua aplicabilidade como um direito real autônomo, previsto expressamente no Estatuto da Cidade como instrumento de política urbana e, no Código Civil de 2002, com contornos genéricos, podendo neste ser utilizado para atender a interesses privados. Indaga-se, ainda, acerca das modalidades não regulamentadas no ordenamento jurídico pátrio, como o direito de sobrelevação, este com significação efetiva na concretização de programas habitacionais. Pretende-se, com a aplicação do direito de superfície, traçado com moldes atuais, uma eficaz e ordenada ocupação do solo urbano ou rural, assegurando ao indivíduo possibilidade de trabalho e moradia, norteado pelo princípio fundamental da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE, SOLO, URBANO, RURAL, MORADIA.

ABSTRACT

The dispute for the domination of the land and the economic value attributed to the property, by man, comes from the Roman Law. Such situation had no compatibility with the valid laws and the constitutional principles. Nowadays it is experienced , that the social function was converted into a structural element of the property rights, decreed in the Constitution of 1988, provoking a break of the concept of the property rights in favor of the created wealth. On that focus, the real rights to the land of Roman origin, provokes a mitigation of the property rights, permitting the third parties, the concession for building or edification in an unaware(undefined) land. In

* Mestre em Relações Privadas e Constituição pela FDC. Professora de Direito Civil do Curso de Direito da FDC. Professora de Direito Civil do Curso de Pós-graduação da FDC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa de Direito Civil da FDC.

Brazil, the right to the land was regulated in the Ordinations of the Reign. Afterwards**,** it was not considered in the Civil Code of 1916. Nowadays, it seems possible its applicability like an autonomous real rights**,** clearly previewed in the "Estatuto da Cidade" as an urban political instrument and, in the Civil Code of 2002, with generic contours , able to be used to attend to private interests. Questioned about the modalities not ruled by the national juridical ordination as overtopping rights**,** with an effective signification on the concretization of the housing programs. Throughout the application of the rights to the land, drawn into the recent molds and in the least expensive way, a useful and methodical occupation of the urban or rural land, in order to ensure each individual the possibility of working and housing, guided by the fundamental principles of human dignity.

KEYWORDS: REAL RIGHTS TO THE LAND, LAND, URBAN, RURAL, HOUSING.

INTRODUÇÃO

O homem ao tentar dominar a natureza, busca sempre uma adequação que atenda a seus propósitos. A exacerbação desse individualismo no direito de propriedade propiciou o desafio das leis da própria natureza, tendo como indicadores a inviolabilidade e o absolutismo, capturando espaços e, conseqüentemente, criando solos artificiais. Apropriando-se do solo, historicamente, o homem passa a se fixar a um determinado lugar e, objetivando exercer seu domínio, dispensa uma inequívoca importância ao solo.

No direito romano a propriedade recebe tratamento prepulgente, aplicando como regra o princípio *superficies solo cedit*, que resulta na presunção absoluta de que tudo que se planta ou se constrói adere ao solo e é de propriedade do dono do solo, dominando a aquisição pela acessão.

Tal situação, embora se apresente como regra adotada no ordenamento jurídico pátrio, não mais se compatibiliza com vigente postura imprimida à propriedade, sendo necessário atenuar o impacto produzido na sociedade, apresentando um conjunto de limitações formais que excepcionam o regramento, servindo para atenuar as conseqüências sócio-econômicas nocivas provocadas pelo conceito rígido de domínio.

O direito de superfície representa uma mitigação ao princípio romano, enfocado como um instrumento que possibilita o fracionamento do domínio exercido sobre o solo, na medida em que permite que a propriedade da acessão realizada em solo de outrem não seja atribuída ao *domini soli*.

Pretende-se delimitar o conteúdo jurídico do direito de superfície e abordar o relevante papel que o instituto desempenha na implementação de uma nova concepção de propriedade e utilização do solo.

Para tanto, parte-se, inicialmente da importância dispensada ao solo e ao princípio da acessão, buscando em seguida, enfocar o retorno do instituto enfatizando seu retorno ao ordenamento jurídico brasileiro, através do Estatuto da Cidade e, posteriormente, com o advento do Código Civil, questionando os aspectos que não foram alvo de regulamentação jurídica.

Objetiva o presente estudo demonstrar que o direito de superfície possui caráter inovador, possibilitando com a sua utilização, um melhor aproveitamento do solo e o estabelecimento de novos paradigmas no direito de propriedade, tendo como princípio norteador a dignidade da pessoa humana, fundamento da República estatuído no inciso III do art. 1º da Carta Magna, em consonância com a função social preconizada no inciso XXIII do art. 5º da Constituição da República de 1988.

1- O SOLO E O PRINCÍPIO DA ACESSÃO

A existência humana é marcada pela presença do homem em situação de permanente convívio com os seus semelhantes. Durante toda sua vida, o homem interage, havendo constante troca de idéias, de formas de trabalho e de provimento de meios de sustento, e ainda de realização de negócios. O aglomerado de indivíduos, por sua vez, propicia o surgimento de atritos entre os membros da sociedade e a necessidade de disciplina do espaço comum de convivência. Busca o homem exercer o domínio total ou parcial sobre as coisas.

Com efeito, dentre as coisas suscetíveis de sofrer os efeitos dessa dominação total ou parcial do homem está o solo, este sendo visto sob o prisma de expansão vertical e horizontal, numa acepção ampla.

Sabe-se que faz parte do imaginário humano, a idéia de construções tão altas que toquem o céu. Assim, na Bíblia encontra-se a passagem da construção da Torre de Babel.[1]

O homem, ao dominar a técnica, busca sempre desafiar as leis da natureza, criando solos artificiais. Na verdade, a elasticidade do solo, como forma de criação artificial do solo, integra a conquista tecnológica do homem, que começa a

[1] SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 147.

dominar a arte de construir e de capturar espaços, sendo evidente que o momento histórico, econômico e social sempre foi fator preponderante na formação de paradigmas jurídicos. Cumpre evidenciar que fez parte do passado histórico brasileiro, a construção de sobrados e porões coloniais, quando eram criados solos em planos horizontais, mas sem quebrar o equilíbrio ecológico ou destruir a dimensão humana das cidades.

Na análise do domínio do solo, destaca-se o principio da acessão, que constitui uma forma de aquisição da propriedade pela via originária e consiste na prerrogativa de que pertence ao proprietário do solo tudo que se une ou se incorpora ao bem. Caracteriza-se a acessão pela união física entre duas coisas, formando um conjunto, em que as partes, embora possam ser reconhecíveis, não guardam autonomia.

Costuma-se invocar como fundamento da acessão o princípio de que o acessório segue o principal. No entanto, tal princípio não se apresenta como um imperativo de justiça. Nesse sentido, há de se analisar a razão pela qual, ocorreu a união das coisas e não a separação, atribuindo ao proprietário da coisa principal o todo.

O princípio *superficies solo cedit*, oriundo do Direito Romano, assegura que a superfície acede ao solo. Por sua força, tudo que era plantado ou edificado no solo passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo.

Verifica-se em ordem prática, que se torna mais vantajoso e fácil atribuir a propriedade da coisa edificada ou plantada ao dono do solo, considerando este dono do principal, do que estabelecer um condomínio difícil de administrar. No patamar jurídico, se considera que, com a união, as coisas se tornam inseparáveis, formando uma coisa nova sendo óbvio que se atribua a propriedade desta ao dono da coisa anterior considerada mais importante.

Nesta ordem de idéias, é correto afirmar que o princípio da acessão se aplica como regra no ordenamento jurídico, atribuindo ao *dominus soli* a propriedade plena da plantação ou edificação realizada em terreno de sua propriedade.

Analisado o desenvolvimento gradual das regras jurídicas acerca da acessão, não há dúvidas de que atualmente os tempos são outros. Normas de outrora precisam ser ajustadas à realidade, principalmente à realidade dos grandes centros urbanos onde, em razão de inúmeros arranha-céus em que, em geral, a construção é de grande valor econômico, torna-se habitual problemas desta natureza. Destarte, fere ao

bom senso a aplicabilidade do princípio da acessão, atribuindo exclusivamente ao proprietário do solo a plena propriedade da edificação ali erguida.

Cumpre evidenciar que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que com a construção de edifícios de apartamentos, não mais pode prevalecer o princípio *superficies solo cedit*, impondo-se a regra inversa do principio *solum cedit superficies*, como salienta Carlos Maximiliano.[2]

Norteado-se isoladamente pelo princípio *superficies solo cedit*, pode-se constatar uma superioridade da terra, difundido nos tempos em que era o principal bem econômico, a dar preferência a uma edificação moderna, que pode se apresentar como bem mais importante economicamente e socialmente, na medida em que, manifesta-se como a mais pura realização da destinação social que a propriedade atual deve apresentar, prevista no art. 5°, inciso XXIII[3] e, nos arts. 170, inciso III, 182, § 2º, 184 e 186, da Carta Magna de 1988.[4]

Como observa Angel Antón Oliva, a função social se converteu em um elemento estrutural do direito de propriedade e, nos dias atuais tanto justifica uma imposição de restrição externa ao direito de propriedade, como as cargas e obrigações de fazer, a que terá que dar cumprimento o titular do terreno.[5]

Noutro passo, a relação do direito de superfície com a regra do princípio da acessão é bem estreita, visto que, este direito vem como uma mitigação do princípio *superficies solo cedit.*

Com efeito, a dicotomia precisa entre público e privado se ofusca diante da interpretação dos seus conteúdos inseridos na Constituição da República de 1988. Na esteira dessa dicção constitucional, em coro com tantos outros, relata Luiz Edson Fachin que "a *doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional: não é todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização"*.[6]

Nessa linha de pensamento, mostra-se inequívoco o reconhecimento do reflexo direto no Direito Civil dos valores e princípios constitucionais. No entanto, a atribuição constitucional do princípio da função social da propriedade não torna público

---

[2] MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio, terras, apartamentos e andares perante o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950. p. 94-131.
[3] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 07.
[4] *Ibidem*, p. 111-117.
[5] ANTÓN OLIVA, Angel *apud* SÉGUIN, Elida. *Minorias e Grupos Vulneráveis: uma abordagem jurídica.* Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.172.
[6] FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.* Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 18.

o instituto, mas exerce influência direta no aspecto da função social beneficiando a riqueza criada, tendo em vista que o exercício do direito de propriedade deve atender ao bem estar comum. Nesse sentido, o suporte principiológico constante na Lei Maior contribui para um entendimento de comunhão que deve existir entre o uso adequado da propriedade, seu valor econômico e o título de domínio.

É lapidar o ensino de Ricardo Pereira Lira, ao descrever o direito de superfície, propondo um novo enfoque na sua conceituição:

> *É o direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer manter construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio; é a propriedade – separada do solo – dessa construção ou plantação, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente.*[7]

A complexidade atual dos fenômenos urbanos e, especialmente, a instituição do direito de superfície não mais permitem a extensão da figura arcaica e limitada que era admitida pelos romanos, e condensada pelos glosadores no que tange à extensão da propriedade, descrita nos seguintes termos: *qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum et usque ad ínferos.* Nesse sentido, admitia-se que aquele que é dono do solo, dono é até o céu e até o centro da terra.

O princípio *superficies solo cedit*, embora prevaleça no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser derrogado pelo direito de superfície, cindindo a comunhão entre o solo e o bem nele edificado ou plantado, podendo sofrer suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão.

Afere-se, portanto, que a aplicação do direito de superfície permite proporcionar no Brasil uma melhor utilização do solo, considerando que o país apresenta dimensões continentais, com extensas áreas de terras que não cumprem a sua função social e, ocupações urbanas desordenadas, na medida em que não são utilizados instrumentos de regularização fundiária eficazes.

2- O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO BRASIL

O direito de superfície não se apresenta propriamente como um novo instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Constata-se, numa analise histórica, que no período medieval a aplicação dos institutos da superfície e da enfiteuse demonstrou uma verdadeira relação de escravidão dos servos que exploravam a terra, especialmente no que tange à cobrança de

[7] LIRA, Ricardo. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 14.

altos impostos feita pelos senhores feudais aos superficiários e enfiteutas, constituídos pelos vassalos da gleba, provocando uma fragmentação dos institutos. Com o movimento histórico, econômico e social provocado pela Revolução Francesa, novos paradigmas jurídicos referentes ao direito de propriedade foram formados. Por conseguinte, os institutos da superfície e da enfiteuse foram banidos das primeiras codificações modernas por terem se tornado símbolo de escravidão do homem à terra, favorecendo o retorno da concepção romana do direito de propriedade e a aplicação do princípio *superficies solo cedit.*

No Brasil o direito de superfície era disciplinado nas Ordenações Filipinas de Portugal, e se manteve em vigor até publicação da Lei n. 1.237, de 29 de setembro de 1864, que ao enumerar os direitos reais no art. 6.º, tendo como princípio norteador a regra romana *superficies solo cedit*, deixou de mencionar o direito de superfície, sendo este banido do ordenamento jurídico brasileiro.

O Código Civil Brasileiro de 1916, fiel à determinação de Teixeira de Freitas, não inscreveu o direito de superfície entre os direitos reais que reconheceu, descrevendo rol taxativo em seu art. 674 como direitos reais sobre coisas alheias a enfiteuse, as servidões, o usufruto, o uso, a habitação, as rendas expressamente constituídas sobre imóveis, o penhor, a anticrese e a hipoteca.

Destaca-se, ainda, que o legislador ao mesmo tempo em que consagrava a mais ampla liberdade no campo dos direitos obrigacionais, buscava impor um rol preconcebido de direitos reais. A origem comum da liberdade contratual e da tipicidade real é assim relatada por Gustavo Tepedino:

> *Sabe-se que o princípio da autonomia privada e o princípio do numerus clausus têm a mesma matriz liberal que pretendeu, no regime jurídico revolucionário, franquear o tráfego jurídico, fomentando a celebração de negócios criados pelas partes e com força de lei entre elas, expressão da filosofia individualista cujo consectário lógico, do ponto de vista histórico (embora possa parecer contraditório nos dias de hoje), era justamente a supressão dos ônus que gravavam os imóveis, impedindo sua livre circulação. A propriedade, como expressão da inteligência e liberdade humana, não comportava vínculos impostos plurilateralmente pelos diversos centros do poder.*[8]

No movimento de reforma do Código Civil, que delongou anos, o direito de superfície foi incluído entre os direitos reais. No entanto, antecipando-se à publicação do atual Código Civil, somente ocorrida em 2002, foi apresentado o Projeto de Lei n. 5.788, de 1990, incluindo o direito de superfície entre os instrumentos de

[8] TEPEDINO, Gustavo. *A Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 83.

execução da política urbana, tendo como objetivo regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição da República de 1988.[9]Após demorada tramitação, foi publicada a Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001, autodenominada Estatuto da Cidade, que reintroduziu o direito de superfície no ordenamento jurídico pátrio, disposto na alínea l, do inciso III, do art. 4º, disciplinado nos arts. 21 ao 24 do diploma legal.[10]

Por derradeiro, em 10 de janeiro de 2002, foi instituído pela Lei n. 10.406, o atual Código Civil, revogando expressamente a Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916, contemplando entre os direitos reais a superfície, conforme se estatui no inciso II do art. 1.225, disciplinando o instituto nos arts. 1.369 ao 1.377.[11]

3- O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA CIDADE

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, já existia no país um interesse em promulgar uma lei geral de desenvolvimento urbano, com projetos aprovados, mas desprovidos de seguimento. Com a promulgação da Carta Magna de 1988 se estabeleceu expressamente a competência da União para estabelecer diretrizes federais sobre desenvolvimento urbano, conforme se estatui no inciso XX do art. 21 e nos arts. 182 e 183 da Carta Magna..[12]

Entendendo ser de fundamental importância a instrumentalização da política urbana do país, o senador Pompeu de Souza apresentou o Projeto de Lei n. 5.788/90, sendo aprovada a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, autodenominada Estatuto da Cidade, que vem disciplinar e reiterar vários institutos, fornecendo instrumentos de política urbana, dentre estes o direito de superfície, permitindo que se implemente uma política de desenvolvimento urbano dinâmica e eficiente, objetivando uma melhor ordenação do espaço urbano, oportunidade em que buscam soluções para problemas sociais contundentes, especialmente no que tange à moradia.

Entretanto, a questão urbana atual apresenta-se cada vez mais difícil, visto que o crescimento da população brasileira e a ocupação desordenada nas grandes cidades, fruto da migração das populações interioranas em busca de melhores condições de vida e expectativa de inclusão no mercado de trabalho, provocaram, de forma

[9] Projeto de Lei n. 5.788, de 1990. Disponível em:<http::www.senado.gov.br>. Acesso em:15 mai. 2007.
[10] BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em:<http:://www.planalto.gov.brhtm>. Acesso em: 15 mai. 2007.
[11] BRASIL. *Código Civil Brasileiro.* 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 307-308.
[12] BRASIL. C*onstituição da República Federativa do Brasil. Op. cit.*, p. 22.

alarmante, um aumento no número de habitantes nos grandes centros. Esse crescimento desordenado produz um aumento da classe de baixa renda, composta de indivíduos que vivem em situação de miséria que, conseqüentemente, geram um aumento da violência urbana.

Verifica-se, presentemente, a ausência de controle pelos poderes públicos municipais quanto a esse fator social, que poderia ser mitigado com a utilização de instrumentos efetivos para evitar a degradação ambiental.

Afere-se, contudo, que as cidades contemporâneas destoam do tamanho ideal previsto por Aristóteles, que acreditava que a "cidade ideal" não deveria possuir mais de cinco mil habitantes, razão pela qual, necessita-se nos dias atuais, numa visão holística, da utilização de institutos jurídicos que possam produzir um abrandamento nas distorções sociais.[13]

Com efeito, em colaboração à implementação de uma política urbana eficaz, pode-se constatar que o Estatuto da Cidade instrumentalizou o poder público para que possa criar e desenvolver mecanismos que visam ao bem estar e à dignidade da pessoa humana.

Arrola o art. 4º do Estatuto da Cidade diversos instrumentos de política urbana, regulando nos arts. 21 a 24 o direito de superfície, que tem por escopo a utilização do solo urbano, em busca da possibilidade de amenizar os problemas de ocupação urbana que assolam, especialmente, aqueles menos favorecidos financeiramente.

Cumpre assinalar que estatui no § 1º do art. 21, do Estatuto da Cidade, a possibilidade de utilização do solo, do subsolo e do espaço aéreo relativo ao terreno. No mesmo sentido, dispõe o art. 1.229 do Código Civil, ressalvado o disposto no art. 1.230 do mencionado diploma legal.

Em destaque, dispõe a Constituição da República, no inciso IX do art. 20, que os recursos minerais, inclusive os do subsolo são bens da União. Por conseguinte, o *caput* do art. 176, identifica como propriedade distinta do solo as jazidas, os potenciais de energia hidráulica e demais recursos minerais. Somente mediante autorização ou concessão, poderá a União permitir a pesquisa ou extração de recursos minerais. [14]

---

[13] ARISTÓTELES. *A República Ateniense.* Rio de Janeiro: Mandarino & Molinaro Ltda , sem indicação de ano, p. 17.
[14] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit.*, p. 15.

Infere-se, portanto, que tanto o subsolo como o espaço aéreo possuem regramentos específicos, que limitam a regra geral e os separam do solo, razão pela qual não deveriam ter recebido regramento de unificação ao solo, destarte, não primou pela clareza necessária o Estatuto da Cidade quanto à concessão de direito de superfície do subsolo.

É oportuno observar que, no exame do referido diploma legal, ao dispor sobre o direito de superfície, não se preceitua somente a concessão *ad aedificandum*, sendo inequívoco que, embora não estabeleça expressamente a possibilidade de superfície vegetal, não apresenta qualquer impedimento para concessão *ad plantandum* em área urbana. Em verdade, a concessão *ad plantandum* em terrenos urbanos apresenta-se de fundamental importância para a agricultura de subsistência, esta que pode se caracterizar como uma forma de explorar a terra harmonizando o interesse de seu proprietário com o desenvolvimento de um trabalho digno, cumprindo a propriedade sua função social.

Observe-se que não há previsão legal quanto à possibilidade de concessão de propriedade superficiária separada do solo advinda de cisão de construção ou plantação. Esta que ocorre quando, havendo edificação ou plantação no terreno, pode o proprietário dispor da construção ou plantação ou mesmo operar de forma diversa, no sentido de transferir a outrem a propriedade do terreno e reter para si o domínio da construção ou plantação, assumindo a condição de superficiário.

O que se verifica, no entanto, é que o Estatuto da Cidade, embora tenha reintroduzido o instituto no ordenamento jurídico pátrio, não contemplou as várias formas do direito de superfície que são previstas em outros ordenamentos jurídicos, sendo de tal forma insuficiente para a busca de solução de problemas oriundos da ocupação urbana. Por conseguinte, demonstrou sua preocupação em tratar da propriedade urbana e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, deixando de estabelecer a possibilidade de utilização do instituto em áreas rurais, que poderia, em tese, provocar um retorno do homem à exploração do campo, desde que tal situação lhe garantisse uma vida digna.

Registre-se, ainda, que o legislador não se deteve devidamente a um tema essencial no que tange ao direito de sobrelevação, este que se verifica quanto à possibilidade do superficiário, como titular do direito de edificar, criar uma nova elevação, estabelecendo uma concessão para que outrem construa em cima de sua edificação, denominada pela doutrina como direito de superfície de segundo grau.

Tal situação, embora aparentemente não desprenda grande preocupação dos políticos, caracteriza-se como um dos exemplos de desordenação urbana, quando em favelas, por exemplo, o morador permite que outrem construa em cima da laje de sua casa. Tem-se, dessa forma, uma legislação infraconstitucional que está aquém dos problemas habitacionais existentes na ocupação do solo urbano.

Em síntese, a abordagem do Estatuto da Cidade, ao traçar normas especificamente urbanas, não alcançou a realidade atual do país, este que carece de instrumentos que possibilitem a busca de soluções complexas envolvendo a ocupação do solo.

Por outro lado, há que se destacar que a preocupação do legislador em produzir normas que visem à ordenação urbana é louvável, visto que, o problema habitacional apresenta-se intenso com a urbanização da humanidade. Enquanto predominava a vida rural, o problema não se destacava, pois cada indivíduo organizava sua própria moradia, em conformidade com suas condições econômicas, utilizando para isso terrenos públicos ou particulares. É certo que a população pobre há tempo morava em condições precárias, o que já demonstrava uma despreocupação estatal com a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, descrito no inciso III do art. 1º da Carta Magna, e com o direito à moradia, assegurado como direito social no art. 6º da Carta Maior. [15]

Nesse sentido, o direito de superfície é um riquíssimo instrumento que pode abrandar o problema habitacional, desde que não seja descrito de forma restritiva, o que parece ter sido a intenção do legislador, que não desprendido do enfoque dado à proteção da propriedade no século passado, e que remonta ao Direito Romano, reintroduziu o instituto no ordenamento jurídico, mas não nos moldes atuais, adotados em ordenamentos de outros países.

Com efeito, no plano dogmático, o direito de superfície é um instrumento de ocupação do solo eficaz, na medida em que pode viabilizar uma política habitacional de baixo custo financeiro, propiciando um uso mais intenso do espaço urbano, quando se apresenta nas formas de concessão para construir ou plantar, e ainda de propriedade separada superficiária, permitindo o acesso à habitação própria ou ao trabalho digno, de acordo com a destinação dada à construção ou à plantação.

[15] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Op. cit.,* p. 3.

E ainda, como instrumento de reordenação do território brasileiro, promovendo o incentivo à produção agrária, quando utilizado sob a forma de concessão para plantar. É, pois, importante instrumento para realização de programas habitacionais e de assentamento em terras.

Constata-se, assim, que a aplicabilidade do direito de superfície previsto no Estatuto da Cidade não deveria se restringir somente ao âmbito urbano, mas também ser utilizado nas terras situadas na zona rural, considerando que o Brasil apresenta dimensões continentais, extensas áreas de terras que não cumprem a sua função social e, preponderantemente, tem sua economia norteada por atividades e produções agrícolas. Sabe-se, por conseguinte, que promover o retorno da população concentrada nos grandes centros urbanos para as áreas de produção rural também constitui uma forma de amenizar o problema urbano atual, na medida em que o deslocamento para as grandes cidades somente começou a ocorrer quando não se viabilizava mais no campo trabalho e sustento da família.

No entanto, em que pese o Estatuto da Cidade ter fornecido instrumentos de política urbana, de modo geral, não se verifica o alcance dos resultados pretendidos, apresentando-se singularmente como um conjunto de figuras jurídicas, que não está sendo operacionalizado, essencialmente no âmbito municipal, mesmo dispondo o governo federal atual de uma pasta ministerial destinada à cidade. Necessário se faz que o Estado implemente projetos visando à regularização das distorções urbanas existentes nos inúmeros municípios brasileiros, promovendo uma reforma urbana adequada com a função social da propriedade, a livre iniciativa e o valor do trabalho.

4- O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a instituição do atual Código Civil brasileiro, através da Lei nº 10.406/2002, revogando expressamente a Lei nº 3.071/1916, o direito de superfície já existente no ordenamento jurídico por força do Estatuto da Cidade, foi elencado como um dos direitos reais utilizados no país, conforme se estatui no inciso II do art. 1225, disciplinando o instituto nos arts. 1369 ao 1377.[16]

É de fundamental importância salientar que, mesmo sendo o Código Civil lei posterior ao Estatuto da Cidade, as disposições nele constantes relativas ao direito de superfície não revogaram aqueles descritas no Estatuto. Não se aplica nesse caso a regra

[16] BRASIL. *Código Civil*, *op. cit.*, 2007, p. 268-308.

disposta no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, que uma lei posterior, que vem a regular inteiramente a matéria, revoga lei anterior, cabendo nesse caso, a aplicação do princípio da especialidade enunciado no § 2º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. Nesse sentido, foi aprovado o Enunciado n° 93 da I Jornada de Direito Civil.[17]

O Estatuto da Cidade estabelece diretrizes de política urbana no país, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, inscrevendo instrumentos da política de desenvolvimento urbano, que permitem de modo concreto, que a propriedade urbana cumpra uma função social. Objetiva ajustar a propriedade às exigências sociais, tendo aplicabilidade na política de racionalização da utilização do solo urbano.

Noutro passo, o Código Civil apresentou o instituto com contornos mais genéricos, traçando regras que permitem a utilização do instituto para atender a interesses privados, ou seja, quando o negócio jurídico apresentar interesse estritamente particular, concentrando-se a constituição do direito real de superfície na autonomia da vontade, celebrado mediante contrato registrado no cartório imobiliário. Registre-se, ainda, que essa concessão poderá ter como objeto solo urbano ou rural, não havendo a restrição disposta no Estatuto da Cidade que trata tão somente do solo urbano.

Cotejando a proteção dada ao instituto nos dois diplomas legais, sabe-se que no Código Civil há interesses privados a serem tutelados, em contraposição ao Estatuto da Cidade que sempre deve visar atender às necessidades da população, com atuação eficaz do Poder Público, atingindo com tal conduta, o fim social constitucionalmente assegurado.

Nesse sentido, cabe apresentar, em linhas gerais, o direito de superfície traçado no Código Civil, que possibilita a utilização de superfície edilícia, destinada à construção, e a superfície agrícola, destinada à plantação. A primeira modalidade está praticamente reintroduzida nos diversos ordenamentos jurídicos, sobretudo no continente europeu. A segunda, comparativamente, é uma situação rara, cabendo observar que em países europeus inexistem extensas áreas de terra, não edificadas ou plantadas, como apresenta o Brasil, razão pela qual a superfície agrícola pode não ter sido alvo de preocupação por parte dos legisladores.

---

[17] I Jornada de Direito Civil. Enunciado Aprovado n° 93: Art. 1.369: *As normas previstas no Código Civil sobre direito de superfície não revogam as relativas a direito de superfície constante no Estatuto da Cidade por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano.* Disponível em: http://www.stj.gov.br.html. Acesso em: 15 mai. 2007.

Estabelece o art. 1.369 do Código Civil brasileiro que a concessão da superfície pode ter como objeto construção ou plantação, podendo atender a interesses privados, distinguindo-se do art. 21 do Estatuto da Cidade que preceituou o instituto tão somente para concessão de áreas para fins de política urbana. Esse amplo aspecto social dado ao instituto, não se limitando ao âmbito urbano, demonstra uma maior preocupação com a questão social da propriedade, tendo como finalidade maior o interesse social e não somente a proteção ao indivíduo de forma isolada.

Quanto ao limite temporal, no Código Civil, fixou-se como regra a concessão por prazo determinado, devendo para tanto as partes pactuarem no contrato o termo que constituirá a extinção do direito de superfície. Ressalte-se que o Estatuto da Cidade apresenta a possibilidade do proprietário urbano conceder o direito de superfície de seu terreno a outrem, por tempo determinado ou indeterminado.

Cumpre observar que, assim como no Estatuto da Cidade, não restou regulado no Código Civil a modalidade de propriedade superficiária separada por cisão e, também, o direito de sobrelevação, este que ocorre quando o superficiário concede a outrem o direito de construir sob ou sobre sua propriedade superficiária, constituindo um direito de superfície de segundo grau.

Nesse caso não há uma transmissão do direito de superfície que foi concedido pelo proprietário do solo a outrem. Na sobrelevação a propriedade do solo continua sendo do concedente, ocorrendo uma segunda concessão, desta vez feita pelo superficiário a outrem, que se apresenta como segundo superficiário. Embora não há estipulação de tal natureza no ordenamento jurídico brasileiro, situação análoga é criada por moradores de favelas que concedem a terceiro o direito de construir sobre sua edificação, denominado popularmente de *direito de laje*. Tal procedimento, praticado reiteradamente pelos indivíduos, não se coaduna com a legislação pátria, esta que só admite a concessão superficiária de solo.

Consoante omissão quanto ao direito decorrente de ausência de proibição expressa poderia, numa leitura superficial, ser interpretada como não defeso, situação que possibilitaria a constituição de superfície por cisão ou construção sobre propriedade superficiária.

No entanto, o art. 1.369 do Código Civil expressamente identifica que a concessão da superfície deve referir-se a terreno, calcando-se na exploração do solo, não podendo dessa forma, ser objeto de concessão uma construção ou plantação já existente (superfície por cisão) ou ser concedido a terceiro a sobrelevação, que seria uma segunda

edificação realizada sobre uma construção inicial, não havendo nessa hipótese concessão de solo. Em sentido contrário, foi aprovado na III Jornada de Direito Civil o Enunciado n° 250, admitindo o direito de superfície por cisão.[18]

É imprescindível analisar que o bem imóvel urbano não pode ser visto como um simples solo cuja propriedade é atribuída ao indivíduo. Se faz necessário que a propriedade imóvel urbana seja vista de forma cúbica, possuindo três dimensões: comprimento, largura e altura. A propriedade do solo seria inócua sem o direito à superfície e ao subsolo. De forma abstrata, a propriedade imobiliária deve ser analisada considerando três partes distintas, que são a porção subterrânea, a porção superficiária e a porção aérea.

Nessa linha de raciocínio, há que se salientar que o exercício desse direito pode sofrer limitações, tanto no plano superior quanto no inferior, considerando princípios jurídicos em vigor.

Infere-se, portanto, que superfície seria somente o plano, considerando largura e extensão do solo, sem profundidade e sem espessura, assim preleciona Ricardo Lira que "é o plano que idealmente separa as colunas que, relativamente a ele, se colocam em posição superior ou inferior ao longo de toda a sua extensão e largura". E ainda, "superfície não é acessório do solo, é parte integrante dele".[19]

Contudo, expressamente impôs restrição legal quanto à concessão do subsolo, em consonância com o texto constitucional que atribui à União concessão do subsolo brasileiro, não podendo ser objeto de disponibilidade quanto se trata de interesses privados.[20]

A concessão ainda poderá ser realizada gratuitamente ou mediante pagamento de um *solarium*, devendo as partes estipularem no contrato como se procederá quanto à forma de pagamento. Destarte, presume-se na ausência de cláusula referente a pagamento de *solarium*, que a concessão será gratuita, em contrário, a concessão é denominada onerosa, devendo as partes estipularem a forma de pagamento. Cabe ressaltar que, em que pese o Código Civil não ter estabelecido regras para o inadimplemento da superfície onerosa, quando o superficiário deixa de pagar o

[18] III Jornada de Direito Civil. Enunciado Aprovado n° 250: Art. 1.369: *Admiti-se a constituição do direito de superfície por cisão.* Disponível em: http://www.stj.gov.br.html. Acesso em: 15 mai. 2007
[19] Ricardo, *op. cit.*, 1997, p. 12.
[20] Dispõe o Código Civil, art. 1.369, parágrafo único: O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

solarium, pode-se interpretar que estaria caracterizado o descumprimento de uma das obrigações pactuadas, podendo o proprietário do solo requerer a extinção da superfície.

A propósito da responsabilidade do superficiário, manifestou-se expressamente o Código Civil (art. 1.371) que a ele competirá o pagamento dos tributos e encargos inerentes ao imóvel. No entanto, não é norma cogente, podendo as partes deliberarem no contrato sobre o rateio dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície.

Não possui o direito de superfície caráter personalíssimo, admitindo-se a transferência a terceiros, por ato oneroso ou gratuito, não podendo o proprietário do solo exigir qualquer tipo de pagamento pelo ato realizado. Destaca-se, no entanto, que o Código Civil não estabeleceu se as obrigações constantes do título superficiário serão oponíveis ao novo superficiário.

Há que ser destacado que o direito de sobrelevação não foi admitido, no entanto o diploma legal possibilitou que o superficiário dispusesse do direito que lhe foi concedido transmitindo-o a terceiro. Permitiu assim que a superfície do solo possa ser cedida a outrem, impedindo a concessão da superfície de uma construção, esta que caracterizaria um direito de superfície de segundo grau. É importante assinalar que, havendo transferência da concessão superficiária, não recebe o proprietário do bem qualquer pagamento, demonstrando o legislador uma distinção acentuada do instituto da enfiteuse, que prevê quando da transferência do bem enfitêutico, o pagamento de laudêmio ao senhorio.

No entanto, é preciso considerar que, existindo alienação do imóvel, restou garantido ao proprietário do solo e ao superficiário o direito de preferência, em igualdade de condições com terceiros. Deste modo, deverá o interessado na alienação, afrontar a outra parte para exercer o seu direito de prelação. À partida, não estabeleceu o ordenamento, as regras para o exercício do direito de preferência, nem as conseqüências se inexistir o afronte ao titular para eventual exercício de prelação.

No que tange à extinção do direito de superfície, considerando que o instituto somente poderá ser estabelecido por prazo determinado, haverá extinção com o advento do termo ou se for dada ao objeto da superfície, destinação diversa da pactuada, caracterizando descumprimento do contrato, podendo o proprietário do solo pleitear a resolução da superfície. Igualmente é preciso considerar que, sendo estabelecido um prazo para que o superficiário exerça seu direito de utilização do solo, não sendo este

desempenhado, poderá a superfície ser rescindida. A propósito da extinção, deverá esta ser averbada no cartório de registro de imóveis para que surta os regulares efeitos.

Por conseguinte, havendo extinção do direito de superfície, o proprietário do solo adquire a propriedade plena da coisa superficiária, voltando a incidir o princípio *superficies solo cedit*, que tivera seus efeitos suspensos em razão da concessão da superfície. Contudo, o Código Civil tratou do assunto em norma dispositiva, conforme dispõe o art. 1.373, podendo as partes disporem em contrário, resguardando ao superficiário indenização pelas acessões introduzidas no imóvel. Ressalte-se que, havendo extinção do direito de superfície provocada pela perda da propriedade, mediante desapropriação (art. 1.376), esta que constitui uma expropriação forçada de um bem pelo Poder Público, tanto o superficiário quanto o proprietário do solo serão indenizados no valor correspondente ao direito real exercido por cada parte.[21]

Na esteira dessa análise do Código Civil e do Estatuto da Cidade, há de se destacarem as afirmativas feitas por Ricardo Lira:

> *Os textos do Estatuto da Cidade, já vigente e do novo Código Civil, que entrará em vigor a janeiro de 2003, em matéria de direito de superfície, se revelam a nosso ver demasiadamente singelos, sem aproveitar, em toda a sua extensão, sugestões que nos são oferecidas pelos ordenamentos alienígenas. É assim que: (a) não prevêem a possibilidade de direito de superfície da constituição do direito de superfície por cisão; (b) a formulação do novo Código Civil não contempla com clareza desejável a viabilidade da superfície no subsolo; [...](e) não enfatizam a existência de uma propriedade superficiária, a sua hipotecabilidade e a possibilidade de constituição de outros direitos reais de gozo relativamente à área objeto de concessão, e o destino desses direitos quando da extinção da superfície.[...]* [22]

No mesmo sentido, o renomado doutrinador prepondera que o instituto "deve sofrer o impacto da experiência vivida, deve receber as achegas do direito aplicado", sendo certo que, novas formulações deverão ser adotadas em busca do aprimoramento do importante instituto do direito de superfície.[23]

Concluindo a abordagem, sem laivo de exagero, constata-se no estudo do tema que o aperfeiçoamento do instituto do direito de superfície, restabelecido recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, aplicado com austeridade, pode constituir um eficaz instrumento que propiciará o estabelecimento de novos paradigmas no direito de propriedade, dando-lhe uma verdadeira destinação social com a utilização

[21] BRASIL. *Código Civil*, *op. cit.*, 2007, p. 308.
[22] LIRA, Ricardo. O direito de superfície e o novo Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 264, 2003.
[23] *Ibidem*, p. 264-265.

do solo, objetivando a garantia da dignidade humana e a redução das desigualdades sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de superfície, encerra a idéia de absolutismo do princípio da acessão em relação ao solo, provocando a formação de novos paradigmas no direito de propriedade, apresentando roupagem de moderno instrumento de utilização do solo.

Diante da realidade sócio-econômica atual, vive-se um momento de reavaliação da função a que se destina a propriedade, sendo necessário para tanto que se institua uma política do solo que inspire um justo equilíbrio entre o direito de propriedade imobiliária, garantido constitucionalmente, e o dever que, por sua função social, recai sobre ela, com idêntico fundamento constitucional.

Com a utilização de institutos jurídicos adequados, imediatos reflexos poderão ser apreciados, na medida em que surgem como o despontar de um novo cenário, na busca da aplicabilidade do princípio da dignidade humana, fundamento da República e paradigma do ordenamento jurídico brasileiro.

O direito real de superfície se apresenta como um instrumento jurídico eficaz, facilitando o acesso popular à propriedade formal, na medida em que possibilita a concretização de ocupação do solo sem provocar onerosidade, propiciando um uso mais intenso da propriedade rural ou urbana. No entanto, a regulamentação jurídica dispensada ao instituto deve ser abrangente, com aproveitamento de toda a sua extensão, para que torne viável sua aplicabilidade, propiciando realização de programas habitacionais e de regularização fundiária.

Deve o instituto se aplicado tanto no âmbito urbano quanto no rural, recebendo contornos de política urbanista ou permitindo sua utilização pelo particular no campo do direito privado.

Conclui-se pela possibilidade de concessão de superfície vegetal, mesmo que situada em área urbana. Critica-se o legislador pela omissão, visto que o desenvolvimento de agricultura doméstica, com recurso válido para populações de baixa renda, mesmo em pequenos espaços territoriais pode propiciar ao superficiário um trabalho digno e o sustento de sua família, atendendo ao bem estar social com a riqueza criada, harmonizado ao interesse do proprietário do solo. A missão da terra é alimentar e a do direito é manter a harmonia entre os homens.

Não deve restringir-se somente à edificação na promoção de política urbana, pois a exploração agrícola da terra, num país de dimensões continentais como o Brasil, representa a harmonização dos fundamentos e garantias constitucionais, atribuindo valor social ao trabalho, cumprindo a propriedade sua função social de assegurar ao indivíduo uma vida digna.

Deve-se, por conseguinte, aplicar o instituto na utilização do subsolo urbano, aproveitando espaços aparentemente ociosos que possibilitariam a criação de vias de transporte de massa, áreas de estacionamento ou até mesmo, vias de acesso subterrâneo objetivando minorar os problemas de acesso e locomoção nas cidades.

Como importante instrumento de realização de programas habitacionais de baixo custo financeiro, permitindo o acesso à habitação própria, o direito de superfície deve contemplar o direito de sobrelevação, que poderá representar importante contribuição do direito para amenizar o desespero de famílias que não possuem uma existência digna por não terem uma superfície onde possam morar, vítimas que são da inescrupulosa divisão de terras e riquezas com que convive o Brasil desde as capitanias hereditárias até os dias atuais.

Na cultura germânica, valoriza-se o trabalho de quem constrói ou planta em detrimento do proprietário do solo,mas essa não é originariamente a nossa cultura. Entretanto, as grandes construções pretorianas nasceram para atender às necessidades do povo e esta é a origem do ordenamento positivo brasileiro. Não é preciso importar idéias, mas sim ideais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Fernando Dias Menezes de; MEDAUAR, Odete (coord). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARISTÓTELES. *A República Ateniense.* Rio de Janeiro: Mandarino & Molinaro Ltda, sem indicação de ano.

BRASIL. *Câmara dos Deputados.* Disponível em: <http://www.camara.gov.br.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

_____. *Código Civil Brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil.* São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Senado Federal.* Disponível em: <http://www.senado.gov.br.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

_____. *Superior Tribunal de Justiça.*Disponível em: <http://www.stj.gov.br.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

CAVALCANTI, Marise Pessôa. *Superfície Compulsória: Instrumento de Efetivação da Função Social da Propriedade.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária: função social e outros aspectos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (coord.). *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.* Porto Alegre: Fabris, 1988.

FERNANDES, Edésio (org.). *Direito Urbanístico.* Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O direito de superfície e o novo Código Civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 251-266, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio, terras, apartamentos e andares perante o direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. *Estatuto da Cidade*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Comentários ao Estatuto da Cidade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PINTO, Rosane Abreu Gonzalez. *O Direito Real de Superfície e a Sistemática de Novo Código Civil Brasileiro.* Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775, p. 79-95, mai. 2000.

SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. A Multipropriedade Imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993.

CONSTITUIÇÕES CIVIS E REGULAÇÃO: AUTOPOIESE E TEORIA CONSTITUCIONAL.

Germano Schwartz*

RESUMO

O presente artigo pretende desenvolver a idéia de Teubner de múltiplas contituições civis. Com isso, tem como objetivo demonstrar que a noção de hierarquia, essencial para o entendimento de uma Constituição de um Estado – Nação, pode ser observada de forma diferenciada a partir da teoria da autopoiese aplicada aos sistemas sociais (Direito), gerando transformações tanto para o Estado quanto para a própria Constituição.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO, CONSTITUIÇÃO CIVIL, HIERARQUIA, AUTOPOIESE, REGULAÇÃO.

ABSTRACT

The present article intends to develop the Teubner's idea of multiple civil contitutions. With this, it has as objective to demonstrate that the hierarchy notion, essential for the understanding of a Constitution of a State - Nation, can be observed in a different perspective from the theory of autopoiese applied to the social systems (Law), generating transformations to the State and also to the Constitution itself.

KEYWORDS: CONSTITUTION, CIVIL CONSTITUTION, HIERARCHY, AUTOPOIESIS, REGULATION.

INTRODUÇÃO

Um dos pressupostos do presente artigo centra-se no fato de que a Constituição deve ser considerada como uma aquisição evolutiva da sociedade. Com isso, quer-se dizer que o surgimento dessa modalidade normativa é típico de uma sociedade tradicionalmente denominada de moderna. Assim, suas características centrais (supremacia, hierarquia e

* Doutor em Direito (Unisinos). Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade Luterana do Brasil e do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo.

verticalidade) dizem respeito a uma sociedade que mantinha uma velocidade temporal compatível com tais elementos. No entanto, cumpre ressaltar que a sociedade contemporânea é outra, fruto de uma evolução funcional ,e, também, sistêmica. Daí a necessidade de se perscrutar a validade no tempo da hierarquia da Constituição em um ordenamento jurídico, uma vez que a sociedade atual trabalha com outras idéias (circularidade, fluidez, redes, etc.)

Multiplicidade de Constituições Civis : a proposta de Teubner

Gunther Teubner propõe, atualmente, uma nova visão acerca da constitucionalização do sistema global, procurando atualizar temporalmente a Constituição perante os fenômenos da reflexividade e da juridificação. Sem embargo, o autor é o sistêmico-jurídico de maior relevância no cenário mundial. Tal fato se deve ao seu aprofundamento na teoria luhmanniana com a tentativa da (re)definição de certos conceitos quando contrapostos à sociedade atual.

Nesse sentido, Teubner agrega ao conceito biológico-autopoiético, que em Luhmann é uma proposta radical[1], alguns elementos históricos. Tenta conectar o contexto social ao Direito. Entidades tais como as classes sociais, as corporações jurídicas e os movimentos sociais[2] são co-partícipes de uma reflexividade que "autodelimita o Direito dentro de seus vínculos com a realidade social"[3].

[1] Sobre a assertiva, veja-se CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade : contingência, paradoxo, só-efetuação.* São Leopoldo : Editora Unisinos, 2006, p. 166, nota de rodapé 30.
[2] TEUBNER, Gunther. *Droit et Réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation.* Bruilant : Belgique ; L.G.D.J. : Paris, 1996, p. 149-170.
[3] MELLO, Marcelo Pereira de. A Perspectiva Sistêmica na Sociologia do Direito : Luhmann e Teubner. *Tempo Social.* São Paulo : USP, v.18, jun/2006, p. 357.

Essa é a juridificação, a nascença dos múltiplos corpos do Rei[4], a razão da falência da hierarquia e da supremacia das Constituições dos Estados-Nação. A co-relação sistema x ambiente é, portanto, observada a partir de interpenetrações desse código inicial com os subsistemas do Direito, da Política e da Economia.

Porém, toda essa análise, que inclui o problema constitucional, pressupõe uma espécie de autopoiese em níveis, também defendida por Jean Clam[5] em sua tentativa de aclaração da teoria luhmanniana. Ao contrário de Luhmann, Teubner entende que há níveis de autonomia diferenciados no sistema jurídico[6].

Com isso, a autopoiese vai se constituindo, no sistema jurídico, a partir da auto-observação, da autoconstituição e da auto-reprodução. Essa constelação *auto* são ciclos. Auto-referentes. Quando há articulação entre os três elementos, ocorre o hiperciclo e a autonomização do Direito. Nas palavras de Teubner[7]:

> Uma coisa é um subsistema social observar os seus componentes (elementos, estruturas, processos, limites e meio envolvente) através de comunicação reflexiva (*auto-observação*); outra diferente é um sistema definir e colocar em operação por si só o conjunto dos componentes sistêmicos (*autoconstituição*); ainda uma outra coisa diferente é a capacidade de um sistema para se reproduzir a si mesmo através da produção (circular e recursiva) de novos elementos a partir de seus próprios elementos (*autopoiese).*

Há, portanto, uma espécie de autopoiese gradativa do Direito, como, sob outra perspectiva, também defende Jean Clam[8]. Todavia, os hiperciclos não são encontráveis de forma pronta e acabada. Eles se autoconstituem. É o caso do fenômeno constitucional. No nível da comunicação reflexiva e auto-reprodutiva, e no contexto de uma sociedade

[4] Essa é a expressão usada por Teubner para explicitar a fragmentação do sistema jurídico em uma sociedade global. Para tanto, veja-se TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. In: *Law and Society Review* 31, 1997, 763-787.
[5] CLAM, Jean. The Specific Autopoiesis of Law. In : PRIBÁN, Jirí; NELKEN, David. *Law`s New Boundaries*. Cornwall : Ahsgate, 2001. p. 48.
[6] Vide TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoiético*, 1989.
[7] Idem, p. 68.
[8] Para CLAM, *Questões Fundamentais*, 2006, p. 143-189, há uma autopoiese basal, estruturada circularmente, cuja paradoxidade é pura e operativa, e existe uma autopoiese derivada, possuidora de uma circularidade evolutiva e de uma semântica paradoxal, abrindo novos espaços de estruturação.

globalizada, resta constatável que a juridificação de determinada Constituição se dá, hoje, em níveis diferenciados.

Aduzindo-se, some-se a idéia de direito reflexivo, elaborada pelo próprio Teubner[9], cujo entendimento parte de um pressuposto tripartite: (1) Direito Formal – racionalidade interna; (2) Direito Material – racionalidade normativa; (3) Direito Reflexivo – racionalidade sistêmica.

É, especificamente, na racionalidade sistêmica (reflexiva), que se pode observar a Constituição com os olhos requeridos pela sociedade contemporânea. A grande e nova característica[10] é o fato de que o surgimento de uma lei globalizada não pode ser mensurada e/ou avaliada por ícones do Estado-Nação tais como a Constituição. A racionalidade reflexiva impõe a constatação da impossibilidade uma noção hierárquica de ordenamento jurídica em uma sociedade de redes[11]. Problemas como a digitalização, a privatização e a globalização[12], colocam em dúvida a tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania.

De fato, em vários autores[13] clássicos, a Constituição foi erigida como um símbolo de limitação do Poder. Dentro do contexto apresentado, resta saliente que o ponto legitimador é outro: a sociedade necessita regulamentar dinâmicas sociais que operam de forma diferenciada. Daí, portanto, o desafio temporal: caso simbolizada dentro dos padrões liberais, não estaria, hoje, a Constituição, limitada ao que La Salle, corretamente,

[9] TEUBNER, *Droit et Réflexivité*, 1996, p.19.
[10] TEUBNER, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: Gunther Teubner (Hg.), *Global Law Without A State*, Dartsmouth, London 1996, p.4.
[11] Expressão utilizada por CAPRA**,** Fritjof. A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Editora Cultrix, 1996, para (re)definir uma sociedade em que o todo não pode ser compreendido sem as partes e vice-versa. Com isso, denota-se que a fluidez e circularidade da sociedade contemporânea são fatos incontestes. Constituem-se em características arraigadas à autoconstrução do sistema social.
[12]TEUBNER, Gunther. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. Zeitschrift für ausländisches öffentliches *Recht und Völkerrecht* 63, 2003, p. 2.
[13] Como SIEYÈS, Emmanuel Joseph. ***A*** *Constituinte Burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, e LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

denominou de fatores reais do poder? Ela não correria riscos de se tornar uma folha em branco[14]? Ela (re)institucionalizaria tempo?

Dentro da perspectiva adotada, a manutenção dessa lógica importaria em uma falha nos quatro ciclos do tempo do Direito, bem apontados por Ost[15] (Memória, Perdão, Promessa e Requestionamento). Não há uma nova promessa e muito menos um requestionamento. A Constituição não cumpre com as expectativas normativas lançadas pela sociedade. Nessa linha de raciocínio, alerta o mesmo autor[16]: *Como sempre, é no presente que se tem de triar, na herança do passado, aquilo que ainda é necessário para que o futuro tenha sentido.* Dito de outra forma: uma observação de segundo grau da Constituição deve levar em consideração seu entorno. Assim, por via de conseqüência, as comunicações sociais influenciam e (re)transformam seu sentido (da Constituição).

A lógica do Direito não corresponde mais, segundo Teubner e Fischer-Lescano[17], a um sistema de julgamento de Cortes Superiores, mas sim de *networks*. Nessa modalidade, a Lei não se posiciona como o centro do sistema jurídico. Em sua visão, de policontextos[18], o autor refere que as decisões juridificadas são absorvidas mutuamente, restando conectadas por suas recursividades, cuja origem varia e possui significados diferenciados.

Assim, a unidade do ordenamento jurídico passa a ser observada como regimes normativos compatíveis. Essa é a conseqüência dos já referidos *vários corpos do rei.* Todavia, a Constituição, nesse contexto, possui, ainda um grande sentido: uma limitação de danos[19]. Como já alertava Luhmann[20], a unidade de diferença é uma realidade em um

---

[14] A assertiva de OST, François. *O Tempo do Direito.* Lisboa : Piaget, 1999, p. 281-282, é elucidativa: "Como evitar fazer da Constituição um <<arquivo>>, letra-morta em breve esquecida, sem com isso a tranformar num <<documento de trabalho>>, incessantemente retrabalhado ao sabor da urgência e das paixões políticas?"

[15] OST, *O Tempo do Direito*, 1999, Prelúdio.

[16] Idem, p. 283

[17] TEUBNER, Gunther;FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. In: *Michigan Journal of International Law* 25, 2004, p. 1039

[18] Para um maior aprofundamento sobre a matéria, consulte-se TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade.* São Paulo : Unimep, 2005.

[19] A respeito da limitação de danos como resultado de uma sociedade de risco, fruto da indeterminação e da incerteza de suas estruturas, é aprofundada em LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo.* México: Triana Editores, 1998.

mundo de subsistemas diferenciados funcionalmente. Logo, pretender a superioridade, pressupõe racionalidade forçada, quando, ao contrário, deveria ser evolutiva. A construção de regimes que ao invés de se colidirem, pressuponham a conexão citada, pode reconstruir tanto o sistema jurídico quanto os subsistemas por ele influenciados mediante os denominados acoplamentos estruturais.

Nessa senda, na esteira de Luhmann[21], a Constituição é o local de acoplamento entre Direito e Política. Se ambos (Direito e Política) são factibilizados, cada vez mais, no plano internacional, a Constituição perde esse espaço, por exemplo, para os contratos de caráter internacional, resolvidos em âmbito privado.

Esse é o caso protagonizado pelo Brasil com relação à quebra de patente de medicamentos para fornecimento a pacientes portadores do vírus HIV[22]. Caso similar teve por palco a África do Sul, no caso Hazel Tau x Glaxo and Boehringer[23]. Em ambos reforçou-se a idéia de que os direitos fundamentais são aplicados não-somente em nível estatal mas também no âmbito privado. Dito de outra maneira: o espaço da juridificação dos direitos fundamentais (vida, saúde, etc.) não é mais pertencente única e exclusivamente ao Estado.

A idéia, aliás, não se constitui em novidade para a doutrina constitucionalista[24]. Os direitos fundamentos possuem eficácia horizontal também entre atores privados (indivíduos e empresas). Dessa forma, como deseja Teubner[25], extendem-se obrigações "fundamentais" às relações privadas transnacionais, ao mesmo tempo em que elas são possíveis de serem perseguidas em espaços outrora desconhecidos, como é o caso da Internet. Como isso é

---

[20] LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad*., 1997, p. 13-48.
[21] LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gessellschaft.* Frankfurt : Suhrkamp, 1997, p. 407-415.
[22] Para uma descrição cronológica do caso, veja-se SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004, p.162-175.
[23] O caso é narrado amiúde em TEUBNER, Gunther. Sociedad global, justicia fragmentada: sobre la violatión de los derechos humanos por actores transnacionales 'privados'. In: Manuel Escamilla und Modesto Saavedra (Hg.), Law and Justice in a Global Society, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Granada 2005, 529-530.
[24] A respeito, para citar apenas um, STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais.* São Paulo : Malheiros, 2004.
[25] TEUBNER, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie…, 2003, p.4.

possível? Um exemplo: códigos de conduta de empresas transnacionais que obrigam seus empregados[26], nos mais variados Estados da sociedade global, a respeitar certos direitos e valores universais. Outro: os direitos autorais transnacionais, regulados por tratados (TRIPs) que possuem equivalente normativo em cada país, podendo ser exigidos em qualquer nível de jurisdição mesmo que a violação tenha sido dada em outro Estado-Nação.

Por outro lado, um exemplo, em desespero último, em sentido contrário - de reforçar a idéia de Estado-Nação - é dado pela Comunidade Européia e seu "Tratado Constitucional Europeu". A eficácia horizontal, típica daquela organização, tentou ser substituída pela concepção hierárquica. Procurou-se resgatar as idéias do que Luhmann chamava de *Velha Europa*. O modelo foi rechaçado por vários países, entre eles a França. A racionalidade forçada, pois, não se sustentou. A sociedade de *networks* não necessita de um retorno ao passado.

A noção de multiplicidade de Constituições Civis é a defendida por Teubner[27] como uma forma de superação dos problemas apontados. É uma nova racionalidade constitucional, sustentada em uma constatação tríplice[28]:

(a) *Dilema da Racionalização*- o câmbio de uma sociedade moderna para uma sociedade de risco expõe a fragilidade das estruturas modernas em uma sociedade de indeterminação. Em uma idéia de vários contextos, a centralização se esgota. Essa é a natureza dos trabalhos de Beck[29] e de Baumann[30], especialmente o último quando se refere à "liquidez" da sociedade atual ao observar seu caráter fluído e polidecisional. Novamente exsurge a urgência de se pensar a Constituição como construtor de uma unidade de diferença. Enquanto a Constituição não se adaptar a essa realidade, ela será uma diferença para promover a unidade, algo que pode ser classificado, no mínimo, como anacrônico.

[26] É a "fundamentalização" da *labour law* no âmbito internacional de que fala TEUBNER em The King's Many Bodies, 1997, p. 769-771
[27] TEUBNER, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie…, 2003, p.5.
[28] Idem, p.7-13.
[29] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad.* Barcelona: Paidós, 2001.
[30] BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

(b) *Globalização Policêntrica* – a globalização é um fenômeno de níveis variados e não coordenado[31]. Um dos grandes contrastes, como é o exemplo da questão dos medicamentos para o HIV, é o fato de os direitos fundamentais serem reafirmados em palcos não-estatais. Forçoso reconhecer, pois, que é a sociedade civil que vem (re)afirmando a Constituição em espaços fora e/ou dentro do Estado[32]. A hipótese de Häberle[33] é, portanto, correta, devendo, todavia, ser transplantada a um nível global.

(c) *Creeping Constituicionalization* – na falta de uma tradução melhor, pode-se usar tanto a idéia de Streck[34] sobre o fato de os países de modernidade tardia viverem sob o manto de uma baixa constitucionalidade quanto à alopoiese de Marcelo Neves[35], quando alerta que, no Brasil, inexiste diferenciação entre Direito e Política, o que provoca bloqueios na necessária autopoiese de ambos os sistemas. A conseqüência direta é uma ausência de constitucionalização do sistema jurídico, e, portanto, de uma *creeping constitucionalization* em países periféricos.

A Constituição, pois, é vista sob dois aspectos. De um lado, é o espaço de produção de normas e de fundamentação do Direito. Dessa maneira, ela produz estruturas que são aproveitadas por todos os outros subsistemas sociais mediante acoplamento. Esse é o outro lado, em que os subsistemas sociais diferenciados recebem a comunicação "constitucionalizada" e reprocessam-na de acordo com sua especificidade.

---

[31]A comprovar tal afirmação, veja-se o verbete "Globalização" em ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 221-225.

[32] Para ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants sans Frontières. Entre mondalisation et post-mondialisation.* Paris : L.G.D.J, 2003, p. 271 – 356, o *pouvoir en partage* é a grande característica do Direito nos tempos atuais, rechaçando-se assim, a lógica *top down* adotada pela racionalidade moderna e se admitindo como correta a produção normativa *botton up*. Nesse espaço de lógica estilhaçadas, a sociedade civil (re)assume um papel importantíssimo nas instâncias de produção normativa, conjuntamente com o legislador estático, em níveis variados que constituem um direito negociado e não mais imposto.

[33] Em HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

[34] Defendida em STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica : uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 59-94.

[35] Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã.* São Paulo : Martins Fontes, 2006.

A proposta de Teubner[36] é a de que as várias Constituições sem Estado (civis) são estruturas sociais, constituindo-se em interfaces de movimentos sociais autônomos com as operações juridificadas. Em outra forma de argumentar, a Constituição não é somente o acoplamento entre Direito e Política, mas sim entre o Direito e os demais subsistemas sociais.Assim sendo, a Constituição não é tão-somente "Política" ou "Carta Política", muito embora ainda preserve tal característica. De outros subsistemas provém irritações que podem ser entendidas como constitucionais pelo sistema jurídico.

Ressalte-se, ainda, que no nível da auto-reprodução, persiste o fato de que a Constituição trará as regras de como as normas podem ser reproduzidas. Daí a validade do subcódigo constitucional/inconstitucional. Ele persiste. No nível da auto-organização, a Constituição também estrutura as formas decisórias criadas a seu respeito. A mudança reside, portanto, no nível reflexivo, ou seja, as comunicações e complexidade da sociedade contemporânea geram outros acoplamentos entre a Constituição e os demais subsistemas sociais. Tudo isso é pensado a partir de três argumentos básicos[37]:

(1) Deve-se levar em consideração que o policentrismo jurídico é resultado de uma drástica e multifacetada fragmentação da sociedade global em si. Logo, pensar a Constituição somente pela auto-observação jurídica é um reducionismo que, antes de reduzir riscos, os reproduz ininterruptamente. Com isso, não se estabilizam expectativas e a Constituição não cumpre com sua função.

(2) Dessa forma, uma aspiração à construção de uma unidade jurídica global é, frente às características da sociedade contemporânea, altamente improvável. Ao contrário, é razoável supor uma maior fragmentação jurídica.

(3) Dita fragmentação é impossível de ser combatida. Cumpre estabelecer *networks*, lógicas, capazes de compatibilizar lógicas tão díspares e não lineares.

[36] TEUBNER, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie…, 2003 p.16.
[37] TEUBNER,FISCHER-LESCANO, Regime – Collisions, 2004, p. 1004.

Nessa linha de raciocínio, a fórmula da argumentação/validade utilizada por Luhmann[38] pode ser verificada. A Constituição é um texto que acopla tanto a validade como a argumentação, sendo a validade do texto (argumento) verificada em outros níveis além do Político. A decisão, portanto, deriva desse contexto. Há, com isso, decisões "constitucionais" no sistema econômico, quando, por exemplo, uma indústria fronteiriça deixa de poluir um dos lados de um rio (pertencente a uma nação) porque afetará o outro lado (de outra nação). Referida decisão trará prejuízos, mas será tomada em função dos movimentos sociais (ONGs, sociedade civil organizada) e das Constituições de ambos os Estados envolvidos. Note-se, porém, que se trata de uma "decisão constitucional civil".

Nessa esteira, perde espaço a noção da possibilidade uma Constituição Federal que se baseia na concepção precípua de hierarquia[39]. A observação do sistema social dá algumas referências bastante consistentes a respeito. Veja-se, por exemplo, a falibilidade da tentativa de leis nacionais que procurem limitar a Internet[40]. A digitalização renega fronteiras e soberanias, atuando em um espaço essencialmente não-estatal,e, mais, virtual. Com isso, colocam-se em xeque as construções modernas do Estado enquanto nação, e, portanto, da própria essência do fenômeno constitucional.

Um outro exemplo é trazido pela globalização[41], entendida como um fenômeno comunicativo de uma sociedade em escala mundial. Para Teubner[42], não se pode mais silenciar sobre o fato de que a hierarquia constitucional é uma idéia que não mais vigora na contemporaneidade. Tome-se como exemplo as Cortes de Arbitragem Internacionais. Nelas, as empresas multinacionais aplicam, em um local fora do Estado, leis comerciais que são internacionais e cuja reflexividade no sistema social é um dado que não se pode deixar de levar em consideração.

---

[38] LUHAMNN, *Das Recht der Gessellschaft*, 1997, p. 342.
[39] Sobre o tema, consulte-se SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e Constituição : os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade.* Passo Fundo : UPF Editora, 2005.
[40] TEUBNER, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie…, 2003 p.1.
[41] Idem, p.2.
[42] Nas palavras de TEUBNER. King Many Bodies, 1997, p, 769: "The recurrent doubts about law's hierarchy so easily silenced in the nation-states' past can be silenced no more".

Disso tudo resulta que a Constituição ainda não esgotou sua funcionalidade sistêmica, que, no entanto, devido às comunicações oriundas dos demais sistemas sociais, se transformou a partir de uma abertura cognitiva e de uma auto-reprodução interna. Trata-se, pois, de uma nova forma constitucional advinda de uma aquisição evolutiva social. Essa nova racionalidade é capaz de (re)orientar temporalmente a Constituição e as decisões dela advindas.

Dessa forma, para que seja possível evitar um interregno, o espaço de tempo existente entre dois monarcas (falecimento de um e assunção de outro) e para que se torne viável a constatação de que um único *king* não é possível para tantos corpos, é factível a utilização adaptada de uma regra proveniente do Reino Unido e que tem por objetivo a continuidade:

A Constituição está morta. Viva a Constituição!

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Dos argumentos expostos, pode-se concluir que a hierarquia constitucional kelseniana não mais responde aos anseios de uma sociedade de risco e de intedeterminação[43]. A circularidade decisional se adapta e transforma a Constituição a partir de seus próprios elementos jurídicos e com base em uma nova lógica, mais apta a responder às influencias comunicacionais dos demais subsistemas sociais.

[43] Assevera LUHMANN, La Constitution comme Acquis Évolutionnaire, 1995, p. 113-114: "La validité de la constitution ne peut plus guère mais n'a pas non plus besoin d'etre fondée de l'exterieur. La validité hypothétique, dessinée à partir d'une analogie scientifique, d'une norme fundamentale (Kelsen). Il s'agit em tout cas d'une construction inutile. Il n'est pas difficile de comprendre qu'il y ait peu de sens à reposer toujours de nouveau la question du commencement ou du fondament de validité, de l'*arché* ou du *principium*. Abandonner cette problématique ne fait nullement le lit de l'arbitraire (*Beliebigkeit)* ou, comme onle craint facilement en Allemagne, n'ouvre la porte aux nationaux-socialistes. On acquiert ainsi plutôt la possibilite d'analyser plus précisement les exigences auxquelles um texte partiallement autologique doit satisfaire au sein d'um système autoréférential , opératoirement clos. "

Dessa forma, o Direito também pode ser observado como unidade de diferença entre o direito constitucional e o restante do Direito[44]. O Direito está orientado conforme a Constituição. Ou está de acordo, como já dito, ou está em desacordo[45] com o texto constitucional. Na primeira hipótese, a auto-referencialidade segue seu ciclo normal, e as decisões de caráter constitucional permeiam o sistema, reconstruindo-o. Na segunda, também ocorrerá a autopoiese, porém de forma negativa: o que está em desacordo com a Constituição reafirma o Direito por não ser Direito.

Nessa linha de raciocínio, a superioridade da Constituição e seu caráter de lei fundamental não são dados por uma definição estática. Tais características são (re)construídas no interior do sistema a partir de sua lógica interna própria. Significa, como aponta Luhmann[46], *que l'immutabilité, la vulnérabilité, le caractère de valeur suprême, etc., doivent être construits dans le système du droit lui-même*. Nessa esteira, as características da Constituição, em um sistema autopoiético, levam a algumas considerações[47]:

(1) É a Constituição, por intermédio de seus princípios e normas, que possibilita sua própria auto-referência;

(2) Com isso há simetria infraconstitucional a partir da assimetria interna do texto fundamental;

(3) A Constituição regula a produção do Direito e ela mesma prevê sua revisão, atualizando as normas inferiores e ela mesma;

(4) A Constituição possibilita, ela mesma, a distinção entre direito constitucional e o restante do Direito;

---

[44] Cf. Ibidem, p. 114
[45] Conforme Idem, a idéia de Constituição "transforme l'idée déjà possible selon laquelle tout droit pourrait être conforme ou contraire au droit em l'idée selon laquelle tout droit est ou bien conforme à la constitution ou bien lui est contraire."
[46] LUHMANN, La Constitution comme Acquis Évolutionnaire, 1995, p. 112.
[47] Apontadas por LUHMANN, La Constitution comme Acquis Évolutionnaire, 1995, p. 116.

(5) A Constituição independe do sistema político no momento de sua aplicação no sistema jurídico, mas sofre sua influência no momento de sua feitura;

(6) Disso decorre que a autopoiese jurídico-constitucional necessita de sua auto-referencialidade para sua (re)criação constante;

(7) Logo, o fundamento da validade da Constituição implica unicamente na necessidade de dar à Constituição uma unidade sistêmica, que lhe possibilite se (re)criar a partir da distinção sistema/entorno dentro do sistema social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique 2. Gouvernants sans Frontières. Entre mondalisation et post-mondialisation.* Paris : L.G.D.J, 2003.

ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001

CAPRA**,** Fritjof. A Teia da Vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade : contingência, paradoxo, só-efetuação.* São Leopoldo : Editora Unisinos, 2006.

CLAM, Jean. The Specific Autopoiesis of Law. In : PRIBÁN, Jirí; NELKEN, David. *Law`s New Boundaries*. Cornwall : Ahsgate, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição : contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gessellschaft.* Frankfurt : Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. La Constitution comme Acquis Évolutionnaire. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris : PUF, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad.* Barcelona : diciones Paidós Ibérica, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo.* México: Triana Editores, 1998.

MELLO, Marcelo Pereira de. A Perspectiva Sistêmica na Sociologia do Direito : Luhmann e Teubner. *Tempo Social.* São Paulo : USP, v.18, jun/2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã.* São Paulo : Martins Fontes, 2006.

OST, François. *O Tempo do Direito.* Lisboa : Piaget, 1999.

SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e Constituição : os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade.* Passo Fundo : UPF Editora, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. ***A*** *Constituinte Burguesa: qu'est-ce que le tiers état?*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais.* São Paulo : Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica : uma nova crítica do Direito.* Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TEUBNER, Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. In: Gunther Teubner (Hg.), *Global Law Without A State*, Dartsmouth, London 1996.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontexturalidade.* São Paulo : Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Droit et Réflexivité : l'auto-référence en droit et dans l'organisation.* Bruilant : Belgique ; L.G.D.J. : Paris, 1996.

TEUBNER, Gunther. Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie. Zeitschrift für ausländisches öffentliches *Recht und Völkerrecht* 63, 2003.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético.* Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. Sociedad global, justicia fragmentada: sobre la violatión de los derechos humanos por actores transnacionales 'privados'. In: Manuel Escamilla und Modesto Saavedra (Hg.), Law and Justice in a Global Society, International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Granada 2005.

TEUBNER, Gunther. The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy. In: *Law and Society Review* 31, 1997.

TEUBNER, Gunther;FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. In: *Michigan Journal of International Law* 25, 2004.

CONTROLE DO EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE PELA AÇÃO TRIBUTÁRIA[1]

Maikon Cristiano Glasenapp[*]

Ricardo Stanziola Vieira[**]

"Não é tributando que se preserva. É abrindo mão de parte da carga tributária que se incentiva e se conscientiza o poluidor do problema ambiental".[2]

RESUMO

O presente estudo pretende apresentar a existência de uma intersecção do regime tributário com a proteção do meio ambiente, diante de tal tarefa, analizar-se-á se é possível através da tributação, haver um controle do equilíbrio ambiental, através da chamada tributação ativa e passiva.

PALAVRAS-CHAVES: TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL – PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR – ISENÇÕES OU INCENTIVOS FISCAIS – EXTRAFISCALIDADE

RESUMEN

El presente estudio pretende mostrar la existencia de una intersección del régimen tributario con la protección del medio ambiente, delante de tal tarea, se analizará si es posible a través de la tributación, haber un control del equilibrio ambiental, por medio de la llamada tributación activa y pasiva.

[1]Neste artigo procuramos seguir as recomendações que sobre ARTIGO CIENTÍFICO em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**-idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito. 9ª ed.rev.Florianópolis:OAB Editora,2003. p. 189 a 194.

[*] Advogado. Especialista em Direito Empresarial e Processual pelo Centro Universitário de Jaraguá do Sul – UNERJ. Mestrando em Ciência Jurídica, linha de pesquisa Direito Internacional, Meio Ambiente e Atividade Portuária pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, professor da Disciplina de Direito Comunitário de Integração de graduação em Direito na UNERJ.

[**] Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente/pesquisador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, da disciplina de direito ambiental e desenvolvimento econômico.

[2] NUNES, Cláudio Santos. *Direito Tributário e o meio ambiente.* São Paulo: Dialética, 2005, p.181

PALABRAS CLAVE: TRIBUTACIÓN AMBIENTAL – PRINCIPIO DEL POLUIDOR-PAGADOR – EXENCIONES O INCENTIVOS FISCALES – EXTRAFISCALIDAD

INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo vem ganhando intensos debates na doutrina, precipuamente em virtude dos efeitos práticos que a questão abarca.

No mundo desenvolvido ou em franco desenvolvimento tecnológico, como alguns preferem chamar, não é raro a falta de preocupação com as questões ambientais, ou seja, com a indiscriminada exploração dos recursos naturais não renováveis, prejudicando dessa forma não somente a qualidade de vida das gerações atuais, mais sim, impossibilitando que as próximas gerações tenham direito ao um futuro.

Por tal razão, e se partirmos da "convicção de que a cada geração não pertence senão a custódia momentânea de um patrimônio eterno"[3] seguiremos para a compreensão de que somos, uma espécie capaz de agir de maneira racional e que seguramente poderá adotar através da sabedoria, uma conduta de ação, não contra o progresso ou a tecnologia, mas sim, a favor da sustentabilidade da vida como um todo, que só deverá ser alcançada com a busca do equilíbrio. Com efeito, este estudo procurará apresentar contribuições, ainda que sucintas, à aqueles que se interessam em alternativas que visem a preservação do meio ambiente.

É com este propósito, o de contribuir, ainda que modestamente, para a edificação de nossas instituições jurídicas no campo da tributação, que vamos aqui procurar demonstrar a importância, da tributação ambiental, como um forte aliado na preservação do meio ambiente.

Para tanto, este estudo apresenta-se dividido em quatro partes principais, sendo assim distribuídas, na primeira, realiza-se considerações sobre a intersecção do regime tributário com a proteção do meio ambiente; na segunda apontamos os princípios do direito ambiental, concernentes à tributação, com ênfase para o princípio do poluidor-pagador; na terceira parte, será abordado o controle do equilíbrio do meio ambiente pela

[3]LUTZENBERGER, José A. *Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.* Porto Alegre: Movimento, 1980. p. 59

ação tributária ativa e passiva e por fim, abordar-se-á o controle do equilíbrio ambiental pela via da abstenção arrecadatória.

1. INTERSECÇÃO DO REGIME TRIBUTÁRIO COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

O presente século está se tornando um dos mais cruciais para a vida do planeta. Os temores que hoje estão atormentando a espécie humana, não se impõem a partir de acidentes cósmicos ou catástrofes naturais. São frutos daquilo que percebemos como conseqüências das ações humanas sobre o meio ambiente. Como pode-se observar até mesmo as gigantescas calamidades que se esta sofrendo, bem como as que ainda estão por vir, parecem ser conseqüências pela forma de como o homem vêm destruindo os recursos naturais, em seu afã de desfrutar de um padrão de vida melhor, que lhe é apotegmado pela modelagem moderna de sociedade.

Ninguém pode sustentar que as atividades que o ser humano esta exercendo, sejam regidas pelo acaso ou pela espontaneidade que elas ocorram e continuem a ocorrer por séculos a fio, sem um motivo aparente de existirem. Tudo está diretamente ligado à forma de sociedade gerada pelo capitalismo, em que o mercado de consumo, determina o que devemos ser e consumir.

De fato, a preocupação com as questões ambientais influenciadas pelo medo de não nos restar outra alternativa do que o fim do futuro vem crescendo a cada dia, devido à crescente conscientização ainda que muito lenta da sociedade, que, mais consciente, vêm buscando melhores alternativas e perspectivas de melhoria da qualidade do meio ambiente, por conseguinte, melhoria das condições de vida como um todo.

Diante de tal fato, tem-se intensificado estudos nos meios jurídicos, no que concerne ao entrelaçamento do regime-jurídico tributário com a proteção ambiental. Entretanto, surgem algumas dúvidas quanto à possibilidade de tributos serem instituídos ou utilizados com viés de tributação ambiental, ou seja, instituição de tributos que busquem de alguma forma equilibrar o meio ambiente.

Os tributos desde sua gênese têm como objetivo angariar recursos financeiros para o Estado. Certamente, essa é a imposição tradicional do direito tributário, ou seja, a denominação de tributação fiscal, que visa à arrecadação de tributos com finalidade de custear os serviços fornecidos pelo Estado. Contudo, a Constituição Federal, em seu

artigo 151, inciso 1°, estabelece a possibilidade de instituição de tributos que não sejam de arrecadação financeira, ou seja, possibilitou a carta magna à denominada *extrafiscalidade*, que consiste em utilizar o tributo com função diversa da arrecadatória, portanto, a *extrafiscalidade* só poderá ser instituída quando a sua utilização vise a estimular ou desestimular comportamentos sociais.

De conformidade Araújo[4] enfatiza que: "Em tese, a tributação ambiental visa a incentivar ou inibir comportamentos que possam comprometer ou melhorar ambiente, isto é, visa a orientar ou a incentivar condutas não-poluidoras".

Como se percebe, os tributos ambientais objetivam desestimular a produção e o consumo de bens que sejam danosos ao meio ambiente. Não sem motivos, estes têm sido cada vez mais valorizados como uma alternativa às políticas de repressão, que ainda predominam na proteção do meio ambiente. Em síntese, acredita-se que uma política tributária ambiental bem estrutura, seja capaz de evitar o dano ambiental ao invés de repará-lo.

Não obstante, os tributos operaram como instrumentos de atuação estatal no que concerne a intervenção direta do Estado na economia, ou seja, os tributos possuem a capacidade de aceleração ou desaceleração da atividade econômica. Portanto, a instituição de tributos com viés ambiental, pode ser um forte aliado na preservação dos recursos naturais.

Nesse sentido pondera Nunes[5]: "[...] não há instrumento de atuação estatal mais presente na atividade econômica e com efeitos imediatos no mercado do que o tributo. É o meio de intervenção no domínio econômico flagrantemente cotidiano". Contudo, a instituição de tributos sobre a produção nociva ao meio ambiente, não pode ser um instrumento que vise a inibir totalmente a atividade econômica.

Por conseguinte, há que se relembrar que a meta extrafiscal do tributo, está em inibir comportamentos que sejam nocivos não somente a natureza, mais à sociedade. Pois, na medida em que se aumenta a tributação de um produto estar-se-ia inviabilizando a aquisição deste por uma camada social menos abastada.

Outra não é a opinião de Nunes[6]:

---

[4] ARAÚJO, Cláudia Campos, et. al. *Meio Ambiente e sistema tributário- novas perspectivas.* São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2003. p. 31
[5] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 9.
[6] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 50.

> A imposição de ônus econômicos (o tributo é um exemplo), como instrumentos de efetividade [...], traz por conseqüência o aumento do custo de bem produzido, o que pode gerar distorções no mercado. A principal delas – e a mais cruel – é a exclusão de camadas de consumidores menos abastados e que não podem pagar o custo adicionado ao produto pelo ônus tributário ambiental – o que gera mais desigualdade social e econômica, máxime em países com iníqua distribuição de renda, como é o caso do Brasil. Outra conseqüência – e essa se mostra muito remota, porque o mercado tem seus mecanismos automáticos de ajuste – seria o engessamento dos meios de troca, na medida em que os preços poderiam atingir níveis impagáveis"

Portanto, a tributação ambiental apresenta-se como alternativa um tanto quanto eficaz, quando se apresenta como uma forma de melhorar a renda e assistir às mazelas sociais. Por todas essas razões, é instigante, em diversos sentidos e em si mesmo, a intersecção entre o Direito Tributário e o Direito Ambiental. Ambos estão fortemente ligados, por conseguirem exercer diretamente um "poder" de mudança, ou seja, tanto o Direito Tributário como o Ambiental foram idealizados e implementados como instrumentos de alcance da mutabilidade de comportamentos, por intermédio da intervenção do Estado sobre a sociedade e sobre os seus meios de produção.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL E A TRIBUTAÇÃO

Os princípios[7] de Direito Ambiental em sua origem têm como principal finalidade a proteção a todos os meios existentes de vida, bem como, possibilitar que as gerações atuais mantenham um padrão decente de dignidade, permitindo dessa forma a gerações futuras a sua existência.

No tocante aos princípios de direito ambiental, Morato Leite[8], enfatiza serem estes "princípios estruturantes", ou seja, estes têm a função de dar uma melhor compreensão constitucional, bem como uma função declarativa, de superconceitos, pois acaba por englobar outros princípios jurídicos. Por conseguinte, os princípios de direito ambiental são carregados finalisticamente de diretrizes que sintonizadas com a realidade social e cultural de cada país, objetivam o surgimento de uma ecologia equilibrada.

No Brasil os principiais princípios com viés ambiental estão inseridos na Constituição Federal, em seu artigo 225 e na Lei 6.938 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, elencados a seguir:

---

[7] Princípios é, aqui, utilizado como alicerce ou fundamento do Direito.

[8] MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrinominal.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 343

1. Princípio do desenvolvimento sustentável;
2. Princípio da prevenção;
3. Princípio da ubiqüidade;
4. Princípio do poluidor-pagador.

Para não nos estender de forma demasiada e para não fugir do tema proposto, abordaremos somente o princípio que está diretamente ligado à tributação ambiental, qual seja o princípio do poluidor-pagador.

2.1 PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR

Em nossa Carta Magna, o princípio do poluidor-pagador vem expresso no artigo 225, § 3°:

> As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Com base na dicção legal, conceitua Modé[9]: "O princípio do poluidor-padador, visa a internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental, e como conseqüência, a um maior cuidado na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente". Para tanto, devem ser internalizados os custos externos da deterioração ambiental praticada no processo produtivo do poluidor.

Sob este prisma leciona Araújo[10] que:

> [...] o princípio do poluidor-pagador visa imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade pelo dano ecológico, abrangendo os efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Em termos econômicos, é a internalização dos custos externos.

Na esteira desse entendimento Nunes[11] ressalta:

> A produção econômica, em alguns setores, carrega consigo a destruição do meio. Isso é fato notório; não fossem assim, não haveria razão para o desenvolvimento do Direito Ambiental. Não é justo nem ético que o custo dessa destruição venha a ser partilhado por toda a sociedade, não tendo o poluidor algum ônus específico na distribuição das perdas ambientais. Tal dinâmica é alcunhada de *externalidades negativas*, pois

[9] MODÉ, Fernado Magalhães. *Tributação Ambiental – A função do tributo na Proteção ao Meio Ambiente*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 63
[10] ARAÚJO, Cláudia Campos, et. al. *Meio Ambiente e sistema tributário novas perspectivas.* São Paulo: Editora do Senac, 2003. p. 77
[11] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente*. p. 50

> só uma das partes da relação de produção obteria os ganhos, sendo as perdas ambientais decorrentes da exploração do meio, socializadas. É bem verdade que, quando se concebe o processo produtivo (notadamente industrial) como provocador de danos ao meio ambiente a serem suportados por toda a sociedade, também o poluidor está incluído nesse contexto. Ocorre que, diferentemente de toda a coletividade, o poluidor-pagador orientaria a implementação de instrumentos jurídico-econômicos que visassem diminuir e, com efeito, nivelar a relação entre ganho de um e perda de todos.

Portanto, trata-se de "compartilhamento dos ônus sociais das perdas do meio ambiente pelo processo econômico exploratório e o uso do princípio do poluidor-pagador como instrumento de orientação de políticas públicas ambientais, redutoras dos danos ecológicos"[12]

> Este princípio [...]. *Não traz* como indicativo "pagar para poder poluir", "poluir mediante pagamento" ou "pagar para evitar a contaminação". Não se pode buscar através dele formas de contornar a reparação do dano, estabelecendo-se uma liceidade para o ato poluidor, como se alguém pudesse afirmar: "poluo, mas pago".

Segundo entendimento do autor acima citado, o princípio do poluidor-pagador possui dois objetivos essenciais:

1) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo);

2) ocorrido o dano, visa a reparação (caráter repressivo).

Desse modo, o poluidor deve arcar com as despesas de prevenção dos danos ao meio ambiente que a sua atividade possa ocasionar, ou ainda, ocorrendo o dano ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação.

Não diferente é o entendimento de Machado[13]:

> Quem causa a deterioração paga os custos exigidos para prevenir ou corrigir. É óbvio que quem assim é onerado redistribuirá esses custos entres os compradores de seus produtos (se é uma indústria onerando-a nos preços), ou os usuários de seus serviços (por exemplo, uma Municipalidade, em relação a seus serviços de rede de esgotos, aumentando suas tarifas). A eqüidade dessa alternativa reside em que não pagam aqueles que não contribuíram para a deterioração ou não se beneficiaram dessa deterioração.

Portanto, o poluidor que deve pagar é aquele que tem o poder de controle, sobre as condições que levam a ocorrência da poluição, podendo, preveni-las ou tomar precauções que evitem a sua ocorrência.

---

[12] DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* São Paulo: Max Limonad. 1997. p.160

[13] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53

3. O CONTROLE DO EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE PELA AÇÃO TRIBUTÁRIA ATIVA E PASSIVA

Como se observou no item anterior o princípio do poluidor-pagador apresenta-se como uma forte medida tributária na busca do equilíbrio do meio ambiente. Segundo Nunes[14], possibilitando dessa forma que, políticas públicas ambientais sejam implementadas, dentre as quais vale ressaltar:

1) cobrança de tributos com finalidade extrafiscal de controle de poluição em sentido lato (tributação ativa);

2) a abstenção de exigência de tributos como meio de incentivo ao desenvolvimento de técnicas que reduzam os índices de agressividade ao meio, ou que importem mudança de comportamentos causadores de mais poluição, (tributação passiva).

Para melhor compreendermos o tema proposto, necessário será desdobrar este estudo, no que tange a apresentar os conceitos e efeitos das chamadas ações tributárias ativas e ações tributárias passivas.

3.1 AÇÃO TRIBUTÁRIA ATIVA – COBRANÇA DE TRIBUTOS COM FINALIDADE EXTRAFISCAL

A ação tributária ativa corresponde ao "[...] incremento e cobrança de tributos que visem os avanços da produção sobre o meio ambiente sem controle adequado, os quais têm gerado um quadro desolador de destruição e desigualdade social [...]"[15], ou seja, por esta via de tributação o Estado interviria no desenvolvimento econômico, influenciando o mercado a adotar uma conduta mais equilibrada.

Assim, o tributo ambiental atinge o seu objetivo, o de desestimular a produção e o consumo de bens que sejam danosos ao meio ambiente, internalizando o valor do dano ambiental ao custo do produto.

3.1.1 Influências da tributação ativa sobre o mercado

[14] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 120
[15] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 120

Em todas as formas de mercado, há forças de influenciam sua movimentação, não diferente, será o objetivo da tributação ambiental ativa, que alude o incremento e cobrança de tributos com viés de inibir os avanços da produção. Portanto, quando são instituídos tributos com este diapasão, estes assumem a condição de ser uma influência externa do mercado, ou seja, influenciam diretamente a oferta e a demanda.

Segundo entendimento de jurista Nunes[16] :

> Esta última é uma força determinada pelos sujeitos compradores e consiste na quantidade de produtos colocados à disposição do mercado (quantidade de demanda). A demanda poderá ser individual ou de mercado. Quanto à primeira, alguns fatores determinam o seu movimento, quais sejam, o preço do produto, a renda do sujeito, preços dos produtos relacionados, gostos e expectativas.

Neste sentido, e parafraseando o mesmo autor[17], pode-se enfatizar que a tributação ativa poderá determinar os seguintes fatores:

a) Quanto ao *preço do produto*, este possui uma relação de negatividade com a quantidade demandada, ou seja, o preço do produto tem o poder de retrair a demanda, possibilitando ao comprador comprar ou não o produto, ou ainda substituí-lo por outro;

b) Quanto à *renda de um sujeito*, está apresenta-se como um fator determinante no que concerne a quantidade demandada, isto porque, quando a renda e um sujeito diminuiu, também diminuiu o seu poder de compra, conseqüentemente, este irá procurar por um produto similar que seja mais barato e adequado a sua renda, ou ainda, simplesmente não comprar;

c) Quanto aos *gostos que compõem a subjetividade de compra do sujeito*, estes também podem ser influenciados pela tributação ambiental, já que poderá o comprador ser influenciado a comprar um produto que seja menos ofensivo ao meio ambiente';

d) E por último às *expectativas do comprador* também constituem um fator determinante da procura de bens e produtos. Na exata medida que aumenta a renda do comprador também aumenta a sua expectativa de aquisição, ou vice-versa.

Portanto, a tributação ambiental, poderá atuar como um fator muito importante, no que concerne, ao controle da demanda, por conseguinte, no controle da degradação ambiental, vez que na medida em que diminui a demanda de um produto, também diminuiu os efeitos da degradação provocada para a sua produção.

---

[16] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 121
[17] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 122/123

Contudo, há que se destacar que a utilização de tributos com caráter extrafiscal, poderá ter uma aplicação indiscriminada, o que certamente apontará para uma situação de insustentabilidade. No que concerne ao aumento de preços determinado pela imposição de tributos ambientais, onerando ainda mais a economia, sobretudo, a brasileira da qual nós fazemos parte, e, portanto, gerando maior desigualdade social.

Outro não é o entendimento de Nunes[18]: "A tributação ambiental exercerá influência decisiva [...], na medida em que propiciará aumento do custo dos bens oferecidos no mercado, o que será repassado para os preços".

Por esses motivos, uma política tributária de proteção ambiental calcada em uma tributação ativa, certamente será uma alternativa não viável, na medida em que, vai a desencontro com os princípios do desenvolvimento econômico sustentável. Para Nunes[19]:

> Embora a finalidade da tributação da exploração do meio ambiente não tenha função meramente arrecadatória, a extrafiscalidade ambiental só faz sentido, na perspectiva do desenvolvimento sustentável, se não significar, de outro lado, redução drástica do desenvolvimento econômico ou desequilíbrios incorrigíveis do mercado.

É evidente, que a tributação ativa sob o ponto de vista econômico não apresente-se como a mais recomendada, mesmo tendo o mercado a possibilidade de naturalmente ajustar-se, diante do aumento, ou ainda da diminuição dos preços, que sejam influenciados pelos tributos com viés ambiental, tendo em vista a diminuição da lucratividade.

3.2 AÇÃO TRIBUTÁRIA PASSIVA

Do mesmo modo que o desenvolvimento econômico é afetado por fatores apresentados nos 3.1.1, estes influenciados diretamente pela política pública de tributação ativa adotada, estes fatores poderão agora ser afetados pela chamada tributação passiva. Contudo, acredita-se que a tributação passiva, seria um meio de intervenção do Estado na economia mais viável, ou ainda, mais eficiente, visto que esse tipo de política pública tributária, ou seja, que visa a conceder incentivos e isenções tributárias (objetivo de estudo no item 4) possibilitariam Segundo Nunes[20] o alcance de

[18] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 129
[19] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 130
[20] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p.127

dois objetivos sociais de proteção ao meio ambiente, por meio de uma única ação do Estado:

> O primeiro seria o desenvolvimento de novas tecnologias de depuração do ambiente degradado, ou de técnicas de menor impacto ao meio ambiente. Retirando ou diminuindo a tributação sobre a produção que adote essa razão. O segundo tem a ver com o mercado, que também receberia de bom grado referida intervenção estatal na economia.

Nota-se, portanto que a tributação com viés negativo faria com que os preços dos produtos diminuíssem, alcançando assim o ponto de equilíbrio, ou seja, uma maior parcela da sociedade teria acesso aos bens, o que seguramente geraria a diminuição da oferta, logo, haveria uma maior diminuição da degradação ambiental.

Segundo Nunes[21], a diminuição da oferta: "[...] ensejaria outro ganho socioambiental, qual seja, caindo a oferta, a exploração do meio também diminui, que em apropriação de recursos naturais, quer no uso de espaços naturais que recebem as externalidades do consumo."

4 O CONTROLE DO EQUILÍBRIO AMBIENTAL PELA ABSTENÇÃO ARRECADATÓRIA: ISENÇÕES OU INCENTIVOS FISCAIS

Afirmamos em momento anterior, que a adoção de uma política pública tributária com viés ativo (tributação ativa), não seja o melhor caminho, no que tange a proteção do uso de recursos naturais (meio ambiente), mesmo sendo este, um instrumento que vise a internalização dos custos ambientais, e é justamente nesta visão de internalização dos custos que reside o maior empecilho de adoção dessa política tributária, vez que, na medida em que os custos ambientais são internalizados pelo mercado, estes serão repassados para os preços dos produtos, impossibilitando dessa forma, a aquisição dos mesmos por uma grande camada social menos privilegiada, o que acarretaria ainda mais a desigualdade social já insuportável.

Não diferente é o entendimento de Nunes[22]:

> O mecanismo ideal não é exatamente a instituição de novos tributos, [...]. Com relação ao agravamento dos já existentes para o alcance do objetivo da preservação ambiental (tributação ativa), os mecanismos tributários deverão trabalhar atentamente com as regras de mercado, a fim de que não sufoquem ainda mais o estado atual da economia brasileira. Alhures foi feita extensa consideração sobre o aumento do custo da produção por meio de imposições

[21] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 127
[22] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 161

> fiscais, as quais provoquem aumento do preço final dos produtos. As conseqüências do aumento são a segregação da disponibilidade de bens produzidos a pequenas castas da população e a formação de monopólios (antíteses do conceito de economia de mercado livre e concorrencial).

Por fim, citado autor conclui enfatizando que, "Não é tributando que se preserva. É abrindo mão de parte da carga tributária que se incentiva e se conscientiza o poluidor do problema ambiental"[23]. Nesse diapasão, tributar, buscando internalizar as externalidades negativas, sobretudo, num país que já possui uma carga tributária elevada, seria inviável, tendo em vista, que o custo do tributo seria repassado ao consumidor final, ou seja, a tributação certamente fará com que o mercado repasse sem muitos critérios o custo dos tributos ambientais para o preço final, sob o argumento de que este repasse torna-se fundamental para que seja preservado o meio ambiente.

Diante disso, é que ganha cada vez mais força a teoria da tributação passiva, qual seja, a adoção de isenções ou incentivos fiscais, como uma forma de estimular o empreendedor a adquirir técnicas de preservação. Como muito bem Enfatiza Nunes[24]:

> Ninguém gosta de pagar tributos! Se o Estado abre mão de seu crédito, exigindo em contrapartida certos compromissos de preservação, estar-se-á diante de uma dupla vantagem: i) colaboração do Estado como corretor de externalidades negativas (Pigou); ii) maior eficiência na conscientização da necessidade de preservação do meio ambiente (princípio da cooperação).

Este também é o entendimento dede Araújo[25]:

> Os incentivos fiscais seriam uma forma de estimular os contribuintes a fazer algo que a ordem jurídica considere conveniente, interessante e oportuno, como, por exemplo, criar mecanismos que poluam menos o meio ambiente. Isso é alcançando por intermédio da diminuição, ou até mesmo da supressão da carga tributária. Esses incentivos, na extrafiscalidade ambiental, manifestam-se sob a forma de estímulo fiscal ou subsídios fiscais, os quais induzem e ensejam os contribuintes a diminuir a agressão ao meio ambiente.

Dessas assertivas, podemos concluir que a tributação ambiental passiva visa a incentivar comportamentos que possibilitem melhorar o meio ambiente, ou seja, visa orientar ou a incentivar condutas não-poluidoras.

Levando-se em conta o que foi exposto, e em especial as últimas afirmações sobre a adoção da tributação passiva como uma forma mais eficaz de controle do equilíbrio do meio ambiente, a que se destacar que a tributação extrafiscal pode ter duas finalidades:

---

[23] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 181
[24] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente*. p. 163
[25] ARAÚJO, Cláudia Campos, et. al. *Meio Ambiente e sistema tributário- novas perspectivas*. p. 31

1) deixar o poluidor continuar poluindo, e cobrar sob a forma de tributos, o valor referente à sua atividade poluidora;

2) possibilitar que o poluidor adquira tecnologias ambientalmente corretas, chamadas tecnologias limpas, concedendo a estes incentivos fiscais ou subsídios.

Cabe ainda transcrever, trecho final da obra esculápio deste estudo:

> A história tem testemunhado que o exagero na cobrança de tributos, quando não derramou o sangue do povo, drenou o suor da sociedade e não conseguiu, com isso, dividir a renda de modo ideal. Talvez esse intento seja mesmo impossível. Todavia, poucas vezes a atividade tributária esteve tão próxima do sonho de uma sociedade justa e solidária como agora, com a possibilidade de se dar maior efetividade ao princípio do poluidor-pagador, exigindo-se, para tanto, tributos sobre atividades econômicas poluidoras. Só há lógica no que afirmamos se compreendermos que a diminuição da atividade econômica resulta em elevados ganhos sociais de preservação ao meio ambiente. Desde o *contrato social* homens e mulheres acostumaram-se com a idéia de que têm de ceder para que o todo não se desmorone. As pessoas, atualmente, compreendem mais que isso. Sabem, que além de ceder, devem atuar para que hoje seja o futuro, ou o futuro seja melhor que hoje[26].

Diante de tal afirmação, não há mais como negar que o Direito tributário, seja um instrumento transformador da sociedade, bem como negar que a extrafiscalidade não pertença aos fins do Estado, tendo em vista que a mesma possui natureza social, ou seja, incentiva comportamentos menos agressivos ao meio ambiente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Intuito principal do presente trabalho foi verificar o entrelaçamento do regime-jurídico tributário com a proteção do ambiental.

Os tributos em sua gênese têm como desígnio angariar recursos financeiros para o Estado. Entretanto, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a Extrafiscalidade, que consiste em utilizar o tributo com função diversa da arrecadatória, ou seja, além da função precípua o tributo pode ser instituído também como uma forma de estimular ou desestimular comportamentos sociais.

Assim, a extrafiscalidade procura desestimular a produção de produtos que sejam danosos ao meio ambiente, ou seja, os tributos instituídos através de políticas públicas ambientais podem operar como uma intervenção direta do Estado na economia, teoria da tributação ativa.

[26] NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* p. 197

Tratou-se na seqüência da chamada tributação passiva, que não deixa de ser uma intervenção do Estado na econômica, porém aqui esta se torna mais viável e eficaz, sobretudo, por ser uma teoria mais condescendente com os objetivos sociais, isto é, conceder incentivos e isenções tributárias pode se tornar um mecanismo de estímulo aos empreendedores, vez que ninguém gosta de pagar tributos. Portanto, o Estado ao abrir mão de parte de sua carga tributária estará proporcionado à possibilidade de novos investimentos, por conseguinte, de novas contrações, além da possibilidade de criação novos mecanismos que poluam menos o meio ambiente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Cláudia Campos, et. al. *Meio Ambiente e sistema tributário- novas perspectivas.* São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2003.

BILLERBECK, Luana Márcia de Oliveira. *O princípio do poluidor-pagador como fato gerador* ***de*** *tributos.* 2005. 96 f. Dissertação (mestrado) - Universidade do Vale do Itajaí.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico.* São Paulo: Max Limonad. 1997.

FIORILLO. Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito ambiental brasileiro.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUTZENBERGER, José A. *Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.* Porto Alegre: Movimento, 1980.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MODÉ, Fernado Magalhães. *Tributação Ambiental – A função do tributo na Proteção ao Meio Ambiente.* 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrinominal.* 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003

NUNES, Cleucio Santos. *Direito Tributário e meio ambiente.* São Paulo: Dialética, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**-idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito. 9ª ed.rev.Florianópolis:OAB Editora, 2003.

A TEORIA DA APARÊNCIA JURÍDICA

Mauricio Jorge Pereira da Mota*

RESUMO

Neste artigo procuramos analisar a noção de aparência do direito, em todas as suas implicações, bem como gizar sua natureza contemporânea. Delineamos a eficácia e os efeitos dos atos praticados com aparência de titularidade. Por fim examinamos o enquadramento da aparência no princípio moderno de tutela da confiança, distinto daquele resguardado pela boa-fé, e explicamos em que medida se pode sustentar uma tutela geral da aparência em situações de confiança.

PALAVRAS-CHAVE: TEORIA DA APARÊNCIA, APARÊNCIA DE DIREITO, PRINCÍPIO DA CONFIANÇA, BOA-FÉ OBJETIVA, TUTELA GERAL DA APARÊNCIA.

ABSTRACT

The present paper aims to explore the notion of appearance of right in all of its consequences, as well as to emphasize the contemporary nature of the mentioned institute. Herein the efficiency and effects of the acts committed in appearance of ownership are drawn. It is examined how the appearance of right relates to the modern principle of protection of trust, which is different from the one regarded to the good-faith principle. At last it is explained both the extension of the protection of appearance by law and its relation with the protection of trust.

KEYWORDS: APPEARANCE OF RIGHT, FIDUCIARY PRINCIPLE, OBJECTIVE GOOD-FAITH, PROTECTION OF APPEARANCE.

"(...) Pra se entender
Tem que se achar
Que a vida não é só isso que se vê
É um pouco mais
Que os olhos não conseguem perceber
E as mãos não ousam tocar
E os pés recusam pisar
Sei lá, não sei
Sei lá, não sei (...)". [1]

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Professor do Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ, Doutor em Direito Civil pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

[1] Versos do samba *Sei lá, Mangueira*, composto em 1968 por Paulinho da Viola e Hermínio de Carvalho.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Idéia de Aparência do Direito e suas Origens; 3. Elementos da Aparência de Direito; 4. Eficácia dos Atos Praticados com Aparência de Titularidade; 5. Efeitos da Eficácia da Aparência; 6. O Princípio da Responsabilidade por Situações de Confiança e a Tutela Geral nesse Âmbito da Aparência de Direito; 7. Considerações finais.

1. Introdução: A idéia de aparência de direito

A aparência é o estado daquilo que parece exteriormente, do que se manifesta por signos exteriores. Podemos assim dizer, em geral, de uma qualidade, de um direito, que eles são aparentes quando parecem existir, quando se reencontram as características exteriores pelas quais se anuncia, de ordinário, a existência desse direito ou dessa qualidade. O vocábulo "aparência" deriva do latim *apparentia* e, segundo o Dicionário Lello Universal[2], significa "*aquilo que se mostra à primeira vista, o aspecto exterior*"; "*probabilidade, exterioridade ilusória*".

Aqui resulta uma primeira idéia acerca desse conceito: a da dualidade de coincidência ou "incoincidência" entre a manifestação exterior e a essência do objeto manifestado. A aparência implica, destarte, na existência de duas realidades: uma exterior e outra interior[3]. A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma incoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada.

Como bem lembra Mariano D'Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito; mas o estado de fato, por si, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha racionalmente confiado em uma dada manifestação jurídica e se comportado coerentemente a esta, lhe dá direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade[4].

A aparência de direito, como salientado, é um instituto jurídico precipuamente relevante na modernidade. O advento da Revolução Industrial, as acelerações do comércio e das necessidades sempre prementes da vida dos negócios

[2] João GRAVE LELLO UNIVERSAL (org.), *Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro*, 2ª ed., Lello e Irmão Editores, 1950, v. I, p. 148.
[3] Álvaro MALHEIROS, *Aparência de direito*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, nº 6, out./dez., 1978, p. 45.
[4] Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.

provocaram um desabrochar da teoria da aparência em sua acepção clássica. O ordenamento jurídico, atendendo à conveniência de imprimir segurança e celeridade ao tráfego jurídico e à necessidade de dispensar proteção aos interesses legítimos, ampara, por vezes, a aparência antes da realidade, reconhecendo como válidos alguns atos aparentemente verdadeiros e dando a estes os efeitos jurídicos que a lei atribui aos atos reais.

A segurança das transações exige que uma aquisição em aparência regular não possa ser colocada em questão. Se o adquirente tomou todas as precauções não deve se inquietar. A regra protege assim não só estes, mas também os proprietários verdadeiros porque, sem tal dispositivo, os adquirentes hesitariam em contratar, prejudicando a circulação econômica dos bens[5].

A complexidade cada vez maior das relações jurídicas impõe-nos confiar na feição externa da realidade com a qual nos deparamos. A rapidez e a segurança do comércio, a quantidade de negócios travados diariamente, os compromissos que se avolumam constantemente, o condicionamento da vida a uma dependência de relações contratuais inevitáveis, entre outros fatores, justificam as razões que levam o homem a não dar tanta importância ao conteúdo dos atos que realiza, prendendo-o ao aspecto exterior dos eventos que se apresentam[6].

Angelo Falzea[7] define a aparência de direito como "*a situação de fato que manifesta como real uma situação jurídica não real. Este aparecer sem ser coloca em jogo interesses humanos relevantes que a lei não pode ignorar*". Álvaro Malheiros[8], em complemento, assim conceitua a aparência de direito:

> *Nela, um fenômeno materialmente existente e imediatamente real manifesta um outro fenômeno - não existente materialmente nem imediatamente real - e o manifesta de modo objetivo, através de sinais, de signos aptos a serem apreendidos pelos que dele se acercarem; não através de símbolos, mas pelos próprios fatos e coisas, com base num comportamento prático, normal. Manifesta-o como real, conquanto não o seja, porque essa base de relações e de ações, abstratamente verificável na generalidade dos casos, vem a falhar no caso concreto*.

Nessas definições resumem-se os aspectos mais importantes da idéia de aparência de direito. Primeiro o fato da predominância da justiça do direito: uma das razões fundamentais da importância atribuída ao fenômeno da aparência está no fato de

---

[5] Henri MAZEAUD, Léon et Jean, *Leçons de droit civil*, 5ª.ed., Éditions Montchrestien, 1975, t. II, p. 140.
[6] Arnaldo RIZZARDO, *Teoria da Aparência, Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre, mar. 1982, v. 9, nº 24, p. 222-231.
[7] Angelo FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffré, 1958, v. II, p. 685.
[8] Álvaro MALHEIROS, *Aparência de direito*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, out./dez. 1978, nº 6, p. 4.

que à realidade jurídica escapa normalmente a possibilidade de uma averiguação segura do direito que requer, comumente, indagações longas e complexas. São os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa-fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta. O segundo aspecto relevante da definição é a restrição dos casos de aparência de direito às situações de fato que manifestam como real uma situação jurídica não real, assim abstratamente considerada pelo ordenamento. Sempre que estivermos em presença de situações de aparência para as quais o direito já tenha assegurado tutela, não se trata de situações regidas pelos cânones da aparência de direito, mas por princípios jurídicos outros que buscam sua realidade em outras formas jurídicas específicas.

2. Elementos da Aparência de Direito

A proteção da aparência não se baseia na vontade privada. Trata-se, bem definida, de assegurar situações não consolidadas, fazendo com que se perfeicionem ou se consumem. Necessidade que é de ordem pública e se constitui mediante normas imperativas que fazem com que os benefícios que concedem sejam indisponíveis. Assim, não poderá quem, em virtude de possessão de estado, tiver acedido a algo determinado, renunciá-lo. Nem cabe a renúncia do cônjuge de boa-fé no matrimônio putativo aos efeitos favoráveis deste, que se produzem inexoravelmente[9].

Importa agora analisar os elementos que configuram a chamada situação de aparência jurídica e que dão a esta a sua eficácia na tutela da confiança despertada em terceiro.

O artigo 1.189 do Código Civil italiano[10] que trata do pagamento feito ao credor aparente define o primeiro desses elementos: é necessário que a aparência tenha sido criada de acordo com *circunstâncias unívocas* capazes de gerar uma apreensão errônea da realidade.

Assim, a aparência, embora aproximada ao erro, com este não se confunde. O erro é um fenômeno individual e subjetivo. A aparência é um fenômeno social e objetivo. Consoante Falzea é o erro coletivo possível, ou seja, no sentido de que se trata de uma *situação social* que, segundo o comum sentir social de pessoa de média diligência em

[9] J. Ignácio Cano MARTINEZ, *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Bosch, 1990, p. 59.
[10] "*Art. 1189. O devedor que realiza o pagamento a quem aparenta ter qualidade para recebê-lo de acordo com circunstâncias unívocas, fica liberado se provar ter estado de boa-fé*".

um dado momento, a interpreta com um dado significado, que não corresponde ao real. Coloca-se em relevo aqui, mais do que a percepção do sujeito, a causa idônea a produzir o erro, sendo esta evidentemente objetiva[11]. A essa causa, fatos objetivos externamente perceptíveis, denominam-se "circunstâncias unívocas", elemento da situação de aparência jurídica.

Vicente Ráo[12] sintetiza os pressupostos para a caracterização da aparência de direito:

> *São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.*

Outro elemento que integra a aparência jurídica é o erro no qual incide aquele que, pela aparência, considera verdadeiro o que não é. Erro é um vício do consentimento ocasionado por uma representação falsa da realidade, seja por carência de elementos, seja por má apreciação destes.

Para acarretar a anulabilidade do negócio jurídico, que é o que primordialmente nos interessa em termos de aparência de direito, as declarações de vontade devem emanar de um erro substancial: será substancial sempre que da própria declaração de vontade ou do próprio conteúdo do negócio resulte que este não teria se efetuado, se não fora o erro.

Da necessidade de substância para a configuração de erro apreciável em direito resulta a noção de sua escusabilidade: se houver falta injustificável da parte de quem caiu no erro, o contrato subsiste. O direito não protege o erro grosseiro, que poderia ser percebido por uma pessoa rústica, sem grandes conhecimentos ou cultura.

O erro capaz de fazer incidir a tutela da aparência é também aquele erro objetivo, escusável, erro que incidiria qualquer pessoa prudente[13] nas mesmas condições. Como expõe Angelo Falzea[14], "*a lei requer que o errôneo convencimento*

---

[11] Angelo FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffré, 1958, v. II, p. 694.
[12] Vicente RÁO, *Ato Jurídico*, 3ªed, Max Limonad, 1965, p. 243.
[13] "*Concluindo, em todas as hipóteses importa se dê proteção aos terceiros, exigindo-se, somente, que seu erro provenha de circunstâncias aptas para enganar o indivíduo médio. A aparência substitui a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente*". Arnaldo RIZZARDO, *Teoria da Aparência*, in *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto *Alegre*, mar. 1982, v. 9, nº 24, p. 222-231.
[14] Tradução livre de Angelo FALZEA, *Apparenza*, in *Enciclopedia Del Diritto*, Giuffré, 1958, v. II, p. 697.

tenha sido causado por uma situação de fato tal que qualquer sujeito médio da coletividade teria incidido no mesmo erro".

O terceiro dos elementos da aparência de direito é a boa-fé, que para fins de legitimidade da aparência é aquela referida à falta de ciência ou ignorância acerca das características de uma dada situação, ou seja, a boa-fé subjetiva. Existem duas acepções de boa-fé, ou duas boas-fés, no sentido jurídico. A primeira é a boa-fé subjetiva que os alemães definem como *guter Glauben* (boa crença) e a segunda a boa-fé objetiva referida por *Treu und Glauben* (lealdade e crença).

A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença, na definição de Fernando Noronha, diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes ao sujeito. É o estado de ignorância acerca das características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem. Na situação de boa-fé subjetiva, uma pessoa acredita ser titular de um direito, que na realidade não tem, porque só existe na aparência. A situação de aparência gera um estado de confiança subjetiva, relativa à estabilidade da situação jurídica, que permite ao titular alimentar expectativas, que ele crê legítimas[15].

Outro elemento ainda da aparência de direito é a onerosidade do ato praticado em erro. Elucida Gustavo Birenbaum em acurado trabalho sobre o tema da titularidade aparente[16] que, se em matéria de legitimação aparente, a proteção da confiança do terceiro de boa-fé sempre importará, invariavelmente, em um prejuízo do verdadeiro titular da situação jurídica aparente, parece ser um imperativo da justiça comutativa somente admitir-se a solução extrema da validade do negócio realizado com um legitimado aparente quando aquele que errou de boa-fé tiver tomado parte em um ato a título oneroso. Faz-se necessário, pois, que a confiança a ser tutelada tenha derivado de um ato de disposição patrimonial. Renzo Bolaffi preconiza a mesma solução ao tratar dos direitos adquiridos a título gratuito do herdeiro aparente. Nessa hipótese, no conflito de interesses entre o verdadeiro herdeiro, que resta prejudicado pela tutela acordada para a aparência, e o terceiro, que está de boa-fé, adquirente a título gratuito, o Código Civil italiano (de 1865) estabelece a preferência para o primeiro[17].

---

[15] Fernando NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*, Saraiva, 1994, p. 132.

[16] Gustavo Benjamin BIRENBAUM, *A titularidade aparente: eficácia do negócio realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima*, dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, 2004, p. 74-75.

[17] Renzo BOLAFFI, *Le teorie sull´apparenza giuridica*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, v. XXXII, p. 136.

É somente quando o ato criado pela aparência de direito causa um efetivo prejuízo àqueles que legitimamente confiaram que se pode falar em tutela da aparência jurídica. O artigo 1.015 do Código Civil brasileiro de 2002 salienta bem o caráter oneroso do ato praticado pelo representante que excede culposamente os seus poderes ao explicitar em seu parágrafo único que o excesso poderá mesmo ser eficazmente oposto aos terceiros de boa-fé se tratar-se de operação estranha aos negócios da sociedade. Assim, interpretando-se a *contrario sensu*, sempre que estivermos diante não de negócios, mas de atos unilaterais como a doação, em que o prejuízo é todo da sociedade aparentemente representada, será possível a anulação.

Por fim, a aparência pode apresentar-se de forma pura e simples ou ainda como aparência culposa. Releva então se considerar se a imputabilidade ao verdadeiro titular das conseqüências da situação aparente é um dos elementos da aparência jurídica.

Fabio Maria de Mattia conclui bem a caracterização da aparência jurídica gizando que, quando alguém é empregado ou trabalha como administrador de uma loja, justifica-se perfeitamente, pela atividade dessa pessoa, que possa realizar eficazmente para o seu empregador aqueles negócios que comumente competem a pessoas em tal posição. Ao lado desses, há ainda inúmeros outros que surgem no comércio jurídico diário, os quais devem ser tratados de forma análoga e nos quais, de modo geral, se conclui das circunstâncias externas por uma "relação" que autoriza o que age a representar o dono do negócio. Essa situação que aparece externamente gera a aparência de uma efetiva procuração e justifica a confiança na existência de uma procuração[18].

Luiz Fabiano Corrêa esclarece que a regra de que os efeitos da aparência só se produzem quando a situação de fato externa é imputável ao sujeito passivo da correspondente relação jurídica não é, contudo, absoluta. Existem exceções em que prevalece o que a doutrina alemã denomina "princípio puro da aparência de direito". Tais exceções referem-se aos casos em que a lei dispensa a imputabilidade da aparência de direito ao prejudicado pelos seus efeitos, em razão da necessidade de preservar a confiabilidade das instituições jurídicas por meio das quais se processa a circulação de determinados bens[19].

[18] Fábio Maria de MATTIA, *Aparência de representação*, Cid, 1999, p. 109.
[19] Luiz Fabiano CORRÊA. *A proteção da boa-fé nas aquisições patrimoniais: esboço de uma teoria geral da proteção dispensada pelo direito privado brasileiro à confiança na aparência de direito, em matéria patrimonial*, Interlex Informações Jurídicas, 2001, p. 408.

Por tudo isso, sendo estranha à vida de relação, não há que se falar em imputabilidade culposa do verdadeiro titular do direito como elemento da aparência jurídica[20].

3. Eficácia dos Atos Praticados com Aparência de Titularidade

Em tema de aparência a primeira opinião que se destaca é aquela dos que negam à aparência qualquer eficácia de direito. Aferram-se estes ao direito romano porque neste, em princípio, as conseqüências jurídicas previstas pelo ordenamento se aplicavam ainda quando com isso ocasionassem um prejuízo a uma pessoa que, de boa-fé, atuou movida por um erro escusável. Era a aplicação do princípio *nemo potest plus iuris in alium transferre*. Não obstante a rigidez desse princípio encontrou flexiblizações pontuais que, sem desvirtuá-lo de maneira geral, permitiram resolver de maneira mais justa situações nas quais a razoável confiança de terceiros merecia ser tutelada.

Os juristas a partir do século XVIII, não obstante essas exceções, rejeitam a aparência como instituto passível de engendrar situações de direito. São os casos de François Laurent, Zacharie, Crome e Barassi, Giorgi Giorgio, Frédéric Mourlon e Manuel de Almeida e Souza de Lobão. Tais objeções foram, entretanto, rechaçadas pela doutrina e pela jurisprudência, compelidas pelo desenvolvimento crescente das relações jurídicas, que vai impondo o seu império. Das razões doutrinárias para o reconhecimento do valor jurídico da aparência destacam-se as que passamos a expor.

A primeira noção de tal eficácia foi buscada na tradicional teoria da culpa. Como já dito, é o que expõe de maneira arguta Emmanuel Levy, que sustenta que os direitos repousam sobre as crenças[21]. Cada indivíduo deve ter uma confiança legítima na regularidade de seu direito e a cada qual incumbe a obrigação de não a iludir, de sorte que se por sua atividade ou inatividade violar esta obrigação, deverá suportar as conseqüências de sua atitude. Quando, pois, um terceiro acreditou na operação realizada por um titular aparente, o titular verdadeiro não a poderá invalidar desrespeitando a confiança legítima que houver criado. Aqui, a crença errônea é criadora de direito. Essa teoria, no entanto, é

---

[20] Contra esse entendimento veja-se a posição de Fábio Konder Comparato: "*Se o suposto mandante não faltou ao seu dever de diligência para impedir as atividades do* falsus procurator, *a ele não podem, obviamente, ser imputados os efeitos dos atos praticados por este: não se está, aqui, diante de atos inválidos, mas sim ineficazes, relativamente ao suposto mandante. O mandatário fica pessoalmente obrigado perante o terceiro com quem tratou (Código Civil de 1916, art. 1305)*". Fábio Konder COMPARATO, *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*, in *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, jul./set. 1998, v. 36, nº 111, p. 39-44.

[21] Emmanuel LEVY, *Les droits sont des croyances*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Sirey, 1924, t. XXIII, p. 59-61.

criticável porque não é possível se fundamentar uma teoria jurídica nas crenças sempre cambiantes das pessoas e, pelo contrário, faltaria se identificar os critérios lógicos e objetivos que suscitassem, estes sim, a confiança das pessoas.

Outra solução, proposta por Basile Ionesco, foi a da extensão analógica aos casos de aparência dos efeitos jurídicos da simulação. Considerava o mencionado autor que a justificativa da aparência fundamenta-se em torno do art. 1.321 do Código Civil francês[22]. Baseado em tal dispositivo se reconhece a eficácia do ato ostensivo nas simulações, sem consideração das ressalvas trocadas entre as partes do ato simulado. Ionesco depois de constatar que a aparência e a simulação produzem os mesmos efeitos, conclui que a sanção do art. 1.321 pode ser estendida a todas as hipóteses de aparência[23]. Entretanto, seja qual for o valor das explicações dadas para a fundamentação da validade dos atos simulados, é impossível generalizá-las para aplicá-las a todos os casos de aparência. A conclusão do autor é a de que a validade dos atos ostensivos na simulação, longe de constituir um princípio geral, é, na verdade, uma aplicação particular feita pelo legislador das regras da aparência. Para Calais-Auloy, as regras ditadas pela aparência não dependem da origem desta aparência: seja a sociedade aparente por irregularidade de sua constituição[24], seja por simulação, as conseqüências para os terceiros serão as mesmas, a validade dos atos ostensivos[25].

Um terceiro fundamento para a eficácia dos atos praticados com um titular aparente seria o risco. É a posição de Calais-Auloy que argumenta que a pessoa que está na origem da situação aparente é obrigada porque ela corre um risco participando da vida dos negócios. Ela não necessariamente simulou, nem necessariamente cometeu uma falta, mas é, entretanto, engajada porque correu um risco, aquele de provocar por atividade sua uma aparência enganosa. A existência de tal risco importa numa diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade. Assim, a idéia de risco aplicado à aparência é uma idéia de aparência criada. A pessoa é engajada (no limite dessa aparência, e não no limite dos danos eventualmente resultantes[26]) porque sua atividade suscitou uma aparência enganosa. Essa posição é

---

[22] "*Art. 1321. As reservas não poderão ter o seu efeito senão entre as partes contratatantes, elas não têm qualquer efeito contra os terceiros.*" [tradução livre]
[23] IONESCO, *Les effets juridiques de l'apparence en droit prive*, Estrasburgo [S.N.], 1927, p. 120.
[24] Sobre sociedades aparentes, veja-se, por todos: Vittorio SALANDRA, *Le società fittizie*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1932, v. XXX, p. 290-314.
[25] Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 20-21.
[26] Jean CALAIS-AULOY, *op. cit.*, p. 24-25.

válida para as situações de segurança dinâmica, como aquelas do direito comercial, mas já para as situações de direito estático, como as do direito civil.

A doutrina francesa, com mais afinco, procura amparar o fundamento da explicação da aparência no erro comum, consoante o *error communis facit ius*. Este adágio tem um sentido preciso: o erro cria o direito na medida somente em que é comum. O critério é, em sua origem, objetivo, procurando-se auferir se o erro é partilhado pelo conjunto do público. Com o refinamento das idéias jurídicas se substituiu esse critério objetivo por um critério subjetivo, o da invencibilidade: é preciso que a pessoa induzida a erro não pudesse nem prevê-lo ou impedi-lo. Estes dois tipos de critérios se reportam a uma mesma idéia, a de que a realidade só deixa de fazer valer seus direitos nas hipóteses em que os terceiros não têm estritamente nenhum meio de conhecer esta realidade.

Como já referido anteriormente, essa doutrina é questionável tanto porque não abrange todos os casos possíveis de aparência de direito, como também porque devido à multiplicação das exteriorizações materiais e legais e à segurança dinâmica das relações jurídicas, exige-se uma dispensa maior de investigações.

Por fim cabe examinar aquele que é o efetivo fundamento para a eficácia do ato praticado pelo titular aparente: a confiança. Esta é definida por Luhmann como um mecanismo em que os atores sociais reduzem a complexidade interna do seu sistema de interação. Isto pode ocorrer pela adoção de expectativas específicas sobre o comportamento futuro de outros pela seleção de possibilidades, podendo basear-se em processos históricos, em características compartilhadas ou em mecanismos institucionais. Luhmann destaca três tipos de confiança: a processual, a baseada em características e a institucional.

A confiança processual está ligada ao passado ou a trocas realizadas anteriormente. É um processo cumulativo e incremental de construção da confiança por meio da acumulação gradual de conhecimento, direto ou indireto, sobre o outro, como a reputação, a marca e a garantia de qualidade. Pressupõe um grau de estabilidade e a existência de uma baixa troca de firmas e outras instituições de mercado, sendo esse tipo de confiança deliberadamente desenvolvido pelas empresas. A confiança baseada em características surge da similaridade social e assume congruência social entre o que confia e o depositário da confiança, por pertencer ao mesmo grupo social ou à mesma comunidade. Compartilham uma mesma religião, *status* ético ou *background* familiar, que garante a construção de um mundo em comum. Tal confiança baseia-se na atribuição de valores e não pode ser deliberadamente criada. A confiança institucional parte da

consideração de que a confiança não pode ser somente gerada pela familiaridade interpessoal. Os atores organizacionais podem não possuir características pessoais em comum ou uma história que garanta trocas futuras, mas mesmo assim deve haver uma forma impessoal de confiança. A confiança institucional é formada pela estrutura social formal, em que os mecanismos legais tendem a reduzir os riscos de confiança e tornam mais fácil sua existência, podendo ser deliberadamente produzida com a consideração de que seus mecanismos necessitam ser legitimados socialmente para serem efetivos[27].

É essa confiança institucional a que interessa ao direito e que recebe tutela jurídica. As relações sociais são inteiramente perpassadas por interações de confiança que, sedimentadas por valores, possibilitam as trocas e os acordos. Nesse aspecto, Alain Peyrefitte[28] desenvolve a tese de que a relação de confiança é o elemento primordial para explicar o desenvolvimento econômico e social das diversas nações.

A relação entre confiança e desenvolvimento é assim central sendo que a atividade econômica representa uma parte crucial da vida social e se entrelaça com uma grande variedade de normas, regras, obrigações morais e outros hábitos que, juntos, moldam a sociedade. Uma das lições mais importantes que podemos extrair de uma observação da vida econômica é a de que bem-estar de uma nação, bem como a sua capacidade de competir, são condicionados por uma única e sutil característica cultural: o nível de confiança inerente à sociedade em causa[29].

Questão complexa é aquela de saber se a frustração da confiança de outrem é suscetível de conduzir à obrigação de indenizar: existe o risco de excesso, perante o caráter aberto e extenso da proteção negativa da confiança. Há que se verificar, portanto, quais são os contornos da tutela jurídica daquilo que Luhmann define como a confiança institucional.

O regime próprio da responsabilidade pela frustração da confiança e sua articulação com as modalidades comuns de imputação de danos permanece incerto no direito. Aqui, pode assistir-se a uma inflação não apropriada do conceito indenizatório: não há porventura nenhuma delimitação rigorosa nem da base normativa que a desencadeia, nem das respectivas conseqüências. Há que se balizar isso com precisão.

No entanto, como esclarece Carneiro da Frada, o problema está na ambigüidade do conceito de confiança, do qual tanto se pode exprimir um dado

[27] Niklas LUHMANN, *Confianza*, Antrophos Editorial, 2005.
[28] Alain PEYREFITTE, *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*, Topbooks, 1999, p. 23-25.
[29] Francis FUKUYAMA, *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*, Rocco, 1996, p. 21.

psicológico individual do sujeito como a posição daquele que beneficia, independentemente de um ato de consciência da tutela jurídica de um interesse. A querela entre uma concepção psicológica e um entendimento normativo ou objetivo da confiança reflete o quanto nessa doutrina se mistura o fático e o normativo, deixando-se de distinguir claramente entre causa e efeito da proteção jurídica. Para superar essa aporia, no pensamento jurídico contemporâneo a mera referência à confiança como fundamento indenizatório surge, depois, substituída pelo conceito de relação de confiança (*fiduciary relationship*): singulariza, dentre as diversas situações de expectativas, aquelas que são de reconhecida relevância para efeito de responsabilidade.

A tutela da confiança, como sustenta Carneiro da Frada, deve abarcar um espaço próprio entre as duas grandes modalidades clássicas da responsabilidade civil, a contratual e a aquiliana, constituindo um terceiro gênero, uma pista autônoma de responsabilidade. A responsabilidade pela confiança se afirma aí onde a tutela das expectativas se deva considerar o elemento determinante do sistema de responsabilidade e não simples razão auxiliar para a obrigação de indenizar[30].

Estamos assim diante do elemento chave para a responsabilização jurídica da chamada confiança institucional. A forma impessoal de confiança de que falava Luhmann, condição de desenvolvimento das sociedades pós-modernas, estará tutelada sempre que a confiança não se reduza a outros elementos como o cumprimento da norma (responsabilidade delitual) ou dos deveres laterais de conduta (impostos pela boa-fé) sendo razão auxiliar da obrigação de indenizar, mas sim sendo o elemento constitutivo-causal dos seus efeitos.

Mesmo não podendo admitir-se com caráter de generalidade a existência de um dever de corresponder à confiança alheia, importa concluir que a responsabilidade pela confiança se distingue na realidade daquela que emerge da violação de deveres de agir. Depura requisitos de proteção como a razoabilidade e o investimento de confiança. Tais pressupostos são completamente estranhos a um simples responder por violação de normas de agir, mas são congruentes com um modelo de responsabilidade compensatória, segundo a primazia desejável da tutela negativa da confiança. Outrossim, a singularidade dogmática da responsabilidade pela confiança ancora na ligação genérica à razão prática e incorpora a dimensão prudencial que caracteriza especificamente a interação. Fica assim ultrapassado o paradigma da causalidade, inerente às formas de responsabilidade clássicas.

[30] Manuel Antonio Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, 2004, p. 350.

A doutrina da confiança em si mesma não se limita a formular um princípio jurídico, eleva-se a verdadeira teoria jurídica. Envolve um conjunto articulado de enunciados através dos quais se procura (i) explicitar o conteúdo de justiça material que lhes é subjacente (ii) e se proporcionar um enquadramento de solução para outros casos. Mas neste revestimento a teoria da confiança não propiciará, por si só, as soluções de casos concretos, enquanto requeira o complemento ou a especificação através de normas, logrando ainda assim preservar o seu valor, mesmo perante as restrições que tenha de admitir: a sobrevivência da teoria da confiança depende assim do seu cabal desempenho heurístico, atingindo o problema especialmente a proteção negativa das expectativas.

Em conclusão, a responsabilidade pela confiança é parte integrante do direito civil vigente. Na sua essência, exprime a justiça comutativa, na forma específica de justiça corretiva e compensatória. Tem fundamento na diretiva jurídica pela qual deve responder pelos danos causados, aquele que origina a confiança e a frusta. E a sua intervenção autônoma, superadora do plano da lei, terá naturalmente de compatibilizar-se com as demais determinações, princípios e valores que informam a ordem jurídica. Tal qual qualquer outro princípio de caráter geral, a força expansiva que lhe é inerente conhece por isso limites e restrições no processo de concretização-aplicação.

Fixados esses pressupostos da responsabilidade por confiança podemos ver que eles fundamentam de maneira integral a eficácia jurídica da aparência de titularidade. A sociedade pós-moderna em seu processo de desenvolvimento dinâmico, como ressalta Peyferitte, exige que se dê à multiplicação das exteriorizações materiais e legais das relações jurídicas uma segurança dinâmica que possa alicerçar a vida social, o que implica em uma dispensa maior de investigações nas transações civis e comerciais. Como contraponto da existência do risco nas frenéticas transações jurídicas deve corresponder uma diminuição de certo tipo de segurança jurídica, pois a pessoa não está jamais certa de engajar-se no limite de sua vontade.

O direito não pode ser estimado senão do processo de interrogação das coisas, de tentar reencontrar a ordem que ela acolhe; ordem esta objetiva, e, portanto, jurídica. O fundamento da aparência assim caracterizada vem a ser, pois, a necessidade, de ordem social, de se conferir segurança às operações jurídicas, amparando-se, ao mesmo tempo, os interesses legítimos dos que corretamente procedem. Essa proteção se realiza de modo peculiar porque na aparência de direito a vontade de quem erra (supondo que o direito existe, ou que o titular ostensivo seja o titular verdadeiro) prevalece, como se realidade jurídica houvesse, e não apenas aparência. Nos termos expostos, portanto, a

aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais.

4. Efeitos da Eficácia da Aparência

No que tange às relações entre o proprietário verdadeiro e terceiros a aparência é criadora de direitos. Como bem lembra Mariano D'Amélio, no mundo jurídico o estado de fato nem sempre corresponde ao estado de direito, mas aquele, *per se*, tendo em vista considerações de ordem diversa, pode receber o mesmo respeito do estado de direito e, em determinadas condições e em resguardo de determinadas pessoas, gera conseqüências não diferentes daquelas que derivariam do correspondente estado de direito. Deste modo, a situação geral pela qual alguém tenha feito racionalmente confiança sobre uma dada manifestação jurídica e se comportado em coerência com tal manifestação, lhe dá direito de contar com ela, ainda que tal manifestação não corresponda à realidade[31].

Naturalmente o terceiro deve estar de boa-fé, ou seja, atuar genuína e honestamente segundo as circunstâncias do caso, interpretando e executando o acordo coerentemente ao que as partes entenderam ou puderam entender obrando com cuidado e previsão. Os terceiros de boa-fé restam protegidos pela aparência de legitimidade precisamente porque atuam de boa-fé, tanto no sentido da boa-fé probidade quanto da boa-fé diligência. Isto é, devem estar presentes os dois aspectos da boa-fé para que os terceiros restem protegidos.

Na aparência tem-se aquilo que Carvalho Santos[32] denomina de "erro sanante" – ao qual ele também se refere como "erro confirmador" ou "legitimante" – que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como validador do negócio. Assim, a aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, substituindo a realidade em favor do que agiu levado por bons princípios e honestamente.

Outro efeito da aparência de direito é o de afastar para o terceiro de boa-fé o risco da evicção nos contratos onerosos de transferência de direitos reais. Apenas não estará coberto do risco da evicção o terceiro que tiver agido de má fé ou que não tiver procedido com o mínimo de diligência, porque, neste caso, não há que se falar em tutela da

[31] Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 714.
[32] J. M. Carvalho SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*, Freitas Bastos, 1981, v. XXXIII, suplem. VIII (arts. 1-145), p. 266.

aparência[33]. Finalmente, um último efeito da eficácia da aparência de direito é o de afastar a anulabilidade do ato praticado pelo titular aparente.

Como dito anteriormente, na aparência a conseqüência jurídica do erro não é a anulabilidade, como no erro ordinário, mas sim permitir que o ato ou negócio produza os efeitos que lhe são próprios. No conflito que se estabelece entre o interesse do efetivo legitimado (que só pode ser preservado através da ineficácia do ato) e o interesse do terceiro que por causa da aparência incidiu em erro objetivamente escusável (interesse que, ao contrário do anterior, não pode ser atendido senão através da eficácia), a lei dá primazia a este último. O erro objetivamente escusável na *fattispecie* da aparência encerra assim uma *ação sanante* e se contrapõe à figura ordinária do erro que, ao revés, encerra uma ação viciante. Na aparência de direito, tem-se a presença do chamado efeito sanante, confirmador ou legitimante, que não autoriza a anulação do ato, mas, ao contrário, sana o vício em que incorreu o agente, funcionando como confirmador do negócio[34].

5. O Princípio da Responsabilidade por Situações de Confiança e a Tutela Geral no Âmbito da Aparência de Direito

Fixado o quadro conceitual da eficácia da aparência de direito, devemos partir para uma questão mais tormentosa, que é a de se saber se a aparência de direito pode ser considerada um princípio, visto que muitos autores defendem a idéia da existência de um princípio da eficácia da aparência.

No que se refere ao direito italiano, Falzea, depois de aludir à corrente doutrinária que contesta a legitimidade do princípio da aparência (a que pertencem, na Itália, Stolfi, Verga, Coviello, Cariota, Ferrara e outros), bem como à corrente oposta (representada por Mossa, Messineo e D'Amélio, por exemplo), que ao mesmo princípio atribui o mais vasto campo de aplicação, expressamente o admite, ressaltando especialmente o papel da jurisprudência na configuração das regras da aparência em príncipio de direito. São, segundo D'Amélio[35], exigências sociais que justificam a adoção do princípio nos amplos termos que lhe empresta a doutrina moderna. Deve-se, de acordo com esse autor, permitir que tomem a aparência como realidade por três razões principais: (i) para não criar surpresas à boa-fé nas transações do comércio jurídico; (ii) para não

[33] Cf., neste sentido, TJRS, 3ª Câmara Cível, Ap. 587.035.445, rel. Des. Galeno Lacerda, j. 17/05/1988, pub. RT 661-150.
[34] Contra essa argumentação, considerando que a aparência não difere por força ou natureza de um outro fato jurídico qualquer não sendo apta portanto de legitimar, veja-se Luigi MONACCIANI, *Azione e Legittimazione*, Giufrèe, 1951, p. 132-152.
[35] Mariano D'AMÉLIO, *Apparenza del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, UTET, 1958, v. I, p. 716.

obrigar os terceiros a uma verificação preventiva da realidade do que evidencia a aparência; e (iii) para não tornar mais lenta fatigante e custosa a atividade jurídica.

Igualmente, no direito francês a aparência de direito há longo tempo foi guindada à categoria de princípio de direito, sendo fartamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. Henri Mazeaud[36] expressamente o admite, reportando-se à difusão do adágio *error communis facit ius* na jurisprudência.

Não obstante essas abalizadas opiniões, há que se verificar com acuidade essa questão, delimitando o que seja o alcance dos princípios jurídicos nas sociedades contemporâneas para então verificar se a aparência de direito poderia enquadrar-se entre estes.

O princípio tem natureza normogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que estão na base ou constitui a *ratio* de regras jurídicas. É norma, porém, qualitativamente distinta das regras jurídicas porque constitui norma de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos, carecendo deste modo de mediação concretizadora do juiz ou do legislador. Além disso, tem uma importância estruturante porque consagra valores fundamentadores da ordem jurídica e tem capacidade deontológica de justificação[37]. Princípios também têm importância estruturante dentro do sistema jurídico, revelando mesmo uma proximidade da idéia de direito – são *standards* juridicamente vinculantes radicados na idéia de justiça. Por sua vez, as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

Neste sentido, de se observar que a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de situações de confiança. A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais, tal como aquele que dispõe que ninguém transmite a outro direito melhor ou mais extenso do que tem. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele.

---

[36] Tradução livre de Henri MAZEAUD, *La Maxime "Error communis facit ius"*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Librarie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII, p. 959.
[37] José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Almedina, 1993, p. 167.

A aparência pode ser conceituada como uma tutela geral nas situações de confiança também porque constitui uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas. A aparência se constitui em uma tutela geral nas situações de confiança porque ainda configura uma norma jurídica de otimização, compatível com vários graus de concretização, consoante condicionamentos fáticos e jurídicos. Desta maneira, a aparência informa o negócio concluído, mas é o juiz quem irá, através de uma mediação concretizadora, definir quando está presente a boa-fé subjetiva ética, os limites do erro escusável, quando existe a confiança institucional que implica no dano de confiança, em que medida se tem a defraudação da confiança e qual o procedimento para restaurar a comutatividade da situação iníqua.

Em seguimento, a aparência configura uma tutela geral a situações de confiança porque tem uma relação direta com a idéia de direito, atua como um *standard* juridicamente vinculante radicado na noção de justiça. A obrigação contemporânea, como visto, só pode ser pensada dentro de um quadro de cooperação com vistas ao adimplemento, e tal cooperação só se torna possível quando se procura manter, na medida do possível, as condições de dignidade e o próprio sinalagma contratual com a parte que confia. O princípio da confiança, na qual se funda a aparência, surge como uma mediação entre a boa-fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas.

Em conclusão, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específico ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento, requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada, funda-se na idéia de direito como o comprova o desenvolvimento histórico dos seus institutos, viabiliza a eficácia do tráfego jurídico, atenuando os rigores probatórios do *pacta sunt servanda*, e constitui, no âmago da confiança, a *ratio* e a justificação deontológica das regras protetivas do direito, aplicáveis à espécie.

6. Considerações finais

A velocidade das transações e o evolver frenético das relações jurídicas contemporâneas não permite sempre distinguir a aparência da realidade. E também não seria factível impor sempre tal encargo ao homem moderno, como era a regra para os indivíduos no século XIX. Na sociedade contemporânea a aparência instala-se no mundo.

A imagem ganha estatuto de real, ou seja, passa a ter uma realidade própria, mais tangível que o objeto real do qual é cópia.

A aparência de direito somente se dá quando um fenômeno manifestante faz aparecer como real aquilo que é irreal, ou seja, quando há uma incoincidência absoluta entre o fenômeno manifestante e a realidade manifestada. O âmbito da aparência são, destarte, os casos de exteriorização material nos quais não existe a correspondência entre a atividade do indivíduo e a realidade dos atos que pratica. Por isso terceiros de boa-fé podem ter em conta a exteriorização e ignorar a realidade oculta.

Nesse sentido, de se frisar que a aparência é um instituto jurídico da modernidade. Não se encontra no direito romano uma teoria geral da aparência, que tampouco aparecerá no medievo – época em que os juristas, no máximo, partindo de algumas hipóteses do direito romano, irão compor a máxima *error comunis facit ius*, ou seja, a noção de que o erro comum cria direito. Outro instituto medieval que viria a regular as situações patrimoniais aparentes é a *Gewere* do direito germânico. A *Gewere* consistia no estado de fato do poderio que uma pessoa tinha sobre uma coisa e era externada através do efetivo exercício das faculdades decorrentes desse estado de fato. A *Gewere* era aparência de direito (*Rechtsschein*) enquanto fenômeno, modo de manifestar-se no tráfego jurídico. No confronto com terceiro a respeito da senhoria jurídica sobre a coisa a *Gewere* dava uma aparência de direito, isto é, uma situação jurídica real, mas não definitiva, destinada a ceder a uma outra mais forte.

Paulatinamente, os diversos ordenamentos foram incorporando regras de proteção aos adquirentes de boa-fé, na tutela da confiança. Não obstante, muitos doutrinadores rejeitaram a eficácia da aparência de direito ou só a admitiram em casos muito individualizados. São elementos que configuram a chamada situação de aparência jurídica e que dão a esta a sua eficácia na tutela da confiança despertada em terceiro, as circunstâncias unívocas, o erro, a boa-fé, onerosidade do ato praticado em erro.

O fundamento da eficácia dos atos praticados com aparência de titularidade deve ser buscado na confiança, sendo de excluir as teorias que baseiam tal fundamento na culpa, na boa-fé subjetiva tão-somente, na simulação ou no risco. O pensamento da confiança integra-se, pois, no sistema jurídico sem romper as suas estruturas e coerência: numa época marcada pela pressão no sentido do incremento da interação humana, e pela tendência da impessoalidade, correlato da urgência de uma maior e enérgica autonomia dos sujeitos, a proteção da confiança diminui os riscos da ação ligada à progressiva interdependência dos sujeitos.

Deste modo a teoria da aparência é hoje capaz de produzir aplicação em tudo. A verdade deve ceder à segurança. A necessidade da tutela da boa-fé ética nas relações sociais determinou essa ampliação do seu sentido originário, circunscrito a algumas hipóteses de tutelas específicas de situações de confiança. A tutela geral da aparência em situações de confiança institucional constitui assim, nesse âmbito, exceção a outros princípios gerais. Sempre que o interesse da sociedade o exija e os terceiros se achem na impossibilidade de conhecer uma situação jurídica qualquer, o que tem a seu favor a aparência de um direito, revestida das formas legais, é considerado pela lei como se o tivera na realidade, ao só objeto de proteger os terceiros que contratam com ele.

Em resumo, a aparência constitui uma tutela geral ou um princípio específico ordenador em situações de confiança porque configura uma pauta diretiva a partir da qual as regras serão criadas ou aplicadas no ordenamento. Requer para sua aplicação uma mediação concretizadora do juiz ou do legislador, quando não positivada.

Desse modo, nos é possível concluir, da mesma forma que Paulinho da Viola e Hermínio de Carvalho nos versos do samba *Sei lá, Mangueira* que epigrafam este trabalho, que a realidade é um pouco mais que os sentidos ou toda a cautela exigível são capazes de dar conta, e é exatamente para suprir toda essa deficiência estrutural, tão humana e tão moderna, é que nos socorre a teoria da aparência. Esta veio, como se expôs, para evitar o "sei lá, Mangueira!", esta surpresa que decorre do dar-se conta da desproporção entre a realidade e o que ela aparentava ser. Talvez seja ainda um pouco mais. Quem sabe um corolário na proteção da sinceridade nas relações sociais, que não precisarão pautar-se numa desmedida e descabida desconfiança recíproca? Possível. De todo modo, servirá certamente como um alento para as pessoas, que poderão tratar livremente, confiantes não só nos negócios que celebram, mas também que o ordenamento assegurará que o direito não será "torto", mas justo.

7. Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.

BIRENBAUM, Gustavo Benjamin. *A titularidade aparente: eficácia do negócio realizado com o aparente titular de direito por força da tutela da confiança legítima*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Civil da UERJ, Rio de Janeiro, 2004.

BOLAFFI, Renzo. *Le teorie sull´apparenza giuridica*. In: *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1934, v. XXXII, Primeira Parte.

CALAIS-AULOY, Jean. *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*. Paris: LGDJ, 1961.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *Aparência de representação: a insustentabilidade de uma teoria*. In: *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, jul./set. 1998, v. 36, n 111, p. 39-44,

CORRÊA, Luiz Fabiano. *A proteção da boa-fé nas auisições patrimoniais*. Campinas: Interlex Informações Jurídicas, 2001.

D'AMÉLIO, Mariano. *Apparenza del diritto*. In: *Novissimo Digesto Italiano.* Turim: UTET, 1958, v. I, p. 716.

FALZEA, Angelo. *Apparenza*. In: *Enciclopedia Del Diritto*. Milão: Giuffré Editore, 1958, v. II.

FRADA, Manuel Antonio Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra: Coimbra, 1994.
_____. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

IONESCO. *Les effets juridiques de l'apparence en droit privé*. Estrasburgo: [S.N.], 1927.

LEVY, Emmanuel. *Les droits sont des croyances*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1924, t. XXIII.

LIRA, Ricardo César Pereira. *Considerações sobre a representação dos negócios jurídicos. A teoria da aparência e o princípio da publicidade na administração pública*. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, nº 01, UERJ, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Antrophos Editorial, 2005.

MALHEIROS, Álvaro. *Aparência de Direito*. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Comercial.* São Paulo, out./dez. 1978, nº 6 .

MARTINEZ, J. Ignácio Cano. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Barcelona: Bosch, 1990.

MATTIA, Fábio Maria de. *Aparência de representação*. São Paulo: Cid, 1999.

MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil*, 5ª ed. Paris: Éditions Montchrestien, 1975, t. II.

MAZEAUD, Henri. *La Maxime "Error communis facit ius"*. In: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Librarie Recueil Sirey, 1924, t. XXIII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, t. 10.

MONACCIANI, Luigi. *Azione e legittimazione*. Milão: Giufrèe, 1951.

MOSCHELLA, Raffaele. *Contributo alla teoria dell`apparenza giuridica*. Milão: Giuffrè, 1973.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade de confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Teoria da Aparência*. In: *Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, mar. 1982, nº 24, v. 9.

SACCO, Rodolfo. *Apparenza*. In: *Digesto delle discipline privatistiche. Sectione Civile*, 4ª ed. Turim: Editrice Torinese, 1998.

SALANDRA, Vittorio. *Extensione e fondamento giuridico della responsabilità personale per le obligazzioni delle società irregolari*. In: *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1928, v. XXVI, Segunda Parte.
_____. *Le società fittizie*. In: *Rivista di Diritto Commerciale*. Milão: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1930, v. XXX, Primeira Parte.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado* (atualizado por Semy Glanz). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981, v. XXXIII, sup. VIII.

STOGLIA, Sérgio. *Apparenza juridica e dichiarazioni alla generalità*. Roma: Sociedade Editrice del Foro Italiano, 1930.

VILLA, Vitório de. *Error communis facit ius*. In: *Nuovo Digesto Italiano*. Milão: UTET, 1938, v. V.

A LESÃO CONTRATUAL E SEUS ELEMENTOS

Raul Murad Ribeiro de Castro*

RESUMO

A Lesão contratual, em especial seus elementos, é a grande motivação dessa pesquisa. Apesar de ser um instituto já existente há séculos, cuja origem remonta o Direito Romano, a discussão acerca de quais requisitos seriam necessários para sua configuração de nada se mostra pacífica, uma vez que com o passar dos anos muda-se o âmbito social e com isso há a possibilidade de alteração de sua composição.

Por estar diretamente ligada ao conceito de justiça, vê-se que a lesão é tão inconstante quanto a concepção que a sociedade faz da figura anterior. Diante disso, faz-se necessário elaborar uma evolução histórica, visto que as ideologias anteriores muito influenciaram e ainda influenciam a composição elementar atual.

Numa proposta de observar da história com maior dinamicidade, primeiro apresentou-se os princípios que influenciam o modelo vigente, os quais foram capazes de relativizar o que anteriormente era considerado absoluto, com o intuito de demonstrar de plano a importância da mentalidade social para esse instituto.

Logo em seguida, com a retomada às origens da *laesio* no Império Romano e posteriormente ao Período Medieval, demonstrou-se que as bases fundamentais dos seus componentes já haviam se estabelecido desde então, sofrendo logicamente alterações com o tempo, mas sempre conservando o conteúdo essencial dessa figura.

Posteriormente, fez-se a localização dela no Direito brasileiro com a retratação progressiva de seu caminhar para a atualidade, sem contudo deixar de inseri-la no âmbito mundial, sob o ângulo de realce dos elementos e da ideologia que influenciava a sua adoção ou abolição, visto que essas marcas perduram até o tempo presente.

Após a apreciação e apreensão dos momentos mais importantes que concorreram para a caracterização da lesão como é, cumpriu-se em analisar exaustivamente seus elementos com base na doutrina e jurisprudência, para ao final caracterizá-la como objetiva ou subjetiva, de acordo com a relevância de cada.

* Graduando do 5º período da Faculdade de Direito de Campos - FDC

Por fim, propôs-se uma reflexão a respeito do entendimento dos requisitos desse vício de consentimento ou, simplesmente, defeito do negócio e sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CIVIL, LESÃO, ELEMENTOS.

ABSTRACT

The contractual Injury, specially its elements, is the great motivation of this research. Although this institute exists for centuries - its origin retraces the Roman Law - the quarrel about which requirements would be necessary for its configuration is not a pacific question, because along the years the social scope changes and with this there is the possibility of alteration of its composition.

For being straight ahead connected with the justice concept, the injury is so mutable as the conception that the society makes form the previous figure. Then, it is necessary to elaborate a historical evolution, for the reason the previous ideologies had influenced and still influence a lot the nowadays elementary composition.

First, in a project to observe the history in a more dynamic way, the principles that influence the effective model were presented, based on the importance of demonstrating the social mentality for this institute, because they had been capable to relativize what, some time before, was considered absolute,

Afterwards, with the retaken to the origins of the *laesio* in the Roman Empire and later to the Medieval Period, it was evidenced that the basic bases of its components had already been established since then, suffering alterations with the time, but always conserving the essential content of its figure.

Later, was done a localization of it in the Brazilian Law with a gradual retractation of its right to the present time. Along with this there was an attempt to insert it in the worldwide scope, under the angle of distinction of its elements and the ideology that influenced its adoption or abolition, because these marks remains until the present moment.

After the appreciation and apprehension of the most important moments which had tried for the characterization of the injury as it is, an exhaustive analyse of its elements based

on the doctrine and jurisprudence was done. The main purpose was to characterize it as objective or subjective, related to the preponderance of each quality.
Finally, a reflection about the understanding of the elements of this vice of assent or, simply, defect of business and its application was presented.

KEYWORDS: CIVIL LAW, INJURY, ELEMENTS.

1-INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desse trabalho afigura-se como um dos Defeitos do Negócio Jurídico elencados no Código Civil de 2002 do artigo 138 ao 165, classificado como um Vício de Consentimento e recentemente positivado, a dizer, a Lesão Contratual Civil prevista no artigo 157 e parágrafos desse mesmo diploma.

Sílvio de Salvo Venosa[1] já demonstra que a controvérsia é inerente a esse instituto, posto que há juristas que discordam dessa localização topográfica da lesão no Código como um vício de vontade pelo fato de alegarem não haver qualquer relação daquela com este em vista da sua objetividade. Dessa mesma forma, Caio Mário, apesar de antes da positivação no diploma civil, prelecionava: "o instituto da lesão deve configurar-se como defeito do negócio jurídico, e não como vício de vontade"[2].

No entanto, esse ponto de divergência não se caracteriza tão simples na realidade. Uma situação que, à primeira vista, poderia ser considerada mera discussão de formalidades sobre qual lugar da lei cível se encontraria o instituto, incapaz de gerar efeito prático; caso observada atentamente em seu "nicho doutrinário" demonstra-se de extrema importância. Tal relevância está na aplicação e concretização do instituto, visto que essa classificação tem como base o grau de objetividade de seus elementos.

Esta discussão não é significativa pela simples dúvida da localização da lesão, pois a motivação da resistência de ser vista como um vício consensual fundamenta-se em uma análise precisa de seus elementos e assim do próprio conteúdo do instituto. Esses componentes são vistos de diferentes formas tanto pela doutrina internamente, em que os autores não acham um ponto comum, quanto com essa em relação à

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 448.
[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 75.

jurisprudência cujos julgados demonstram certa imperícia na interpretação do instituto, ou o fazem de forma divergente quanto aos requisitos exigidos.

A análise dos elementos da Lesão tem por base não propor a modificação de seu habitat no ordenamento jurídico, se esse o caso for, mas determinar as tendências da doutrina moderna. Assim auxiliar e promover um melhor esclarecimento da aplicação dessa figura aos casos ocorridos em sociedade, para que seja possível a concretização de sua finalidade ao ser positivada no Código Civil de 2002 ao lado de defeitos essencialmente subjetivos como o dolo, o erro e a coação.

Busca-se determinar a identidade dessa técnica de promoção da eqüidade e justiça social frente à era das contratações de massa, em que o homem médio não é mais capaz de se impor perante as grandes corporações, experientes na feitura de contratos, tendo que ceder às exigências do mercado, vezes vis, para que possa interagir nas relações civis.

Diante do exposto, observa-se que tal mecanismo de comutatividade só é possível de ser aplicado pelo fato de ter-se modificado o paradigma social no que tange à teoria dos contratos e sendo ainda uma conseqüência dessa alteração, como a expressão de um novo modelo que se vislumbra, em que não há mais o imperativo absoluto da autonomia da vontade, a qual passa gradativamente a compartilhar seu *loco* com a Boa-fé Objetiva, a Função Social do Contrato, e, por fim, o Equilíbrio Contratual.

Com isso, o objeto é a exposição e análise dos elementos da lesão, com prévia retrospectiva histórica a respeito do modo como foram e são tratados pela doutrina, e posterior verificação da intensidade de subjetividade desses requisitos, com o intuito de se perquerir a funcionalização dessa figura, frente a sua finalidade de equilíbrio contratual.

2-DESENVOLVIMENTO

2.1-O MOVIMENTO PENDULAR

Na precisa lição de Caio Mário, mestre civilista que contribuiu sensivelmente para o entendimento da lesão, observa-se que:

> É impossível o estudo consciencioso e exato de um instituto jurídico, sem ser precedido de seu apanhado histórico. Por mais moderno que pareça, ainda mesmo que se apresente aos olhos do observador como criação pessoal de um legislador inspirado, será sempre um fenômeno social que lança suas raízes no passado [3].

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 2.

Contudo, o instituto da Lesão apresenta uma característica peculiar, a qual faz com que mera digressão histórica estática torne o seu entendimento deveras cansativo e, de certa forma, improdutivo. Ao longo dos anos os seus elementos foram analisados dinamicamente, sofrendo consideráveis alterações que ora pendiam para uma situação mais objetiva, ora mais subjetiva, chegando a até ser expurgado do ordenamento brasileiro em momentos que a ideologia social não era compatível com seus preceitos.

Atualmente essa figura está positivada no Código Civil de 2002 em seu artigo 157 e parágrafos, sem, contudo ter tido referência legislativa equivalente anterior, isto é, no Código Cível de 1916[4], pelo fato de que vigorava naquele momento de forma quase unânime na doutrina e jurisprudência a concepção voluntarista do contrato, a qual primava pela liberdade, autonomia de escolha e regência do indivíduo nos atos da vida civis, aos quais não cabia ao Estado intervir.

Esse processo de solidarização do ordenamento como um todo foi logicamente, e ainda o é, gradativo, porém o marco histórico de sua ocorrência está na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual permeou o Direito Civil com seus novos valores e princípios.

Necessário se faz que se remonte à Revolução Francesa em 1789, cujos ideais influenciaram intensamente as sociedades ocidentais, com a consagração da hegemonia de uma concepção liberal que perdurou, de certe forma, até atualidade. Esta foi a conjuntura da criação do Código de 1916,

As normas desse diploma tinham em seu bojo o homem como indivíduo isolado[5], o qual era livre para desenvolver-se de forma plena, mormente no que tange às suas relações patrimoniais. Na seara dos contratos, a vontade tornou-se o fundamento destes, visto que era considerada soberana[6]. Caso declarada livre, sem estar maculada por vícios, esse se perfazia completamente, adquirindo o caráter de intangível e plenamente oponível a terceiros.

---

[4] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil, Livro III – Dos fatos jurídicos: dos negócios jurídicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 220.

[5] MORAES, Maria Celina Bodin, A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-RJ, nº 1, 2ª ed., p. 60, jul./dez. 1991.

[6] FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. Ensaio sobre a lesão contratual nas novas relações de consumo, segundo a nova ordem civil. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, vol. 371. p. 89, jan./fev. 2004.

Assim, não restou lugar para a positivação do instituto da Lesão junto a esta codificação, uma vez que um defeito no negócio jurídico que visasse à revisão de uma relação contratual validamente formada, sob o fundamento de desproporção das prestações e inexperiência de alguma das partes não justificava ter existência, pois a igualdade civil estava assegurada definitivamente[7] e com isso não existia um contraste entre as partes contratantes, as quais possuíam a livre capacidade de escolher com quem contratar, o objeto do contrato e a forma como fazê-lo.

Diante de tal panorama demonstra-se ainda que, seguindo fielmente o que propalava o Código, a jurisprudência não aplicou a figura da Lesão nos contratos celebrados sob a sua égide, mesmo em situações em que era flagrante a ocorrência dela como lecionava a doutrina que continuava a estudá-la, como na Apelação Cível nº 2005.001.14341[8], submetida a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo relator foi o Desembargador Roberto de Abreu e Silva, em que é negado o provimento do pedido de reparação de danos materiais de morais c/c lucros cessantes e a nulidade do destrato ao contrato de prestação de serviço por esse motivo.

Cumpre ressaltar que pela não aplicação desse instituto, verifica-se uma incoerência da jurisprudência ao caracterizá-lo por ter exigido da vítima a prova de "coação irresistível a que teria sido submetida (...)"[9], visto que essa é uma figura autônoma e não tem esse vício como elemento.

Na esteira temporal, pode-se perceber que a ocorrência de certos acontecimentos históricos abalou os ideais perpetrados pela escola liberal. A 1ª Grande Guerra Mundial, seguida do Crack da Bolsa de Nova York em 1929 provocaram o início de um processo de alterações econômicas dramáticas, as quais repercutiram de forma arrasadora na sociedade de modo que frente a isso o direito não ficou estático.

Surge o modelo do *Welfare State,* em que o Estado passa a assumir funções antes deixadas ao puro arbítrio do mercado. Nesse diapasão é formulada e promulgada a Constituição de 1988, que determina o Brasil como um Estado Democrático de Direito,

---

[7] Clóvis Bevilaqua *apud* Caio Mário da Silva Pereira. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de janeiro: Forense, 1997. p. 97.

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.14341, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 11 jul. 2005. Disponível em: <http:// www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

[9] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.14341, da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, 11 jul. 2005. Disponível em: <http:// www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

influenciada por valores de justiça social, com a proposta de unificação normativa de todo o ordenamento[10], como fundamento lógico e imediato do sistema normativo.

Em face dessa nova conjuntura, o CC/16 não mais satisfazia, ele referia-se a uma sociedade baseada em preceitos como o individualismo, o patrimonialismo, que não correspondiam ao da atual. Assim, corroborando os valores e princípios Constitucionais, é promulgado um novo Código Civil em 2002, o qual por estar em consonância com os ideais de solidariedade e eqüidade retoma a figura da Lesão ao meio jurídico.

2.2-PASSADO E PRESENTE: OBJETIVO E SUBJETIVO (VIRSE E VERSA)

Em uma evolução histórica dinâmica, é preciso que se volte à origem do objeto de estudo para, a partir dessa, compará-lo com a sua atual faceta e caminhar progressivamente até o momento presente na construção dos elementos constitutivos.

É unânime entre os autores que o marco inicial da Lesão se deu em meio ao Direito Romano. Apesar de se encontrarem preceitos com conteúdo semelhante ao dela em outras épocas e civilizações como os hindus, a filosofia Aristotélica, a equivalência das prestações afirmada por Hugo de Groot; a "eclosão (da lesão) dá-se um tanto bruscamente no *ius romanum*, desprendido do preceito que o tenha gerado em evolução natural", como afirma Caio Mário[11].

O seu surgimento é atribuído às Constituições de Diocleciano e Maximiliano, Leis Segunda e Oitava de 285 e 294 d.C. respectivamente, as quais eram fragmentos do Código de Justiniano. De acordo com elas, todo aquele que vendesse seu imóvel por menos da metade do valor verdadeiro poderia pedir a rescisão contratual ou receber complemente até o justo valor.

Assim, observa-se que, para a configuração da lesão enorme, ou romana, é necessário apenas a desproporcionalidade entre as prestações, sendo ela como entende a doutrina[12], completamente objetiva, diferente da atualidade, em que além desse

[10] MORAES, Maria Celina Bodin, A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-RJ, nº 1, 2ª ed., p. 63, jul./dez. 1991.

[11] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 3.

[12] FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. Ensaio sobre a lesão contratual nas novas relações de consumo, segundo a nova ordem civil. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, vol. 371. p. 89, jan./fev. 2004.

requisito deve haver também a inexperiência ou premente necessidade, e para alguns o dolo de aproveitamento, ou para outros o simples aproveitamento.

No entanto, frisa-se que há partidários, como Teresa Negreiros[13], de que mesmo no Direito Romano não há inteira objetividade, uma vez que não havia um padrão fixo para determinar o preço verdadeiro ou justo, o que representa a sua composição com conceitos indeterminados que estavam sujeitos a um juízo subjetivo do pretor.

Após o seu surgimento no período romano, faz mister que se demonstre a trato da lesão recebido no Período Medieval, uma vez que neste houve o alargamento dos elementos do instituto através da influência de uma nova ideologia.

Na Idade Média imperou a moral religiosa ditada pela Igreja Católica através de filósofos que, por meio de justificativas fundamentadas no texto sagrado, alcançaram todo o pensamento da época, o que não foi diferente com o direito e, por conseguinte com a lesão. A sua faceta romana não mais seria a mesma após a difusão dos ideais de solidariedade e repúdio à usura.

No entanto, a primeira aparição desse instituto nesse momento deu-se por conta dos glosadores, isto é, através de uma interpretação leiga em que ao terem feito a tradução das Constituições do Código de Justiniano acreditaram faltar algum elemento. Diante disso, inseriram o dolo intrínseco àquela relação de desproporção, pois não conseguiram vislumbrar a possibilidade de sua ocorrência sem que o indivíduo fosse enganado, sendo então a não equivalência a presunção do dolo.

Concomitantemente a esse trabalho, ela também foi analisada pelos cânones da Igreja Católica, dentre os quais São Tomás de Aquino. Em face do quadro de busca da justiça comutativa, ele viu que era necessário observar a situação do que sofre a lesão, pois se tivesse como determinar o justo preço não havia porque se cogitar da aplicação deste instituto, uma vez que estaria salvaguardando qualquer um que age levianamente na gestão de seus negócios.

Nessa linha ainda verifica-se a criação de um segmento distinto em sua essência da lesão enorme: a "*laesio enormissima*, sem fundamento na lei romana"[14]. Os requisitos subjetivos eram os mesmos, porém, diferentemente do parâmetro desproporcional da anterior que era de menos da metade pelo comprador, apenas de dois

[13] NEGREIROS, Teresa, Teoria do Contrato. Teoria do Contrato, Novos Paradigmas.2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 169.
[14] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 45.

terços, visando atender ao comprador que pagasse uma quantia a mais e que de acordo com a primeira não se encaixaria na taxa necessária; ou apenas a terça parte para o vendedor.

Com isso, conclui-se que a Lesão atual é fruto de sua origem. A desproporção até hoje é elemento peculiar desse instituto; o dolo inerente a não equivalência apresenta certa relação com o de aproveitamento defendido pelos doutrinadores modernos; e o desconhecimento do justo preço nada mais seria do que a inexperiência exigida pelo Novo Código.

Após a caminhada evolutiva do nascimento à determinação do conteúdo primário da Lesão, vê-se que o instituto passou a ser tratado pelos ordenamentos de diversos Estados, seja para consagrá-lo com maior ou menor aplicação, ou até mesmo aboli-lo taxativamente.

O direito brasileiro a vigorar depois da independência continuou a ser o português, as Ordenações Filipinas (1603)[15]. Estas expressavam de forma clara a sua filiação ao direito romano e canônico no que tange a essa figura, uma vez que normatizavam a lesão enorme e a enormíssima.

Diante da necessidade da criação de um direito verdadeiramente brasileiro, que não fosse a transposição das normas dos antigos colonizadores, surge, em relação ao direito civil, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas (art. 359) e posteriormente a Nova Consolidação das Leis Civis de Carlos Augusto (art. 1.071 a 1.077), as quais trataram da lesão de forma exatamente igual ao ordenamento anterior, sem, contudo mencionarem a enormíssima.

Enquanto isso vê-se que na França em 1804 com a promulgação de seu Código Civil a Lesão sofre um grande cerceamento, visto que pelo fato de aquela sociedade estar altamente influenciada pelo pensamento individualista há o primado da liberdade contratual em detrimento da eqüidade[16]. Tal instituto é repelido pela legislação (art. 1.118) sendo somente aplicado em casos excepcionais como em negócios firmados por menores não emancipados, em partilha, e em venda de imóveis e preço menor que 7/12 do do mercado. Em todos esses casos deve haver necessidade que acarrete uma espécie

[15] FILHO, Carlos Alberto Bittar. Da Lesão no Direito Brasileiro Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
[16] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 171.

de violência à vontade do lesado. Tal figura foi considerada objetiva, pelo fato de que essa ameaça é presumida pela ocorrência de não equivalência.

Influenciado por esses ideais liberais, o legislador brasileiro aboliu a Lesão dos contratos entre comerciantes com o Código Comercial de 1850, justamente por acreditar que se encontravam em mesmo patamar de igualdade e ser o lucro e o risco inerentes à essência de suas atividades, tornando inócua a aplicação daquela figura.

Nessa mesma linha de subordinação aos valores da Revolução Francesa, observa-se o Código Italiano de 1865, no qual o instituto da lesão foi configurado igualmente ao francês tendo como diferença apenas a taxa legal que era a metade do preço justo, o que demonstra uma maior condescendência em relação à lesão mesmo no imperativo da liberdade. Diferentemente do Código Português de 1867, o qual aboliu expressamente esse instituto, mas permitiu que as partes o convencionassem.

Indiferente, ou melhor, relutante aos valores individualistas, o Código Civil Alemão de 1896 não promoveu a submissão da eqüidade à autonomia da vontade, e previu a Lesão em seus caracteres mais contemporâneos: exploração de necessidade; inexperiência ou leviandade, ligada à desproporção das prestações não tarifadas legalmente. Ela passa a ser vista subjetivamente, uma vez que há a necessidade da ocorrência do abuso de uma situação de inferioridade sem que sejam presumidos.

O Código Civil brasileiro de 1916, ao ser promulgado, demonstrou ainda a forte influência da doutrina francesa, pois nem mencionou a existência desse defeito do negócio no mundo jurídico, o que fez com que parte da doutrina apelasse para a jurisprudência aplicá-lo com base nas Ordenações Filipinas, por não terem sido expressamente revogadas, mas tal movimento não logrou êxito[17].

No entanto, seu ressurgimento se deu com o Decreto-Lei 869 de 18 de novembro de 1938 – que teve as disposições referentes à usura real reiteradas pela Lei nº 1.521/51 – cuja finalidade era a repressão dos crimes contra a economia popular. Em seu quarto artigo, alínea “b” estava previsto o crime de usura real, a qual previa sanção para aquele que obtivesse lucro patrimonial além de um quinto do valor corrente ou justo, mediante abuso de premente necessidade, inexperiência ou leviandade da outra parte.

[17]FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. Ensaio sobre a lesão contratual nas novas relações de consumo, segundo a nova ordem civil. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, vol. 371. p. 92, jan./fev. 2004.

Apesar de uma norma penal, é possível verificar sua flagrante correspondência com o tratamento dado à lesão pelo direito civil alemão, ou seja, a caracterização dessa como uma figura preponderantemente subjetiva dada a exigência de prova do dolo de aproveitamento de uma parte da inferior. A diferença está contida apenas no fato de ter o legislador brasileiro, por política legislativa, escolhido a tarifação legal para determinar a não equivalência, como assim leciona Caio Mário[18].

Diz-se ainda que a própria lei previa conseqüências civis como permitir ao julgador "ordenar a restituição do excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento". Doutrinaria e jurisprudencialmente conjugou-se a interpretação do tipo com o art. 145, II, CC/16 para demonstrar que se aquele negócio era um crime, então seu objeto seria ilícito, e se assim fosse, pelo ordenamento civil o ato jurídico deveria ser considerado nulo total ou parcialmente.

2.3-EXPRESSÃO NO BRASIL E DIREITO MODERNO

Diante desse quadro de alteração ideológica, não somente no Brasil, como em todo o ocidente, devido até mesmo à rápida movimentação da informação proporcionada pelos meios de comunicação cada vez mais modernos, países que adotaram a lesão com grandes limitações, ou expurgaram-na de seu ordenamento mudaram de entendimento ao longo do tempo, como por exemplo, Itália e Portugal.

O novo Código Civil italiano de 1941, apesar de ter mantido a taxa legal de a metade do valor, modificou drasticamente o instituto. Ao invés de apenas adstrito à compra e venda de imóveis foi alargado para toda convenção em que houvesse uma desproporção, e que essa deveria ser fruto do aproveitamento (requisito subjetivo) de uma parte da necessidade da outra, sem que devesse haver a vontade de causar prejuízo, sendo bastante o conhecimento daquela situação extraordinária.

Situação diferente não aconteceu com o direito português que após abolir a lesão veio a adotá-la no Código Civil de 1966 sob a designação de usura, a qual se configura quando alguém obtiver benefícios excessivos mediante exploração de situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de caráter de outrem.

[18] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 137.

O autor José de Oliveira Ascensão[19] aduz ser a usura descrita de forma objetiva no direito português, porém ao afirmar isso deve-se ter em conta que refere-se ao fato de ela estar positivada, sem ser uma construção moral. Além de poder ser claramente observado que requisitos como "fraqueza de caráter" de nada são objetivos. O próprio doutrinador defende ser necessário não apenas o conhecimento da situação de inferioridade de outrem, mas também a efetiva vontade de explorar o que insufla esse instituto lusitano de subjetivismo até maior de que a nova óptica italiana que exige só a cognição.

O direito brasileiro no caminho da esteira evolutiva demonstrou estar sensível às transformações sociais e jurídicas. Diante da já vigente Constituição de 1988, ratificou os valores de justiça social e repressão ao abuso do poder econômico (art. 170 e 173, parágrafo 3º, CRFB) ao promulgar o Código de Defesa do Consumidor em 1990.

O diploma em seu artigo 6º, inciso V, estabelece que é um direito básico do consumidor a revisão de uma cláusula que estabeleça prestações desproporcionais, e ainda declara no artigo 51, inciso IV, que são nulas de pleno direito – causa de nulidade e não vício de consentimento – as obrigações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada e assim incompatíveis com a boa-fé e eqüidade. Não se cogita qualquer elemento subjetivo, uma vez que o código não menciona necessidade do abuso e já presume a debilidade do consumidor, pois na sociedade de contratos em massa é possível separar esse grupo num grande bloco formado por indivíduos com características semelhantes. Assim há a configuração da lesão consumerista como claramente objetiva, sendo apenas valorada a desproporção pelo juiz, visto que não há a tarifação legal[20].

Por fim, em 1999 foi editada a Medida Provisória 1.914-6, a qual fulmina de nulidade as estipulações usurárias em negócios civis em geral que tenham sido feitas em situação de vulnerabilidade de umas das partes. Logo após, em 2002, foi seguida pela promulgação do Novo Código Civil, que prevê expressamente a ocorrência de lesão "quando uma pessoa sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta", suscitando

[19] ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. vol II. Acções e Factos Jurídicos. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 337-338.
[20] FILHO, Carlos Alberto Bittar. Da Lesão no Direito Brasileiro Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p 115.

interpretações doutrinárias e jurisprudenciais acerca da objetividade dos elementos tão variadas quanto os diversos tratamentos dados pelo direito comparado.

2.4-A INCÓGNITA SUBJETIVA

Em um primeiro plano é mister que se demonstre aqueles conceitos a respeito dos elementos que não possuem divergência entre os autores, ou se essa existe, não se encontra deveres expressiva: desproporcionalidade, necessidade, inexperiência.

A doutrina como um todo nada critica o fato de a falta de equivalência atualmente prevista no Código Civil não se basear em uma tarifação legal fixa, e sim dependente de um juízo de valor feito pelo julgador no momento da apreciação do caso concreto. Esse posicionamento se dá porque a taxa é um mecanismo extremamente rígido e não seria capaz para atender as inúmeras situações diferentes que poderiam existir e assim causar injustiças, com o fato de uma quantidade não se moldar por uma diferença ínfima entre esta e o que determina a lei. Ressalta-se que a falta de equivalência não é aritmética, porém causal, o que possibilita a aplicação tanto aos contratos comutativos como aleatórios.

Ainda pode-se perceber que tal técnica não se mostra compatível com os valores de generalidade e operacionalização inerentes ao Novo Código, nem com a utilização de cláusulas gerais que passaram a possuir importância desde a Constituição[21], e o legislador ordinário deu continuidade a esse processo vindo a inseri-las difundidamente no ordenamento jurídico.

Os requisitos de caracterização do lesado, por sua simplicidade e quase objetividade, não demonstraram dificuldade de concordância da doutrina a respeito de sua conceituação.

A necessidade exigida não se refere a um estado de pobreza do indivíduo, mas de “necessidade de contratar”. Essa parte está diante de uma situação em que em condições normais não contrataria, visto que há um perigo de dano a seu patrimônio caso não venha a realizar o negócio jurídico, capaz de gerar um prejuízo maior do que a forma iníqua em que realiza a avença[22]. Ressalta-se que ele pode tanto afetar uma pessoa de baixa condição econômica, como uma de alta, uma vez que diante da

[21] TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização de Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, nº 5, p. 37, jan. 1997.
[22] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão. Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 178, nov./dez. 2002.

premente necessidade de conseguir um certo volume de dinheiro pode vir a vender um único bem de que dispõe naquele momento por um valor que realmente não corresponde à realidade.

Já a inexperiência nada mais é, em uma interpretação quase literal, a falta de aptidão, habilidade do indivíduo para a prática de uma convenção. No momento da avença ele julga ter entendido perfeitamente o que é dito pela outra parte, mas posteriormente verifica que não alcançou a total extensão do negócio. Ela não está ligada ao nível de escolaridade ou cultural, visto que a noção de como agir nessas situações somente é adquirido por aqueles que praticam o ato de contratar rotineiramente. Como exemplo pode-se afirmar que um médico, que estudou seis anos para graduar-se e, assim, possuir um vasto campo de conhecimento, de nada pode saber no que tange à prática dos negócios, na qual é inexperiente.

Diante desses elementos, vê-se que na lesão haveria a preponderância da objetividade, sendo abalada pela verificação das situações de estado do lesado no momento da contratação, o que até se faz jus, pois mostra-se compatível com a adoção do princípio da Boa-fé Objetiva pelo código, e somente imputa ao lesionário aquelas situações em que realmente a inferioridade da outra parte foi determinante para a sua ocorrência, e não uma mera subsunção formal entre uma desproporção prevista concretamente e a taxa legal, ou a simples apreciação do juiz.

Embora Moreira Alves tenha lutado no próprio projeto do diploma civil pela objetividade acima descrita da lesão, afirmando que não era preciso que a outra parte sequer soubesse da debilidade em contratar do lesado[23]; a doutrina atual não se satisfaz com apenas esses requisitos e insere outros. Contudo há aplicação jurisprudencial daquele autor, como nas Apelações Cíveis nº 70009539339[24] e nº 70012506580[25], julgadas pela Oitava e Décima Sétima Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujos relatores foram os Desembargadores José S. Trindade e Ergio Roque Menine, respectivamente, em que apesar de não terem sido procedentes as

[23] ALVES, José Carlos Moreira, A parte feral do projeto de Código Civil brasileiro, nº 15, p. 144, *apud* JÚNIOR, Humberto Theodoro, comentários ao Novo Código Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p 231.
[24] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70009539339, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 21 set. 2004. Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.
[25] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70012506580, da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 28 set. 2005. Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.

impugnações fundamentadas na lesão por falta de prova da inexperiência, os julgadores não cogitaram a necessidade de existência de aproveitamento ou desse dolo.

Parte de doutrina, representada por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin[26], afirma ser exigível, além dos requisitos já mencionados, a ocorrência do aproveitamento, uma vez que não há necessidade de que o beneficiado induza o lesado ou tenha a intenção de abusar dele, ou ainda que venha a ter consciência desse estado de inferioridade; sendo bastante que aproveite-se da situação.

Esses autores justificam a posição de nem exigirem a cognição com a argumentação ensaiada por Ana Luiza Maia Nevares[27]. Segundo ela, se não é admitido que um contratante de boa-fé exija prestações desproporcionais, caso o tenha feito, é porque se aproveitou da situação inferior em que se encontrava o lesado.

Tal teoria já é demonstrada pela jurisprudência como no Recurso Inominado nº 71000667063, apreciado pela Segunda Turma Recursal Cível do Juizado Especial Civil do Rio Grande do Sul, em que o relator foi o Desembargador Luiz Antônio Alves Capra[28], embora voto vencido, categoricamente afirma que "sequer se cogita quanto a verificação do dolo ou má-fé"[29], mas apenas o aproveitamento do momento, o que acarretou lucros desproporcionais.

Contudo, cumpre ressaltar que a própria Ana Luiza Maia Nevares ao utilizar-se dessa fundamentação não quis fazê-la em prol do que os autores acima defendem, mas do dolo de aproveitamento – aquele em que o agente visa tirar proveito sem contudo ter o elemento volitivo de causar prejuízo – que ocorreria com o conhecimento da premente necessidade ou inexperiência, mas, seria presumido, como demonstra em sua argumentação. Junto a isso entende que a prova do *animus* de explorar descaracterizaria

[26] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforma a Constituição da República. v. I. Parte geral e obrigações (art. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 293-297.

[27] NEVARES, Ana Luiza Maia. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Novo Código Civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 280.

[28] BRASIL. Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. Recusro Inominado nº 71000667063, da 2ª Turma Recursal do JEC do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 22 fev. 2006.Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.

[29] BRASIL. Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. Recusro Inominado nº 71000667063, da 2ª Turma Recursal do JEC do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 22 fev. 2006.Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.

completamente o instituto[30], sendo a presunção uma forma de inversão do ônus da prova, para que o beneficiário manifeste o seu desconhecimento e/ou não exploração.

Dessa forma, verifica-se o que é chamado de "a beleza do direito", isto é, um mesmo ponto como embasamento de duas concepções, não contraditórias, porém diferentes. A Boa-fé objetiva, princípio contratual expresso no art. 422 CC/02, dada a amplitude de seu conteúdo foi utilizada tanto para legitimar a existência do dolo de aproveitamento, visto que os contratantes por força dela devem atuar com honestidade, solidariedade e cooperação, assim, diante do conhecimento daquela situação de inferioridade não caberia avençar. Como também o simples aproveitamento, uma vez que a parte que impõe pesadas prestações para outra sem ter a idéia de que é inexperiente ou está necessitada não age, da mesma forma, pautada pela probidade.

Assim, observa-se, que doloso o aproveitamento ou não, os autores buscaram por meio desse princípio/norma/valor, que atualmente permeia todo o campo contratual, tornar objetivo algo que seria necessariamente subjetivo, seja presumindo-o, seja entendendo como decorrente do binômio desproporção/inferioridade.

No mesmo raciocínio, Humberto Theodoro Júnior procura desenvolver seu pensamento de que não caberia a existência de uma lesão totalmente desprovida de subjetividade, uma vez que o diploma civil é construído com determinada valorização da sistemática da teoria da confiança em que, além da manifestação da vontade do indivíduo, é preciso verificar se as partes vincularam-se pautadas pela Boa-fé objetiva com confiança na segurança jurídica da relação. Diante disso, leciona que é visível a necessidade da presença do dolo de aproveitamento como o conhecimento da debilidade, porém é presumido para "simplificar a tarefa da vítima"[31].

Contudo, ao tratar da realização de prova por parte do beneficiário, o autor afirma que ele deve demonstrar o desconhecimento do estado de necessidade ou inexperiência e ainda propor o suplemento de preço ou aceitar a redução, o que, *data vênia*, parece ser contraditório. Se é preciso que o réu complemente a prestação para evitar a anulação do negócio mesmo tendo provado não ter consciência da situação de inferioridade da outra parte, deduz-se que o autor está a afirmar de forma indireta que o

[30] NEVARES, Ana Luiza Maia. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Novo Código Civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 279-280.
[31] JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil, Livro III – Dos fatos jurídicos: dos negócios jurídicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 232.

dolo de aproveitamento refere-se à efetiva vontade de explorar. Ele mesmo diz que a não complementação "é a comprovação *a posterior,* da censurabilidade da conduta do contratante". Tal disposição contraria toda a sua teoria em sua essência.

Apesar da exigência confusa feita pelo autor, há ratificação na jurisprudência de ser precisa a intenção de abusar do estado da outra parte para a configuração da lesão, como na Apelação Cível nº 70010009868 apreciada pela Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Desembargador Mário José Gomes Pereira[32], em que a parte ré – agora autora da apelação - aproveitou-se de sua enorme experiência em cotações de mercado frente a gritante inexperiência do autor para auferir lucros desproporcionais, ao oferecer um valor ínfimo por ações que naquele momento não possuíam cotação de mercado propriamente ditas, mas que, com certeza, pouco tempo depois seriam inseridas neste e sofreriam uma valorização dantesca. Tendo sido condenada ao pagamento de indenização por perdas e danos, repetindo-se a decisão de 1º Grau.

Nesse acórdão o desembargador procurou frisar a vontade de explorar, como em "resta evidente que sua intenção era a de tirar proveito dessas circunstâncias do momento"[33] e ainda na efetiva aplicação da lesão ao caso concreto não mencionou a possível característica de presunção relativa do dolo de aproveitamento, pelo contrário, expôs e fundamentou a sua ocorrência fática.

Por fim, faz-se mister apresentar a inovadora proposta de Teresa Negreiros[34] que por apresentar os entendimentos de autores como Caio Mário e Anelise Becker deduz-se que ela filia-se à corrente de necessidade da ocorrência apenas do aproveitamento, porém a própria doutrinadora é silente quanto a esse assunto ao desenvolver sua teoria e somente confirma que é preciso a expressão do estado de inferioridade.

Contudo, ela propõe que junto a esse requisito clássico haja um enfoque no bem contratado, para que sob a óptica da Dignidade da Pessoa Humana seja feito um juízo de importância e utilidade daquele bem, de modo a tratar diversamente situações

---

[32] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010009868, da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 04 out. 2005. Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.

[33] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70010009868, da 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 04 out. 2005. Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.

[34] NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 202-205.

substancialmente diferentes e ainda evitar uma visão da lesão como subjetiva. Assim, quanto maior a relevância do bem, maior também seria o grau de objetividade da lesão.

3-CONSIDERAÇÕES FINAIS

3.1-O PARADIGMA E A EVOLUÇÃO

Após esta explanação, é possível verificar que desde a sua origem a lesão sofreu alterações com o correr dos anos, circunscrevendo uma trajetória semelhante a de um pêndulo, ora pendendo para a objetividade, ora para a subjetividade. Em nenhum desses momentos as mudanças ocorreram de forma fácil, sempre houve grande resistência. Porém o direito, como expressão de um fenômeno social, ao fim nunca deixou de render-se aos novos anseios e aspirações que a sociedade proclamava.

O mesmo aconteceu com a positivação da Lesão no Código Civil de 2002, cujo legislador, sensível às transformações sociais, com o afloramento das relações negociais, normatizou um instituto objetivo em sua essência para atender a parte em estado de inferioridade. No entanto, a doutrina e jurisprudência, comuns vanguardistas, por não conseguirem libertar-se do paradigma da culpa ainda dificultam a sua aplicação, contrariando essa adjetivação tão corrente.

A doutrina por que tem trabalhado para inserir elementos como o dolo de aproveitamento presumido ou o aproveitamento, os quais são ditos como objetivos, mas que na verdade representam uma subjetividade camuflada, pois em juízo inevitavelmente eles serão discutidos, uma vez que ao o réu demonstrar a sua não ocorrência caberá o autor provar que ela é viciada de falsidade.

Também a jurisprudência, pois como se pode ver nos acórdãos expostos, apesar de se vislumbrar por alguns o entendimento literal do art. 157, CC/02, esse não veio a ser aplicado ao ser defrontado com um caso efetivamente concreto de lesão, em que se apegou ao dolo de aproveitamento sem presunção. O raciocínio objetivo apenas ocorreu quando foi voto vencido ou nem se configuraram os elementos básicos da lesão.

Com isso, diante de todos os argumentos e demonstrações, há o apelo para que novamente o paradigma seja quebrado e esse instituto evolua ainda mais com sua trajetória pendular tendente à objetividade, sendo somente presente o subjetivismo essencial que é a avaliação do estado de inferioridade e da desproporção das prestações. Desse modo, fosse caracterizado como um defeito do negócio jurídico e não um vício de consentimento.

4-REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil. Teoria Geral. vol II. Acções e Factos Jurídicos. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 336-341.

FILHO, Carlos Alberto Bittar. Da Lesão no Direito Brasileiro Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FILHO, Carlos Fernando Carvalho Motta. Ensaio sobre a lesão contratual nas novas relações de consumo, segundo a nova ordem civil. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, vol. 371. p. 79-115, jan./fev. 2004.

JUNIOR, Pedro Lino de Carvalho. A lesão consumerista no Direito brasileiro de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil. Livro III – Dos fatos jurídicos: dos negócios jurídicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 220-249.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Dos defeitos do negócio jurídico no novo Código Civil: fraude, estado de perigo e lesão. Forense, Rio de Janeiro: Forense, v. 364, p. 163-179, nov./dez. 2002.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato, Novos Paradigmas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 154-205.

MORAES, Maria Celina Bodin, A caminho de um direito civil constitucional. Revista de Estado, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: PUC-RJ, nº 1, 2ª ed., p. 59-73. jul./dez. 1991.

MARTINS, Marcelo Guerra. Lesão contratual no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVARES, Ana Luiza Maia. A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Novo Código Civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 271-283.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil interpretado conforma a Constituição da República. v. I. Parte geral e obrigações (art. 1º a 420). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 293-297.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização de Direito Civil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: UERJ, nº 5, p. 23-40, jan. 1997.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. Tomo II. *Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2006. p.21-46.*

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Novos princípios contratuais e a teoria da confiança: a exegese da cláusula *to the best knowledgeof the sellers.* Tomo II. *Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2006. p.241-273.*

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Parte Geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http:// www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http:// www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 10 mai. 2007.

MARCO POLÍTICO, INSTITUCIONAL E ECONÔMICO DA CONFIGURAÇÃO DO FEDERALISMO FISCAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Raymundo Juliano Feitosa*

"Mas, o fato de a Constituição definir o Brasil com um Estado Federal não nos poupa do trabalho de analisar detidamente que federalismo é o brasileiro. Afinal, não existe um "modelo" de federalismo ideal, puro e abstrato, que englobe a variedade de organizações existentes nos estados denominados federais. O que existe é uma série de soluções concretas, historicamente variadas, de organização do Estado, dentro de determinadas características comuns entendidas como necessárias a um regime federal."

GILBERTO BERCOVICI
(Desigualdades regionais, Estado e Constituição)

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o cenário político, institucional e econômico no qual foi delineado o federalismo fiscal na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: POLÍTICA, DIREITO E ECONOMIA NA CONSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the political scene, institucional and economic in which was delineated the fiscal federalism in the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: POLITICS, LAW AND ECONOMY IN THE CONSTITUTION.

* Professor da ASCES, da UnP e da UFPE.

INTRODUÇÃO

Devemos começar este trabalho, referindo-nos necessariamente a RODRÍGUEZ BEREIJO[1], para quem uma análise da atividade financeira do Estado, no marco constitucional, não deve ficar reduzida aos títulos, capítulos ou seções, que diretamente tratam das Finanças Públicas, sim que também, a outros preceitos da Constituição.

Tendo em conta estas considerações e tomando-as como ponto de partida, nos parece uma atitude correta adotar este procedimento metodológico para empreender o estudo da atividade financeira do Estado, aprofundando a questão do poder financeiro na Constituição Federal de 1988.

A continuação nos ocuparemos do projeto de Estado e, em conseqüência, das soluções e instrumentos adotados na sistematização e controle do poder financeiro no marco constitucional de 1988.

1.O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO PROJETO POLÍTICO

Segundo Lucas Verdú[2] "seja qual for o conceito de Constituição do qual se parta, é comum admitir-se, na maioria dos casos, que esta contém a fórmula

[1] Aqui é inevitável a referência a contribuição de RODRÍGUEZ BEREIJO, Álvaro. "La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública", en Revista Sistema nº 53, Madrid, 1983, p. 75-93, autor cuja obra é um ponto de inflexão no desenvolvimento substantivo do tema sob estudo.

[2] LUCAS VERDÚ, Pablo. *"El Título I del Anteproyecto Constitucional (La fórmula política de la Constitución)"* en Estudios sobre el Proyecto de Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1978, p. 11. Ver. sobre este tema: GARCÍA COTARELO, Ramón, *Teoría del Estado y Sistemas Políticos* (II-Parte Especial-"Sistemas Políticos"), 2ª Edición. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED, 1987,

política chave do sistema que se compõe de: 1) um teto ideológico; 2) uma organização jurídico-política, e 3) uma estrutura social."

Interessa destacar a respeito que, como salienta o próprio LUCAS VERDÚ, esses três elementos guardam uma grande coerência interna. Assim, a primeira dimensão a ter em conta é que supõe uma síntese do modo de convivência política de um povo.[3] A respeito não devemos esquecer que "...enquanto as afirmações políticas não têm aplicação imediata; ainda que seu valor interpretativo seja evidente, as definições constitucionais operam diretamente".[4] Parece necessário recordar que, a análise de LUCAS VERDÚ contém pontuais referencias ao texto da Constituição Espanhola de 1978.[5] Com esta observação estamos sublinhando que, somente quando se examina o contexto em que se emprega um determinado esquema analítico, é possível extrair dele todo seu poder explicativo. Poderia alguém pensar que nossa afirmação conduz inexoravelmente a rechaçar, para nossa pesquisa, o aporte de LUCAS VERDÚ; nada mais enganoso, pois os três elementos: 1) um teto ideológico; 2) uma organização jurídica-política, e 3) uma estrutura social, propostos por este autor ao empreender sua análise da fórmula constitucional

---

p. 179. Com relação ao conceito de Constituição, ver ainda, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Editora Coimbra, *1982*, p. 79-80,onde afirma a inexistência de um conceito de Constituição que possa ser visto como "doutrina dominante"; por sua vez VERGOTTINI, Giuseppe de. Derecho Constitucional Comparado. *Traducción e introducción de Pablo Lucas Verdú. 2ª ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1985*, p. 130-131, observa que o conceito de Constituição "es uno de los más difíciles y disputados, abarca múltiples aspectos, no sólo jurídicos, de todo el ordenamiento estatal." Ainda sobre este tema as sugestivas contribuições de GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*. 1ª Ed. Madrid: Alianza Editorial, 1991, p. 81 e ss.

[3] LUCAS VERDÚ, Pablo. *Op. cit.* p. 11.

[4] LUCAS VERDÚ, Pablo. *Op. cit.* p. 11.

[5] Cabe recordar a afirmação de SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Descentralización y cooperación. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, *1984*, p. 25-26, "...no puede desconocer en modo alguno los mecanismos que ofrece el Derecho Constitucional Comparado, los datos de la realidad vigente en sistemas análogos. Esta afirmación, que puede resultar obvia en un tema cualquiera de Derecho Constitucional, dadas las influencias recíprocas a las que se ven sometidas las Constituciones de los diferentes países con un grado equivalente de desarrollo económico social y cultural, es aún mucho más patente el tema..."

espanhola de 1978, se constitui em excepcional instrumento de aproximação ao estudo da Constituição brasileira de 1988. Não obstante, se trate de um contexto histórico-constituinte bastante distinto; entendemos, com os devidos matizes e adaptações, que resulta proveitoso estudar o conteúdo da fórmula constitucional do artigo 1º da Constituição brasileira vigente que graficamente assinala: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político."[6]

É evidente que houve a pretensão de canalizar nesse preceito a filosofia que articula e contém todo o complexo de instituições econômicas, sociais e políticas da ordem constitucional implantada em 1988. Claro que este enunciado por seu lado, se presta a distintas leituras.

O certo é que neste tema como bem assinala ARAGÓN REYES, com quem manifesto minha concordância neste particular, afirma que

[6] Sobre Estado Democrático e concepção substancial dos direitos dos cidadãos, ver: GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, "*Los Ciudadanos y la Administración"* in Revista de Direito Público Nº 89, São Paulo, 1991, p. 5-23.

"... sem democracia não se entende o conceito "jurídico" de Constituição, e ademais, a positivação da democracia como princípio constitucional produz umas conseqüências "jurídicas" de extraordinária magnitude. E ambas coisas não podem ser desconhecidas pela dogmática jurídico-constitucional, mais ainda, sobre elas justamente há de edificar-se a parte nuclear desta dogmática."[7]

Nada obstante,

"...não devemos esquecer que o marco político predetermina, de certa forma, o econômico. A constituição política e a constituição econômica são dois subsistemas de um mesmo conjunto e se influenciam mutuamente."[8]

Ademais não se pode negar que há fortes vínculos e conexões entre um determinado modelo de constituição econômica, o marco político-institucional e o sistema econômico.[9]

Vale a pena examinar, sob o esquema assinalado, a fórmula política expressa no citado artigo primeiro. Intimamente vinculado com o conteúdo da fórmula política que expusemos, o próprio Preâmbulo da Constituição já antecipa de

[7] Ver ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Editorial Tecnos, 1990, p. 15.

[8] JUAN ASENJO, Oscar de. La Constitución Económica Española (Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.*1984*, p. 71.

[9] Ver sobre este assunto: DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

forma significativa o projeto de Estado que ficaria refletido no corpo da Constituição.[10]

Com efeito, o Preâmbulo evidencia que o trabalho da Assembléia Nacional Constituinte estava dirigido em primeiro lugar, a instituir um Estado Democrático. Pois bem, este pórtico por si só define uma ruptura com a fórmula política anterior, que não concedia qualquer referencia a democracia.[11]

Na realidade a Constituição de 1988 restaura a fórmula já presente em 1934[12] e em 1946[13] e que fora omitida na Constituição de 1967 e suas reformas durante o período autoritário. Recordemos que o modelo de 1988 fica mais em linha com o da Constituição de 1934, devido ao fato de que esta última possua um conteúdo mais preciso que a de 1946; estabelecia, já

naqueles tempos, a necessidade de assegurar o bem estar social e econômico, ao mesmo tempo em que assinala conteúdos que estavam sem duvida mais além de um Estado liberal clássico.

---

[10] Ver sobre este tema, a análise realizada por ARAGON REYES, Manuel, "*La Monarquía parlamentaria en la Constitución Española de 1978* (Comentario al Art. 1,3º de la Constitución)", en Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E. García de Enterría. Madrid: Editorial Civitas, p. 426-427.

[11] Por "fórmula política anterior", nos referimos a Constituição brasileira de 1967 e suas modificações após a Emenda Nº 1 de 1969, que não fazia nenhuma referência expressa ao caráter e natureza do Estado.

[12] Ver Preâmbulo da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que expressa: "Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático que assegure a Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte..."

[13] Ver assim mesmo, o Preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, que proclama: "Nós os representantes do povo brasileiro, reunidos sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte..."

Formulando raciocínios acolhidos também neste texto, GONZÁLEZ DE ENCINAR ao estudar o processo constituinte no Brasil -1987/1988- sustenta que "No caso brasileiro é mais fácil falar de um anti-modelo (a Constituição autoritária, 1967-1969, do regime militar) que identificar as influências positivas sobre a extensa e eclética Constituição promulgada em 1988."[14]

Um simples exame dos Preâmbulos nos ensina que é verdade, que se impôs o anti-modelo 1967-1969; porém, é também inegável que as fórmulas expressas nas Constituições de 1934 e 1946 têm uma continuidade em 1988. Acreditamos, pelo exposto que nossa concordância com GONZÁLEZ DE ENCINAR reside unicamente no entendimento de que o Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 rompe com a fórmula fixada na Constituição imediatamente anterior.

Voltando então ao tema da caracterização do conteúdo democrático, que possivelmente querem expressar o Preâmbulo e o artigo 1º, temos que observar as imensas dificuldades com as quais alguém defrontar-se-á, ao intentar esclarecê-los. Como assinala GARCÍA COTARELO:

> "A caracterização de um sistema político como democrático não é simples e deve atender a vários critérios (...) Por sua vez, estes critérios se subdividem, algo convencionalmente, em a) formais e b) materiais."[15]

---

[14] Ver GONZÁLEZ DE ENCINAR, José Juan et. al. *El Proceso Constituyente: Deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile* en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Nº 76, Madrid, abril-junio de 1992, p. 12.

[15] Ver GARCÍA COTARELO, Ramón. *Op. cit. 1987*, p. 180. Onde esclarece: "Entre los criterios de carácter formal debemos mencionar: 1) la titularidad de la soberanía; 2) la garantía del imperio de la ley; 3) el principio de representación mediante sufragio universal. (...) Entre los criterios de carácter material o sustantivos del régimen democrático deben señalarse: 1) el principio de igualdad ante la ley; 2) el derecho de participación; 3) el derecho de petición."

Ao nosso modo de ver, é possível empreender uma análise desta questão, tendo como ponto de partida os critérios formulados por GARCÍA COTARELO. Desde essa perspectiva, e começando pelos critérios formais, podemos considerar que, com particular referência à soberania, de forma expressa consta na constituição que: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos e diretamente, nos termos desta Constituição."[16] Esta fórmula, em sua primeira parte, é reprodução literal das existentes nas constituições de 1934 e de 1967-69.[17] Por conseguinte, a novidade é a expressa referência ao exercício do poder de forma direta pelos titulares deste poder soberano.[18]

---

[16] Esta é a expressão do Parágrafo único do artigo 1º da CF/1988. Recordemos também que dispositivos com conteúdos semelhantes estão expressos no art. 1.2 da Constituição Espanhola; no art. 20.2 da Lei Fundamental de Bonn; no art. 3 da Constituição Francesa; no art. 1.2 da Constituição Italiana e no art. 2º da Constituição Portuguesa.

[17] Neste sentido ver: art. 2º da Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1934 que diz: "Todos os poderes emanam do povo e em nome de él são exercidos."; art. 1º da Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1937 onde consta "...O poder político emana do povo e é exercido em nome do ..."; por sua vez o art. 1º da Constituição dos Estados Unidos do Brasil/1946 assinala que "...Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido."; por último, a Constituição da República federativa do Brasil de 1967 -e sua emenda nº 1/69- no Parágrafo 1º do art. 1º expressa que "Todo o poder emana do povo e em sue nome é exercido." Fica claro que mais além da mudança de uma ou outra palavra ou inclusive, na maioria das vezes, a simples troca no tempo do verbo, todas querem dizer o mesmo.

[18] Ver. Capítulo IV - Dos Direitos Políticos, art. 14. onde estabelece que "A soberania popular será exercida por sufrágio universal e por voto direto e secreto com valor igual para todos e nos termos da lei mediante:

I - plebiscito;
II - referendo;
III - iniciativa popular..."

Pode ser interessante indicar que disposições semelhantes a este artigo, existem nas Constituições da França (art. 3.); Espanha (art. 23.1) e Lei Fundamental de Bonn (art. 20.2).

Por outra parte, cabe assinalar que a "iniciativa popular", ainda que mais ampla na Constituição brasileira, é contemplada de maneira semelhante na Constituição Espanhola de 1978, no seu art. 87. 3

Pelo que se refere a garantia do império da lei ficou plasmado em mais de um lugar, o principio da legalidade e se estabeleceu a igualdade de todos frente a lei (art. 5º).[19]

É importante ressaltar que o sufrágio universal fica, com uma clareza que não suscita duvidas, como base e instrumento indispensável do sistema representativo (no já citado Parágrafo 1º do art. 1º).[20]

No tocante aos critérios de caráter material esboçados por GARCÍA COTARELO, é necessário pois, que sejamos conscientes de que "...por mais impacto que uma nova Constituição possa causar, ela será incapaz de determinar os rumos das mudanças sociais, que estão determinadas por outros fatores, alheios a uma lei de organização do Estado."[21] De qualquer maneira não devemos esquecer que o principio da igualdade, manifesto nas distintas partes da Constituição, começando pela igualdade ante a lei, se configura como o pórtico dos Direitos e Garantias Fundamentais e se estende por todo o texto constitucional, até encontrar uma referência mais pontual na igualdade tributária (art. 150-II).[22] Como se sabe,

---

[19] O citado artigo está formulado nos seguintes termos: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,..." Para um exame deste tema no Direito Comparado ver.: Art. 3º da Lei Fundamental de Bonn, art. 3. da Constituição Italiana e art. 14 da Constituição Espanhola.

[20] Ver. ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y Democracia. Madrid: Editorial Tecnos, *1990*, p. 105, onde sobre a representação no marco de um Estado democrático assinala: "...quiero dejar patente mi opinión de que la opción de la norma constitucional a favor de la democracia representativa, como proyección del principio democrático, no desvirtúa a este principio, sino que lo confirma."

[21] Vid. LOPES, José Reinaldo de Lima. "Mudança social e mudança legal: os limites do Congresso Constituinte de 87". In FARIA, José Eduardo. (Org.) A crise do Direito numa sociedade em mudança. Editora Universidade de Brasília, 1989, p. 120.

[22] Efetivamente no Título VI: Da Tributação e do Orçamento, Capítulo I: Do Sistema Tributário Nacional, mais precisamente na secção II: Das limitações ao poder de tributar, no art. 150, está assinalado que, "Sem prejuízo de outras garantias ao contribuinte, está proibido a União, aos Estados, ao Distrito Federal e a os Municípios:

I - .....

II- dispensar um tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente..."

este princípio da igualdade ante a lei tem que ser contextualizado pois sua elaboração, produto do liberalismo clássico, hoje em dia deverá refletir uma leitura mais de acordo com os tempos presentes, sem perder sua condição de requisito fundamental para a vida democrática.[23]

No nosso entender, um ponto em que é notória a diferença da Constituição brasileira de 1988 -seja em relação as anteriores constituições do país, seja ante a experiência estrangeira- é no concernente a participação popular. Desde esta perspectiva, se pode dizer que a iniciativa popular, inserida no art. 61, Parágrafo 2º, seguramente foi concebida como um acréscimo substantivo na participação direta dos cidadãos, que até então estavam limitados ao plebiscito e ao referendo.[24]

Por outro lado resultaria surpreendente, ou ao menos paradoxal, que ao pretender ampliar os direitos dos cidadãos e limitar os do Estado, não estivesse consagrado o direito de petição. Neste sentido se pode afirmar que o direito de petição é um elemento chave para a cidadania; ademais temos de recordar que tal direito já tem precedentes em outras constituições.[25] Cremos que o preceito estabelecido na Constituição de 1988, segue em linha com o projeto geral de democratização.[26]

---

[23] Neste sentido, parece indispensável assinalar a abordagem de GARCÍA COTARELO, Ramón, *Op. cit. 1987*, pág. 181.

[24] Vid.: COLOMER VIADEL, Antonio. Antonio. Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica-Agencia Española de Cooperación Internacional, *1990*, p. 165-167, que a respeito da iniciativa popular na Constituição brasileira de 1988, afirma que é consideravelmente elevada a exigência contida no art. 61, parágrafo 2º; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª edição. *São Paulo: Malheiros, 2006*, p. 344, onde afirma que os arts. 14-16 da Constituição brasileira constituem um conjunto de normas que regulam a soberania popular e que são o desdobramento necessário do principio democrático estabelecido no art. 1º, parágrafo único; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 11º Edição. Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 237-238, onde assinala que a constituinte de 1988 definiu os seguintes instrumentos de democracia semi direta: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

[25] Ver. como exemplo do afirmado as Constituições brasileiras de 1934; 1937 ; 1946 e 1967-69.Ver. Também as Constituições da Espanha, art. 29 e a Lei Fundamental de Bonn, art. 17.

[26] O Direito de Petição está contemplado na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXIV, a), sob a seguinte fórmula: "Ficam garantidos a todos, sem necessidade do pagamento de taxas:

2. A ESTRUTURA FEDERAL ESTABELECIDA.

2.1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA:

A distribuição de competências entre o Poder Central e as demais entidades políticas que compõem um determinado Estado, sob a forma federal de organização e distribuição do poder, é sem dúvida, o eixo central do funcionamento deste sistema;[27] isto é, a definição das matérias que ficarão sob a responsabilidade de cada um dos seus componentes se constitui em um ponto fundamental, devido ao fato de que delimita o campo no qual deverá atuar cada um e os precisos instrumentos que garantam a autonomia estabelecida. Assim mesmo, com o risco da trivialidade, cabe dizer que, basicamente, o ponto de partida é a definição das funções dos Estados-membros e da federação; e a historia deste sistema se ha caracterizado pelas tensões destas relações.[28] Tudo a levado a percepção de verdadeiros movimentos pendulares que representam, por sua vez, forças centrípetas e centrífugas.

---

a) o direito de petição ante os Poderes Públicos na defesa de direitos ou contra a ilegalidade ou o abuso de poder."

[27] Sobre este ponto ver.: HAMILTON/JAY/MADISON, El Federalista. México: Fondo de Cultura Económica, 1957. p. 32-68; GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Editorial Alianza, 1991, p. 215-245; OJO, Abiola. "*Structure of Decentralized Units*" en Federalism and Decentralization. Editions Universitaires Fribourg. Suisse, 1987, p. 101-112; AJA, Eliseo. El Sistema Jurídico de las Comunidades Autónomas. Madrid: Editorial Tecnos, 1985 p. 36-40.

[28] Para mais detalhes sobre este aspecto, ver. para o caso da Alemanha: ALBERTI ROVIRA, E. *Federalismo y Cooperación en la República Federal de Alemania*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986 e PUHLE, Hans-Jürgen, *Problemas del Federalismo Alemán*, en Federalismo y Regionalismo. Coordinado por Gumersindo TRUJILLO. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, ps 87-125; e para o caso dos Estados Unidos da América: PEÑUELAS REIXACH, Lluis. "Sobre el federalismo norteamericano", en Revista Valenciana de Hacienda Publica. Número 6, *1989*., p. 31-51 e LÓPEZ ARANGUREN, E. *El Federalismo Americano: Las Relaciones entre Poderes en los Estados Unidos*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1987.

A questão que vamos analisar neste capítulo está referida a necessidade de precisar a natureza e o caráter da repartição de competências no âmbito da Constituição brasileira de 1988. O problema de maior relevância, neste caso, é a qualificação da autonomia dos membros da Federação: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. As conclusões a que chegaremos sobre esta questão específica serão de notável significado para o conjunto da investigação, principalmente porque assumimos a posição de que a atribuição de poder financeiro, com base em critérios de coerência e eficácia, só é possível na medida em que esta atribuição seja compatível com a repartição de funções, já que por sua vez vai estabelecer a dimensão do financiamento, isto é, a distribuição dos recursos financeiros necessários. A respeito disto, convém advertir que a análise desenvolvida em seguida, tem sentido unicamente dentro deste enfoque assinalado. Em definitivo, o propósito desta parte do estudo é compreender o sentido último da autonomia e competências dos membros da federação.[29]

Uma das maiores dificuldades que encontramos ao abordar o estudo de uma estrutura federal determinada é a inexistência de um padrão, modelo, ou standard de federalismo. Daí que seria melhor falar de federalismos, o que tampouco resolve os problemas porém pelo menos já nos adianta que cada modelo reflete, sobre tudo, sua própria experiência histórica e os limites e políticas conjuntas que estabelecem seu marco institucional.

[29] Ver. sobre o tema do federalismo, desde uma perspectiva do Direito comparado que concede especial relevo as garantias da autonomia onde aprofunda a análise do regionalismo italiano : LA PERGOLA, Antonio. *Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie "garantite" (riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo*. Padova: CEDAM. Casa Editrice Dott. Antonio Milani., 1987, p. 91-122.

2.2. **O ARGUMENTO POLÍTICO E O SIGNIFICADO ECONÔMICO DO FEDERALISMO ADOTADO**

A afirmação antes realizada, de que a divisão do poder em um Estado federal determinado provém de dois condicionantes fundamentais, não exclui de maneira alguma a possibilidade de refletir, em certa medida, modelos ou esquemas forâneos. Justamente porque nada fica absolutamente isolado, é que as influencias são possíveis. Sobre este particular aspecto temos de recordar que as influencias podem ocorrer basicamente de dois modos: um, por simples mimetismo e outro, por adaptação do modelo às condições dos que o adotam. Um ponto que de imediato deve ser assinalado é que, como já mencionamos, o mimetismo não teve curso livre na Constituição brasileira de 1988; valha esta afirmação como uma constatação sobre a qual não realizamos agora nenhum juízo ou valoração (positivo ou negativo), posto que tal ausência, em determinadas circunstancias, pode expressar um nível de fechamento às idéias ou experiências estrangeiras, que chega a ser manifestação de um grave problema.

Com caráter prévio devemos assinalar nosso acordo com a opinião de RAMALLO MASSANET quando este afirma que o tema da distribuição de competências remete inevitavelmente as seguintes questões: a matéria a ser distribuída e a intensidade do exercício dessa matéria.[30] É possível acrescentar um terceiro elemento, que pode ser externo ao tema porem fica vinculado a ele em forma de resultado ou conseqüência: a eficácia ou não, do sistema de distribuição.

[30] Cfr. RAMALLO MASSANET, Juan. "El reparto de las competencias financieras en los distintos ámbitos de gobierno", en Revista de Derecho Tributario Nº 43, Sao Paulo,*1988*, p. 13-14.

Sobre isto, devemos reconhecer que o bom funcionamento do esquema não é de fato um resultado da repartição ou distribuição em si mesmo, sim que alcança outras instâncias e deixa evidenciado, quase sempre, um problema de eficácia do sistema normativo como um todo.

Assim, pois, nos interessa por em evidencia que o questionamento entre centralização e descentralização, em termos rigorosos, foi tratado a partir da perspectiva de um movimento centrífugo; [as razões foram muitas, quase todas já analisadas exaustivamente nos capítulos três e quatro -daí que resulta desnecessário recordá-las], ainda que caiba assinalar que já se antevia um movimento no sentido da descentralização no âmbito da discussão sobre o tamanho do Estado e seus novos papeis (isto é, as relações redefinidas entre Estado e mercado)[31] e um questionamento de determinado modelo de distribuição de funções e/ou tarefas em um Estado nacional.

Com efeito, os anais das sessões da Assembléia Nacional Constituinte são documentos idôneos para testemunhar os descaminhos pelos quais a discussão da distribuição foi conduzida. É suficiente considerar aqui os debates sobre a Constituição financeira onde se manifestam todas as demandas e "pressões" para o estabelecimento de um modelo de descentralização.

Uma primeira aproximação ao conteúdo da distribuição de competências no federalismo brasileiro, na Constituição 1988, implica numa análise

[31] Ver. sobre este tema: REICH, Norberto, *Mercado y Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 25-66; OFFE, Claus *"La Abolición del Control del Mercado y el Problema de la Legitimidad"* en SONNTAG, Heinz Rudolf y VALECILLOS, Héctor. El Estado en el capitalismo contemporáneo. México: Siglo Veintiuno Editores, 1977, p.62-87 e NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y Utopía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 94-283.

do título III que trata da "Organização dos Estados".[32] A coluna vertebral do sistema de distribuição vem expressa na própria estrutura do sistema; assim, o artigo 18 evidencia que: "...a República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição...". A formula constitucional acolhe uma aspiração muito forte de setores vinculados ao municipalismo[33] e pouco ou quase nada de doutrina.[34]

Fica fora de dúvida o fato de que a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu uma distribuição de competências formalmente detalhista.[35] Assim, classificou as competências em: exclusivas, privativas, comuns e concorrentes.[36]

Ao longo da história constitucional do Brasil a competência concorrente foi formulada expressamente a partir da Constituição de 1934[37],

---

[32] O Título III -Da Organização do Estado, contém sete capítulos que tratam: I -Da Organização Político-Administrativa, II -Da Uniao, III -Dos Estados Federais, IV -Dos Municipios, V -Do Distrito Federal e dos Territorios, VI -Da Intervenção e VII -Da Administração Pública, distribuídos entre os artigos 18 e 40.

[33] Os setores referidos estiveram representados pela "Frente Municipalista", DANC. 1º de julho de 1987, pág. 71-72; "Associação Brasileira dos Municípios", DANC. 26 de junho de 1987, p. 87-89; "Confederação Nacional dos Municípios", DANC. 26 de junho de 1987, p. 89-91 e "IBAM -Instituto Brasileiro de Administração Municipal", DANC. 26 de junho de 1987, p. 86-87.

[34] Uma boa síntese das posições doutrinárias sobre a inclusão dos municípios como entidade federada, pode estar representada pelas contribuições de: SILVA, José Afonso da, *Op. cit. 2006*, p. 474-476; BASTOS, Celso Ribeiro, *Op. cit. 1988*, p. 258-259. Cabe assinalar que entre os juristas, o professor da Universidade de São Paulo HELY LOPES MEIRELES, *Direito Municipal Brasileiro*. 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, há muito tempo já defendia a inclusão dos municípios no pacto federativo.

[35] Sobre o tema da distribuição de competências desde uma perspectiva teórica e ademais com referências concretas ao caso espanhol ver: COLOMER VIADEL, Antonio e MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. "*Competencias regionales y su distribución en el marco constitucional*", en AAVV. Estudios sobre el proyecto de Constitución. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 537-570.

[36] As competências comuns e concorrentes para SILVA, José Afonso da. *Op. Cit 2006*, pág. 411, ficam incluídas em um grupo ao qual denomina de "principiológicas".

[37] Ver. art. 5º, XIX, d.

reconhecida também na Constituição de 1937[38] e retomada na Carta de 1967[39] e mantida intacta na Emenda Constitucional número 1 de 1969.

Não obstante é evidente que, do conteúdo material das funções atribuídas a cada nível de governo, fica a impressão que, as alterações na distribuição do poder foram muito mais ajustes nominalistas, que reformas essenciais nos conteúdos da matéria constitucional.

Um exame comparativo entre o texto de 1988 e o anterior de 1967/69, permite concluir que:

1º - O "conceito de predomínio do interesse", opera com imprecisão, posto que utilizar a distinção entre interesses nacionais e regionais, como meio suficiente e eficaz para justificar a distribuição de competências entre a União (âmbito federal) e os Estados-membros, requer julgar e avaliar melhor os conteúdos destes termos e principalmente não elidir aspectos concretos da problemática.

2º - Pessoalmente creio que as transformações -poucas- que ocorreram nesta matéria, foram insuficientes para qualificar como substantivas as modificações nas relações de poder entre os entes federados. Sustentamos que o eixo ou o ponto chave da distribuição do poder político em uma federação, reside na efetiva repartição do poder financeiro. E, como demonstraremos, as transformações na estrutura de financiamento do Estado em Brasil, ainda que possam ao nível do modelo expressar uma melhora razoável para as finanças dos Estados e municípios, não se constituíram em instrumentos idôneos para promover uma transformação radical na distribuição de funções e competências. Na realidade as mudanças

[38] Ver. art. 15. XVI.

[39] Ver. art. 18. XVII, c.

produzidas evidenciam ser hoje -como já evidenciavam para alguns em 1988- simples ajustes circunstanciais com aparência de transformações estruturais.

3. CONCLUSÕES

O efeito mais transcendente que se percebe de tudo isto, é que a definição das competências dos entes federais, suas funções, etc. foi estabelecida na mais profunda assincronia com a configuração do poder financeiro É evidente que a divisão, categorias e tratamento das competências genéricas são distintas das financeiras, porém isto não significa afastamento ou incompatibilidade. A diferença de categorias, não exigia que a matéria fosse tratada separadamente.[40]

O breve lapso de tempo existente entre a promulgação da Constituição e a revisão desta (prevista para outubro de 1993 e realizada em 1994) revelou claramente a ineficácia do sistema de repartição de competências genéricas e, mais ainda, a insuficiência do sistema de financiamento[41].

Uma dificuldade histórica, no que se refere a as novas configurações da distribuição do poder, reside no fato de que as relações intergovernamentais ocorridas nas últimas décadas estiveram caracterizadas pela notável existência de condições, estabelecidas unilateralmente pelo poder central (União) com base nas

[40] Ver. MUÑOZ MACHADO, Santiago: *"Las Competencias en Materia Económica del Estado y de las Comunidades Autónomas"*, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (org.) La Distribución de las Competencias Económicas entre el poder central y las Autonomías Territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980, p. 309-355. Principalmente a p. 311, onde assinala que a economia funciona como fator de centralização nos Federalismos e que o princípio da unidade econômica se estabelece sempre no debate sobre os processos de descentralização.

[41] Ver. RESENDE, Fernando. Entrevista ao jornal, O Estado de São Paulo, Caderno de Economia, 1º de novembro de 1992, p.4.

chamadas transferências condicionadas, que de forma quase inevitável aumentaram o poder político "real" da União.

O que importa considerar é que à margem do sistema constitucional, não se ha deixado de deslocar o poder dos Estados e Municípios para a União.[42] Porém como se sabe, isto não é um movimento linear pois fica determinado por fortes tensões que as vezes saem dos "intramuros" dos executivos encobertos e chegam a "caixa de ressonância" que é o parlamento. O movimento contrário que assinalamos está representado pelo poder que dispõem os governadores dos Estados-Membros -que em princípio exercem grande influência sobre a representação

parlamentar de seus Estados- e que o utilizam como ameaça de represália.

O que desvirtua o funcionamento do sistema federativo neste caso, é a "práxis constitucional"; quer dizer, é pouco crível que depois de anos e anos de "centralismo voraz" seja possível transformar os hábitos, atitudes, etc. que caracterizam a prática de um sistema centrípeto.

4. REFERÊNCIAS

AJA, Eliseo (Org.). El Sistema Jurídico de las Comunidades Autónomas. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

ALBERTI ROVIRA, E. Federalismo y Cooperación en la República Federal de Alemania. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ARAGÓN REYES, Manuel. "La Monarquía Parlamentaria" (Comentario al Art. 1, 3º, de la Constitución)", en La Constitución Española de 1978. Estudio

[42] Ver. sobre as relações entre poder central e poderes regionais COLOMER VIADEL, Antonio y MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel. *"El control de las regiones*", em AAVV. Estudios sobre el proyecto de Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 685-702.

sistemático dirigido por los Profs. Alberto Predieri y E.García de Enterría. Madrid: Editorial Civitas, 1984, p. 425-474.

ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y Democracia. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 11º Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador (com tributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas). Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COLOMER VIADEL, Antonio y MARTINEZ SOSPEDRA, Manuel. "Competencias regionales y su distribución en el marco constitucional", en AAVV. Estudios sobre el proyecto de Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, p. 553-570.

COLOMER VIADEL, Antonio. Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica-Agencia Española de Cooperación Internacional, 1990.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. Derecho Constitucional Comparado. Traducción e introducción por Pablo Lucas Verdú. 2ª edición. Madrid: Espasa-Calpe, 1985.

DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid: Editorial Taurus, 1988.

GARCÍA COTARELO, Ramón. Teoría del Estado y Sistemas Políticos. (II - Parte Especial: Sistemas Políticos). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Los ciudadanos y la Administración", en Revista de Direito Público Nº 89, São Paulo, 1991, p. 5-23.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Editorial Alianza, 1991.

GONZALEZ ENCINAR, José Juan. y otros. "El proceso constituyente - deducciones de cuatro casos recientes: España, Portugal, Brasil y Chile," en Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Núm. 76, Abril-Junio, Madrid, 1992, p. 7-27.

HAMILTON, MADISON y JAY. El Federalista. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.

JUAN ASENJO, Oscar de. La Constitución Económica Española (Iniciativa económica pública "versus" iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

LA PERGOLA, Antonio. Tecniche costituzionali e problemi delle autonomie "grantite" (Riflessioni comparatistiche sul federalismo e sul regionalismo). Padova: CEDAM, Casa Editrice dott Antoni Milani, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Mudança Social e Mudança Legal: os Limites do Congresso Constituinte de 87". (In) FARIA, José Eduardo (org.), A crise do Direito numa sociedade em mudança. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989, págs. 109 y 121.

LOPEZ ARANGUREN, E. El federalismo americano: las relaciones entre poderes en los Estados Unidos. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1987.

LUCAS VERDÚ, Pablo. "El Título I del anteproyecto de la Constitución (La fórmula política de la Constitución)" en "Estudios sobre el Proyecto de Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978, págs. 11-27.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 5º Edição. , São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Las competencias en materia económica del Estado y de las Comunidades Autónomas", en GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. (Org.). La Distribución de las Competencias Económicas entre el Poder Central y las Autonomías territoriales en el Derecho Comparado y en la Constitución Española. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1980, p. 309 y ss.

NOZICK, Robert. Anarquía, Estado y Utopia. .México: Fondo de Cultura Económica. 1988.

OFFE, Claus. "La abolición del control del mercado y el problema de la legitimidad", en SONNTAG, Heinz Rudolf y VALECILLOS, Héctor, El Estado en el capitalismo contemporáneo. México: Siglo Veintiuno Editores, 1977, p. 62-87.

OJO, Abiola. "Structure of Decentralized Units", en Federalism and Decentralization. Suisse: Editions Universiteire Fribourg, 1987,

PEÑUELAS i REIXACH, Lluis. "Sobre el federalismo norteamericano", en Revista Valenciana de Hacienda Pública. Núm. 6, 1987, p. 21-37.

PUHLE, Hans-Jürgen. "Problemas del federalismo alemán", en Federalismo y Regionalismo, coordinado por: GUMERSINDO TRUJILLO. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 87-125.

RAMALLO MASSANET, Juan. "El reparto de las competencias financieras en los distintos ámbitos de gobierno", en Revista de Derecho Tributario Nº 43, São Paulo, 1988, p. 7-52.

REICH, Norberto. Mercado y Derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

RESENDE, Fernando. Entrevista no jornal "O Estado de São Paulo", 1º de novembro de 1992, Caderno de Economia, p. 4. 1992, p. 4.

RODRIGUEZ BEREIJO, Álvaro. "La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública", en Revista Sistema Nº 53, Madrid, 1983, p. 75-93.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Descentralización y cooperación. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1984.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERRAMENTAS NA CONSTRUÇÃO DO SISTEMA DE ÁREAS PROTEGIDAS - BRASIL E COLÔMBIA

Carla Cristina Alves Torquato[*]

José Augusto Fontoura Costa[**]

RESUMO

Este artigo discorre sobre o uso da CDB e das Diretrizes Para Categorias de Manejo de Áreas Protegidas da UICN no sistema de Áreas Protegidas do Brasil e da Colômbia e qual o tratamento legal dado às áreas de proteção ambiental na legislação de ambos. O objetivo deste artigo é compreender o papel destes atores internacionais na construção de um sistema jurídico normatizado e exemplificar as tipologias de áreas protegidas nos dois países.

PALAVRAS-CHAVE: CDB, UICN, ÁREAS PROTEGIDAS, SISTEMA LEGAL, UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, BRASIL-COLÔMBIA.

ABSTRACT

This article talks about the use of CBD and IUCN guidelines for protected areas management categories in Brazil and Colombia, their protected areas system and the legal treatment of enviromental protection in both legislation. The objective of this article is understand the paper of these international actors inside the construction of juridical systems of protected areas, as for exemple the protected areas in both countries.

KEYWORDS: CBD, IUCN, PROTECTED ÁREAS, LEGAL SYSTEM, BRAZIL-COLOMBIA

[*] Advogada, mestranda em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas- UEA e bolsista da FAPEAM.

[**] Professor do Mestrado em Direito pela Universidade Católica de Santos e do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas- UEA, Doutor em Direito Internacional pela USP.

Introdução

A criação de áreas protegidas, ou unidades de conservação constitui-se como indispensável instrumento de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, um dever do poder público e de todos, sendo a sua preservação crucial para a nossa a para as futuras gerações. Na última década uma série de novas técnicas de seleção e classificação para áreas protegidas foram desenvolvidas e postas em prática,os locais adequados para serem protegidos e as linhas de atuação e manejo correspondentes para cada um.

O objetivo deste trabalho é mostrar como a convenção de diversidade biológica, e em especial os sistemas de categorias para áreas especialmente protegidas da UICN- União internacional para a conservação da natureza- como ferramentas que colaboram na formulação do sistema de áreas protegidas do Brasil e da Colômbia. A partir daí veremos qual a definição internacional do sistema de categorias, como estão dispostos os sistemas de áreas protegidas no Brasil e na Colômbia e sua comparação com o sistema da UICN.

Convenção de Diversidade Biológica e UICN.

Podemos citar a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) e a participação da UICN como colaboradores no estabelecimento de um regime global de proteção de recursos biológicos e genéticos, modificando e criando políticas de proteção ao meio ambiente, seus recursos e áreas especialmente protegidas. Os países da Bacia Amazônica, reunidos pela OTCA[1] também seguem modelos de gestão nos moldes da CDB e UICN, em especial seu Sistema de Diretrizes de Áreas Protegidas, sendo o objeto de estudo os casos do Brasil e Colômbia.

Os diálogos para o estabelecimento de algum tipo de documento que tratasse sobre diversidade biológica foram iniciados na década de 80 dentro do âmbito da UICN, inicialmente focados em resguardar os recursos genéticos globais, depois, anos mais tarde, passaram a falar em diversidade biológica de forma mais ampla. O Texto da

[1] Compõem a OTCA os países que assinaram em 03/07/78 o Tratado de Cooperação Amazônica: Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. O TCA tem o objetivo de promover ações conjuntas para o desenvolvimento da Bacia Amazônica, incluídos aí qualquer território de uma parte contratante cujas características estejam estreitamente vinculadas à mesma.

Convenção começou a ser elaborado em 1987 e finalmente aprovado em 1992, em Nairóbi. Sua adesão foi aberta em 5/06/92 durante a ECO-92, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e desenvolvimento – CNUMAD, e entrou em vigor em dezembro de 1993.

A CDB foi planejada inicialmente para ser uma convenção sistematizadora (umbrella convention) que pudesse consolidar uma série de outras convenções globais existentes, como por exemplo, as Convenções RAMSAR e CITES, mas ao longo do seu processo de negociação ela se transformou em uma convenção quadro, estabelecendo princípios e regras gerais, mas não estipulando prazos nem obrigações.

A implementação da CDB exige detalhamentos, os quais podem ser feitos na forma de decisões das Conferências das Partes, de protocolos anexos à Convenção ou na forma de legislações internas dos países. É exatamente na implementação que residem os conflitos entre aqueles que querem ampliar as conquistas alcançadas e os que procuram reverter seus avanços. Seus órgãos são as Conferências das Partes (COP), Secretariado, órgão subsidiário de assessoramento científico técnico e tecnológico, mecanismos de facilitação e o mecanismo financeiro (GEF).

A CDB é uma convenção em movimento, procurando sempre maneiras para que os Estados possam se adaptar à ela e é claro que isso é um processo recheado de conflitos, tendo destaque a conservação e o uso sustentável, a soberania e o acesso aos recursos genéticos, à repartição de benefícios e direitos das comunidades tradicionais, o acesso à tecnologia e a biossegurança.

A Convenção trata da conservação recomendando ações para promover a conservação *in situ* e *ex situ*[2] de modo complementar a *in situ*, de preferência no próprio país de origem.

Atualmente a CDB é o principal fórum mundial na definição do marco legal e político para temas relacionados à biodiversidade (168 países assinaram a CDB e 188 países já a ratificaram) [3]. Só a título de curiosidade, os Estados Unidos assinaram a CDB,em 1994, mas não a ratificaram. O Brasil foi primeiro a assiná-la, em 05/06/92 e o Congresso Nacional a aprovou e a ratificou por meio do Decreto Legislativo n° 02, de 03/02/94. A Colômbia também a assinou em 1994, ratificando-a através da Lei nº. 165 de 1994.

[2] Conservação ex situ significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seu habitat natural. Conservação in situ significa a conservação de ecossistemas e habitat naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies dentro do seu meio natural.
[3] http://www.cdb.gov.br/

A UICN é um organismo internacional independente, a mais importante rede de conservação mundial. Além de colaborar com a ONU, ela trabalha com mais ou menos 800 organizações não governamentais e é atuante em cerca de 83 países. A UICN foi fundada em 1948 com o nome de União Internacional para a Proteção da Natureza. Ela mudou seu nome para União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais em 1956. A UICN desenvolve e apóiam projetos de pesquisa, procurando sempre ligar seus resultados á política nacional e regional.

A UICN compõe-se de seis comissões especializadas, reunindo mais de dez mil *experts* de todas as áreas. As comissões especializadas são divididas nos seguintes temas: gestão de ecossistemas, educação e comunicação, política ambiental econômica e social, áreas protegidas e a de proteção às espécies ameaçadas, a SSC (species survival commission), que é a maior comissão da UICN, cuja principal publicação é a Red List das Espécies Ameaçadas de extinção [4].

A prioridade do seu programa atual (gestão 2005-2008) é construir o reaprendizado das muitas maneiras que o homem pode viver e conseguir seu sustento, especialmente os pobres, administrando de forma sustentável os recursos naturais.

Áreas Protegidas

Para a CDB, Área protegida significa *uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação.* Áreas protegidas são consideradas como importantes instrumentos para a conservação *in situ* da biodiversidade, não somente por serem depositárias dos recursos biológicos, mas também por constituírem sítios onde a pesquisa e a utilização sustentável desses recursos podem ser desenvolvidas [5].

A UICN define área protegida como *uma superfície de terra e ou mar destinada à proteção e manutenção da diversidade biológica, assim como dos recursos naturais e dos recursos culturais associados e manejados através de meios jurídicos e outros meios eficazes.*

Todo país do mundo possui algum tipo de sistema de proteção da sua biodiversidade e usa diferentes terminologias para designá-las. De acordo com o

[4] A Red List é o mais detalhado inventário do status da conservação da fauna global e seus critérios são relevantes a toda e qualquer espécie e a todas as regiões do mundo.
[5] GARAY, I, BECKER, B *As Dimensões Humanas da Biodiversidade*. O Desafio das Novas Relações Sociedade-Natureza no Século XXI. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 177.

WCMC (World Conservation Monitoring Centre) existem mais de 200 diferentes designações, isto é, parque nacional pode ter um significado em um país e ter outro completamente diferente em outro[6].

No final da década de 80, inicio dos anos 90, experts em áreas protegidas, trabalharam em conjunto com a WCPA-World Commission Protected Areas e ao término do mesmo apresentaram suas conclusões em relatório em 1994, no 4º Congresso Mundial de Parques Nacionais e Áreas Protegidas realizado em Caracas, confirmando várias mudanças no sistema até então usado pela UICN. O nome do relatório era *Talking the same language: An international rewiew system for protected areas.* Ele foi aprovado pela Assembléia Geral da UICN de 1994, em Buenos Aires, e publicado como *Guidelines for Protected Area Management Categories* ou Diretrizes para Manejo de Categorias de Áreas Protegidas.

As definições das categorias representam o encontro entre as necessidades e a forma de atuação que cada país trabalha a sua política nacional de áreas protegidas, não sendo perfeitas, mas servindo como uma linha de interpretação e aplicação no plano regional e no plano nacional[7].

Sistema de categorias de áreas protegidas da UICN:

I. Proteção Integral (Reserva Natural, Área Natural Silvestre).
II. Conservação de Ecossistemas e Turismo (Parque Nacional)
III. Conservação das Características Naturais (Monumento Natural)
IV. Conservação Através de Manejo (Área de Manejo de Habitat/Espécies)
V. Conservação de Paisagens Terrestres, Marinhas e Lazer (Paisagens Terrestres e Marinhas Protegidas)
VI. Utilização Sustentável dos Ecossistemas Naturais (Área Protegida com Recursos Manejados)

Feita a classificação, cada área deverá ser trabalhada de acordo com o plano de manejo correspondente.

Principais objetivos do Manejo

[6] STOLTON, S, DUDLEY, N. *Partnerships for Protection: New strategies for planning and management for protected areas* .Reino Unido, 1999. p 10.
[7] <Idem>.

- Pesquisa científica
- Proteção de zonas Silvestres
- Preservação das espécies e diversidade genética
- Manutenção dos serviços ambientais
- Proteção de características naturais e culturais especifica
- Turismo e lazer
- Educação
- Utilização sustentável dos recursos derivados dos ecossistemas naturais
- Proteção dos atributos culturais tradicionais

Este tipo de classificação tem vários propósitos no contexto internacional, destacando-se a ênfase na importância das áreas protegidas e sua demonstração, promovendo a idéia de trabalhar um sistema é bem melhor do que tratar caso a caso,além disso, reduzem a confusão terminológica, fazendo com que todos tenham a possibilidade de se ajustar a padrões internacionais, facilitando sua comparação e contabilidade, enfim, Melhorando a comunicação e o entendimento.

Podemos também conceituar as Diretrizes para Áreas Protegidas da UICN, dentro do plano do Direito Internacional como uma Soft Law. Para entender o que é isso precisamos recorrer a Kenneth Abbott[8], que diz que Soft law são normas não jurídicas que mesmo não tendo força coercitiva servem como guia, diretrizes. A soft law faz parte do fenômeno da Juridificação, que é uma particular serie de características que instituições podem possuir ou não. Essas características são definidas através de três dimensões, a obrigação, a precisão ou clareza e a delegação[9].

Levando para o plano prático, essas propriedades podem aparecer juntas ou separadas, passando a serem chamadas de Hard Law ou Soft Law. Ocorre o Hard Law quando todas as três características ou pelo menos a delegação e a obrigação estão presentes e com força. A Soft Law envolve diferentes tipos de combinações de atributos, mas o seu principal fundamento é a falta de mecanismos coercitivos. O

[8] Abbott, Kenneth, *The Concept of Legalization*.EUA: MIT, 2000. p 419.
[9] Obrigação - Significa que o Estado ou outros atores são limitados por uma ou varias regras e compromissos, que são os limites legais que os subordinam aos procedimentos do Direito Internacional e as vezes no Direito pátrio. Precisão – Lei que definem condutas de forma especifica ou detalhada e sem ambigüidade. Delegação – Concede autoridade para implementar regras, resolver disputas e a possibilidade de fazer regras complementares

Sistema de áreas protegidas da UICN é soft law porque encontramos as três dimensões desta maneira:

- Obrigação fraca – suas regras não são obrigatórias, seu trabalho junto a agências governamentais não é vinculante, Seus instrumentos são recomendações e não normas coercitivas.
- Precisão forte – Ela explica bem seus conceitos e princípios, apesar dos mesmos serem amplos e gerais.
- Delegação moderada - Sugeriu, mas não criou uma entidade internacional para fiscalizar a aplicação de suas recomendações, mas mesmo que tivesse criado não teria nenhum poder para obrigar os Estados a segui-la formalmente. Contudo podemos levar em consideração as centenas de Organizações não Governamentais que desenvolvem trabalhos com base em *Guidelines.*

Áreas Protegidas no Brasil

Preservar uma extensão de terra e protegê-la da ocupação humana desordenada e preservar seu ecossistema pode a princípio ser considerada uma invenção relativamente recente, mas ao contrário do que parece essa é uma idéia bem antiga. No Brasil colônia haviam dispositivos voltados à proteção e controle sobre o manejo de determinados recursos, em especial madeira e água, mas sem estabelecer medidas que levassem a demarcação de áreas específicas, característica que confere sentido e significado contemporâneo ao termo área protegida [10].

No Brasil, a primeira preocupação legislativa com relação à proteção ao meio ambiente foi à criação do Real Horto, hoje o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, por D.João VI, em 1811. Logo após a independência do Brasil outros Jardins Botânicos foram criados, como os da Bahia, Cuiabá, Aracaju, Ouro Preto e Olinda em 1825 e em São Luiz em 1830. [11]

A partir da fundação do primeiro parque nacional do mundo, o Parque Nacional de Yellowstone, em 1872, e o Krüger Nacional Park, na África do Sul em 1898, a idéia de criação de um espaço onde seus recursos naturais pudessem ficar intactos e que fosse

[10] GARAY, I, BECKER, B. 2006. p 161.
[11] SILVA, J. *Direito Ambiental Constitucional*. Malheiros :2004 , p 232.

observada a preservação do habitat de algumas espécies animais, bem como proteger seu ecossistema passou a ganhar força.

A efetiva criação de áreas protegidas no Brasil iniciou-se em 1937 com a criação do Parque Nacional de Itatiaia, o primeiro ter seus limites territoriais definidos. Desde então vários instrumentos foram estabelecidos no Brasil permitindo a ampliação da capacidade de criação desse tipo de área.

A criação de um sistema de Unidades de conservação, através da articulação e representatividade de amostras de ecossistemas brasileiros, em diferentes categorias passou a ser cogitado a partir da década de 70, até então as unidades de conservação eram criadas de forma assistencialista e esporádica[12],já que as políticas direcionadas para este setor sempre estiveram sujeitas a interesses econômicos, arranjos políticos e institucionais que exercem pressão ou influência sobre o Estado, principal executor dessa da política de criação das áreas protegidas.

Unidades de Conservação na Legislação Brasileira

De acordo com o artigo 2 º da CDB, Área protegida *significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada,e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação.*

O conceito de Unidade de Conservação no SNUC, artigo 2º é de *espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo poder público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.*

A lei nº. 9.985, de 18 de julho de 2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC e estabeleceu os critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação, regulamentando assim o artigo. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal que assegura:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[12] SANTILLI, J. 2 ed. Distrito Federal. Peirópolis: 2005. p 105

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

O ponto de partida do SNUC em 1979, quando o IBDF – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, juntamente com o FBCN apresentou um documento intitulado "plano do Sistema de Unidade de Conservação do Brasil", cujo objetivo era identificar as áreas de maior relevância ecossistêmica.

Após revisão, uma segunda versão do documento foi apresentada em 1982 com uma novidade, a utilização do termo *Unidade de Conservação* para a designação do conjunto de áreas protegidas que seriam contempladas pelo sistema proposto pelo documento, que acabou não sendo levado a termo [13].

Em 1988, a Fundação Pró Natureza (FUNATURA) após solicitação do IBDF apresentou novo estudo avaliando as modalidades existentes até então e também um anteprojeto que instituísse um sistema nacional de Unidades de Conservação. O mesmo foi aprovado e enviando à Presidência, em 1992.

Durante o longo período que ficou tramitando no Congresso e no Senado, longas batalhas foram travadas entre diversos grupos que lutavam para fazer com que seus pontos de vista e posicionamentos fossem atendidos no anteprojeto e entre eles podemos destacar os preservacionistas, os socioambientalistas, os conservacionistas e os ruralistas.

[13] MEDEIROS, R *Evolução das Tipologias e Categorias de Áreas Protegidas no Brasil, Ambiente & Sociedade* – Vol. IX nº. 1 jan./jun. 2006. Disponível em <www.scielo.br/pdf/asoc/v9n1/a03v9n1.pdf>visualizado em 20/04/2007.

Assim a confecção da Lei, além de observar as convenções internacionais sobre o Meio ambiente procurou satisfazer um pouco cada grupo, dividindo as Unidades de conservação entre as de proteção de as de uso sustentável.

Medeiros procura clarear as dúvidas que volta e meia aparecem sobre qual é a diferença de tipologia e categoria [14]. Ele observa que tipologias e categorias indicam uma construção e organização hierarquizada da criação de áreas protegidas.

Tipologia – Expressa um tipo único e exclusivo de área protegida, legalmente prevista e reconhecida pelo poder público. Ex: Unidade de Conservação, Terra Indígena.

Categoria – Indica as subdivisões ou níveis inferiores de classificação de uma tipologia e geralmente refere-se a uma estratégia de manejo. Ex: Reserva extrativista, Reserva de desenvolvimento sustentável.

As tipologias das Áreas Protegidas no Brasil se dividem em Área de Proteção Permanente, Reserva Legal, Terra Indígena, Área de Reconhecimento Internacional e Unidades de conservação.

Categorias das Unidades de Conservação

- Unidades de Proteção Integral – de acordo com o artigo 7 § 1o seu objetivo básico *é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei.* A proteção integral visa manter os ecossistemas naturais sem a interferência humana. O uso indireto é aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais.
- Unidade de Uso Sustentável – artigo 7 § 2º tem como fim compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

José Afonso da Silva diz que uso sustentável significa não utilizar o todo para preservar parte para gerações futuras. Assim a área de uso sustentável é a que fica submetida à proteção parcial dos atributos naturais, admitida à exploração de parte dos recursos disponíveis em região de manejo sustentável, entre outras restrições legais.

[14] GARAY, I, BECKER, B. 2006, 160-161.

Unidades de Conservação de Proteção Integral

1. **Estação Ecológica** art. 9 º, § 1º, 2º e 3º - A Estação Ecológica tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. É de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.
2. **Reserva Biológica** art. 10 º § 1º, 2º e 3º - tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e preservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais.
3. **Parque Nacional** art. 11 º caput - objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.
4. **Monumento Natural** art. 12 º, caput - tem como objetivo básico preservar sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica.
5. **Refúgio de Vida Silvestre** art. 13º caput tem como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.

Unidade de Conservação de Uso Sustentável

1. Área de Proteção Ambiental art. 15 º, caput - Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.
2. Área de Relevante Interesse Ecológico art. 16 º, caput - área em geral de pequena extensão, com pouca ou nenhuma ocupação humana, com características naturais extraordinárias ou que abriga exemplares raros da biota

regional, e tem como objetivo manter os ecossistemas naturais de importância regional ou local e regular o uso admissível dessas áreas, de modo a compatibilizá-lo com os objetivos de conservação da natureza.

3. Floresta Nacional art. 17 º, caput - área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas.
4. Reserva Extrativista art. 18 º caput - área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade.
5. Reserva de Fauna art. 19 º caput - área natural com populações animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias, adequadas para estudos técnico-científicos sobre o manejo econômico sustentável de recursos faunísticos.
6. Reserva de Desenvolvimento Sustentável art. 20, caput - área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.
7. Reserva Particular do Patrimônio Natural art. 21º caput - área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica.

A mais recente medida tomada em relação à administração do Sistema de Unidades de Conservação foi o desmembramento do IBAMA, através da Medida Provisória nº. 366/07, assinada em 27/04/07, que cria o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, cabendo ao instituto a execução de ações de política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas á proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União.

Áreas Protegidas na Colômbia

O conceito de área protegida entra formalmente na legislação Colombiana utilizando o mesmo conceito apresentado pela CDB, ratificada pela Colômbia através da lei 165 de 1994, que dispõe no art. 2, "*un área protegida se entiende como un área definida geográficamente que haya sido asignada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación*".

Para o desenvolvimento da estratégia de proteção dessas áreas de grande diversidade biológica, o Ministério do Meio Ambiente estabeleceu o Sistema Nacional de Áreas Naturais Protegidas (SINAP) constituídos pelo Sistema de Parques Nacionais Naturais (SPNN) [15]. A partir do SINAP é derivado o SIRAP, que é o Sistema Regional de Áreas Protegidas, que são iniciativas em departamentos ou áreas de jurisdição das Corporações Autônomas, compostas por áreas protegidas de âmbito nacional, regional e municipal.

As áreas protegidas podem ter diferentes funções, usos e benefícios, e o SPNN faz a revisão das reservas regionais, municipais, privadas e comunitárias, fortalecendo a administração local das mesmas. Esta revisão serve para identificar os diversos potenciais das áreas protegidas, com o fim de promover sua integração com as economias regionais.

Em 2003, foi criada Unidade Administrativa de Parques Nacionais Naturais (UAESPNN), encarregadas do manejo e administração do Sistema de Parques Nacionais Naturais e seus assuntos, com a missão de preservar a diversidade biológica, ecossistêmica e paisagística Colombiana, administrando o manejo e o ordenamento dos Parques Nacionais. [16]

Podemos destacar entre os objetivos para o Sistema de áreas Protegidas – SINAP, contribuir para a consolidação das populações tradicionais para que elas vivam de acordo com critérios socioculturais e territoriais definidos, a criação de uma legislação que possa corresponder com as necessidades de conservação e ordenamento ambiental do território, fortalecimento da capacidade institucional para administrar as áreas protegidas assim que forem declaradas como tal, permitindo que os atores locais se apropriem e participem de todos os processos e a consolidação de esforços de

[15] Art. 327 do Código de Recursos Naturais Colombiano.
[16] http://www.parquesnacionales.gov.co/funciones.htm

ordenamento territorial que garantam a funcionalidade das áreas protegidas e sua representatividade cultural.

Tipologia das Áreas protegidas na Colômbia

1. Sistema de Parques Nacionais Naturais

1.1 Parque Nacional Natural - extensão de área que permite sua auto-regulação ecológica e cujos ecossistemas não foram alterados significativamente pela exploração ou ocupação humana

1.2 Reserva Nacional Natural - Área na qual existem condições primitivas de flora, fauna e solo, que está destinada a conservação, investigação e estudo.

1.3 Área Nacional Única - Área que possui condições especiais de flora ou solo, sendo um cenário natural raro.

1.4 Santuários da Fauna – Área dedicada a preservar espécies ou comunidades de animais silvestres e para conservar recursos genéticos da fauna nacional.

1.5 Santuários da Flora - Área dedicada a preservar espécies e ecossistemas vegetais.

1.6 Via parque - Faixa de terreno com estrada, que possui belezas panorâmicas singulares, valores naturais ou culturais, conservada para fins de educação, divulgação e lazer.

2. Distrito de Manejo Integrado - Dentro dessas áreas é permitido realizar atividades econômicas controladas, investigativas, educativas e de lazer.

3. Distritos de proteção do solo - São áreas que são delimitadas para serem submetidas ao manejo especial orientado para a recuperação de solos alterados, e degradados por condições físicas ou climáticas.

4. Áreas de Recreação Urbana e Rural - Tem como distinção principal a realização de atividades recreativas e esportivas.

5. Reservas da Biosfera

6. Reservas Florestais

7. Unidades de Planejamento de Bacias[17] - Se entende por organização de uma bacia, o planejamento do uso coordenado do solo, água, fauna, flora e seu manejo, executando obras e tratamentos.

8. Reservas Naturais da Sociedade Civil - Proprietários de áreas privados, de forma voluntária decidem dedicar parte ou toda a sua propriedade a atividades de conservação, dentro dos valores ambientais estabelecidos por lei.

9. Zonas de Páramos[18]

10. Zonas de Nascente de Rios

11. Zonas de Mangle[19]

12. Humedales[20]

13. Zonas de proteção de Rios ou Corpos D'água.

Podemos destacar também três tipos de áreas destinadas á caça que são os territórios de fauna, que são delimitados para os fins de conservação, pesquisa e manejo da fauna silvestre para exibição ou demonstração; as reservas de caça que possuem o objetivo de conservação, pesquisa e manejo da fauna silvestre, mas, além disso, tem o propósito de fomentar a reprodução de espécies e permitir a caça cientifica de controle e esportiva e os cotos de caça, que são definidos como área destinada à manutenção, fomento e aproveitamento de espécies de fauna silvestre para caça esportiva.

Todas essas áreas são consideradas de domínio publico, exceto as reservas da sociedade civil. Excetuando-se as áreas que são administradas pelo Sistema de Parques

[17] Cuencas em Ordenacíon lugar onde vivem famílias (comunidades) utilizando e manejando os recursos daquela área, principalmente solo, água, vegetação incluindo os cultivos e vegetação nativa, fauna silvestre e animais silvestres.
[18] Terreno coberto de ervas e arbustos onde predominam pastos
[19] Os **mangles** são árvores ou arbustos, principalmente tropicais que vivem entre a zona de nível do mar e a linha da maré alta.
[20] Os Humedales são áreas de transição entre sistemas aquáticos e terrestres, frequentemente inundados ou saturados por águas superficiais e subterrâneas durante um período de tempo suficiente como para que impeçam a mudança do solo, fazendo com que cresça ali um tipo de vegetação especialmente adaptada a viver nestas condições.

Naturais, cuja competência é ligada a União e ao Ministério do Meio Ambiente (Parque Nacional Natural, Santuário da Flora, Santuário da Fauna, Reserva Nacional Natural e Via Parque), as áreas da Sociedade civil e alguma outra área criada pelo município, todas outras estão sob a responsabilidade das Corporaciones Regionales Autónomas, também chamadas de CAR ou Corporaciones, que são entes dedicados ao manejo e conservação dos recursos dos recursos naturais renováveis colombianos.

A jurisdição da maioria das CAR não obedece a critérios de bio-regiões ou ecossistemas regionais, mas a limites de departamentos, e esses limites foram, no momento da confecção da Lei, estabelecidos através de posições políticas. Em muitos casos as Corporaciones se desviam de suas funções, como por exemplo, ao apoiar financeiramente obras e serviços públicos de saneamento básico que são da competência dos departamentos e municípios e não há igualdade na geração e distribuição de recursos financeiros, pois algumas possuem recursos próprios, enquanto outras dependem de verbas da União.[21]

Infelizmente, muitos Parques Nacionais Colombianos são ocupados por guerrilhas das FARC, ELN, EPL e outros grupos armados que para o cultivo de coca e da Amapola. A guerrilha e seus aliados narcotraficantes destruíram entre 1995 e 1999 70.000 hectares anuais de terra de parques nacionais com propósito de ampliar os cultivos ilícitos, fazendo com que alguns deles sejam territórios impenetráveis [22].

Considerações finais

Observando o Brasil e Colômbia, podemos perceber que ambos seguem as diretrizes tanto da CDB quanto da UICN para áreas protegidas. Na CDB em seu art. 6 cada parte deve de acordo com suas próprias condições e capacidades desenvolver estratégias para a conservação e a utilização sustentável integrando-as em políticas setoriais e intersetoriais pertinentes. Tanto o Brasil quanto a Colômbia estabeleceram um sistema de áreas protegidas para a conservação da diversidade biológica e dentro deles procuram trabalhar de forma sustentável, bem como em suas áreas de entorno,

[21] TORO, B.2006, p 266,
[22] Disponível em < http://www.verdadcolombia.org/archivos/VerArticulo. php?Id=1>, visualizado em 04/05/07

tentando reforçar a proteção das mesmas, para conseguir alcançar a ideal composição de conservação com sustentabilidade.

Brasil e Colômbia são possuidores de megadiversidade biológica e de grande sociodiversidade, representada em populações tradicionais, ameríndios, indígenas, ribeirinhos, campesinos enfim, pessoas que possuem modos de vida intrinsecamente ligados aos ciclos da natureza e a terra onde vivem fatores que devem ser levados em consideração e respeitados, não importando a terminologia usada, unidade de conservação ou área protegida.

Quando a UICN construiu as diretrizes para as áreas protegidas foi com a intenção de que elas servissem como base de um sistema internacional para que todos os países pudessem adotar as mesmas terminologias e divisões de categorias. De fato parte desse objetivo teve êxito porque grande parte da comunidade internacional, inclusive o Brasil e Colômbia, utilizou os princípios de manejo e os sistemas de categorias de Áreas protegidas da UICN, mas ainda persiste a variedade de nomes para categorias de mesmos objetivos, ou então usam o nome da categoria, mas seguem uma linha de manejo totalmente diversa da que deveria ser adotada para se enquadrar na mesma.

Assim podemos concluir que apesar de todos os seus esforços, as diretrizes da UICN não possuem força coercitiva capaz de fazer com que a comunidade internacional respeite e cumpra todas as suas decisões ou resoluções.

O fato é que mesmo sendo a Convenção de Áreas Protegidas uma s*oft law,* ela teve força para estimular os mais diversos países medidas protecionistas, que permitiram mudanças e inovações em seus sistemas jurídicos internos, com a criação de princípios, normas e instrumentos efetivos de proteção ao meio ambiente com força coercitiva. Isso é a Juridificação, quando uma soft law, uma “não-lei” forma um costume internacional, contribuindo na construção de um sistema jurídico normatizado.

Tabela Ilustrativa de Categorias da UICN, Brasil e Colômbia.

Categorias segundo a UICN	**Categorias Nacionais Colômbia**	**Categorias Regionais Colômbia**	**Unidades de conservação de Proteção integral Brasil**	**Unidades de conservação de Uso Sustentável Brasil**
I Reserva natural estrita ou área natural silvestre	Reserva natural		Estação ecológica Reserva biológica Refugio de vida silvestre	
II Parque nacional	Parque nacional		Parque nacional	
III Monumento Natural	Santuário de Fauna Santuário de Flora Área natural Única Via parque	Parque natural regional	Monumento natural	
IV Área de manejo de habitat ou espécies	Reserva biológica Estação ecológica	Território de fauna Reserva de caça Coto de caça		Reserva da fauna
V Paisagem terrestre ou marinha protegido		Zona de Proteção de paisagem Área de recreação		
VI Área Protegida com recursos manejados		Distrito de manejo integrado Distrito de conservação de solos Áreas de reserva florestal Área de manejo para recursos hidrobiológicos Reserva natural da sociedade civil Áreas de reserva municipal		Reserva extrativista Floresta nacional RDS Reserva particular do patrimônio natural Área de proteção ambiental Área de relevante interesse ecológico

REFERÊNCIAS

GARAY, Irene E. Becker, B. K. *As Dimensões Humanas da Biodiversidade*. O Desafio das Novas Relações Sociedade-Natureza no Século XXI. 1. ed. Petrópolis, RJ. Vozes: 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo, Malheiros: 2005.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga. *O Direito e o Desenvolvimento Sustentável* - Curso de Direito Ambiental. 1. ed. São Paulo, Peirópolis: 2005.

SANTILLI, Juliana. *O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. 2. ed. Distrito Federal Peirópolis: 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 5. ed. São Paulo, Malheiros: 2004.

ABBOTT, Kenneth W. et al. *The Concept of Legalization in international organization*. vol. 54, n. 3. Cambridge, Ma: IO Foundation and the MIT, Summer, 2000. Também disponível em < http://links.jstor.org/sici?sici=0020-8183(200022)54%3A3%3C401%3ATCOL%3E2.0.CO%3B2-8>

CONVENÇÃO DE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. Ministério das Relações Exteriores/ Ministério do Meio Ambiente do Brasil. Disponível em < http://www.cdb.gov.br/CDB> Acesso em 01 de maio de 2007.

DIRETRIZES para las Categorías de Manejo de Areas Protegidas. UICN, 1994. CPNAP con la ayuda de WCMC. UICN. Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido. Disponível em > http://www.iucn.org. Acesso em 07 de abril de 2007.

MEDEIROS, Rodrigo. *Evolução das Tipologias e Categorias de Áreas Protegidas no Brasil, Ambiente & Sociedade* – Vol. IX nº. 1 jan./jun. 2006. Disponível em <www.scielo.br/pdf/asoc/v9n1/a03v9n1.pdf>visualizado em 20de abril de 2007.

MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE DA COLOMBIA Disponível em < http://www.minambiente.gov.co/> visualizado em 05 de abril de 2007.

PARQUES NACIONAIS COLOMBIANOS Disponível em <http://www.parquesnacionales.gov.co/> visualizado em 04 de abril de 2007.

STOLTON, Sue, DUDLEY, Nigel. *Partnerships for Protection: New strategies for planning and management for protected areas*. Reino Unido: Eartscan, James & James 1999.Disponível em >http://books.google.com.br/books?id=iNSoOeQuG1UC&pg=PP1&ots=PqXjiIZtJS&dq=partnerships+for+protection&sig=X3WyQkivrxKrQctYS5yLx5IPecQ#PPA13,M1. Acesso em 06 de abril de 2007.

TORO, Beatriz Londoño. *Propiedad, Conflicto y Medio Ambiente*. Universidad Del Rosario, Santa fe de Bogotá, 2006. Disponível em > http://books.google.com.br/books?id=Rctc5XtndA0C&pg=PA103&ots=W0QNB6ZLWa&dq=areas+protegidas+en+Colombia.&sig=TYkb-Uzu5q6bS_26MXlP7qzksHo#PPA97,M1. Acesso em 05 de abril de 2007.

_____ *Perspectivas Del Derecho Ambiental en Colombia*, Colombia, Universidad Del Rosario, 2006. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=XuDjoSDxo5UC&pg=PA18&ots=t4zfixXFY5&dq=Perspectivas+Del+Derecho+Ambiental+em+Col%C3%B4mbia&sig=FZDPWbLRvKhaHSMlJwUYHsS07Pc Acesso em 07 de abril de 2007.

REFLEXÕES SOBRE O CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE À LUZ DO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

Carolina Vieira Ribeiro de Assis Bastos*

RESUMO

O objetivo deste trabalho é refletir sobre a estrutura e o funcionamento do CONAMA-Conselho Nacional de Meio Ambiente a partir do paradigma procedimental do direito. Primeiramente, apresentam-se algumas características do paradigma procedimental do direito, tendo por principal referencial teórico o filósofo alemão Jürgen Habermas. Em seguida, expõe-se a organização normativa do mesmo, enfatizando sua importância no tratamento das questões ambientais. Por fim, levantam-se algumas críticas, contribuições e desafios para o CONAMA enquanto marco regulatório de cunho democrático-participativo na gestão do meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: PROCEDIMENTO; PARTICIPAÇÃO; CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE.

RÉSUMÉ

Le but de ce travail est de réfléchir sur la structure et le fonctionnement du CONAMA-Conseil National de l'Environnement, à partir du paradigme procédural du droit. D'abord, on presente quelques caractéristiques du modèle procédural du droit, en ayant pour principal base théorique le philosophe allemand Jürgen Habermas. Ensuite, on montre l'organisation normative du même, en priorisant son importance dans le traitement des questions de l'environnement. À la fin, on relève quelques critiques, contributions et défis envers le CONAMA comme marque régulatrice de l'aspect démocratique et participatif dans la gestion de l'environnement.

MOTS-CLÉS: PROCÉDURE; PARTICIPATION; CONSEIL NATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT.

* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR.

INTRODUÇÃO

A idéia de desenvolvimento sustentável articula o conceito de desenvolvimento econômico às dimensões sociais e ambientais. Em decorrência, torna-se impossível fazer política ambiental sem a participação e o controle da sociedade nas políticas públicas.

O problema ecológico suscita a necessidade de se pensar um novo modelo de integração sociedade, estado e economia; na qual proteção do meio ambiente seja um elemento integrante, mas que, sobretudo, as pessoas participem da construção deste modelo. Relegar somente ao estado e ao sistema econômico a tarefa de evitar a degradação do meio ambiente significa escolher um discurso ecológico que não toca na profundidade do problema, ou seja, a questão da responsabilidade de cada um pelo futuro deste planeta.

O sistema jurídico dispõe de diversos instrumentos para a proteção do meio ambiente, mas esses nem sempre trabalham com a conscientização da necessidade de se proteger o meio ambiente.

O presente trabalho tem por objetivo refletir sobre o paradigma procedimental do direito tendo como referencial teórico a obra *Faticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoria do discurso* do filósofo alemão Jürgen Habermas. Primeiramente, apresenta alguns aspectos da teoria procedimental do direito. Em seguida, aborda a atuação do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), enquanto marco regulatório e participativo das questões ambientais no Brasil. Por fim, levanta algumas contribuições e desafios dos procedimentos de participação da sociedade na criação do direito, relacionando-os com o CONAMA.

1 O PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

Em *Faticidad e Validez*, Habermas procura demonstrar a possibilidade da integração da sociedade moderna através do Direito. Este funcionaria como um transformador lingüístico, capaz de traduzir a linguagem estratégica dos sistemas para a linguagem comunicativa do Mundo da Vida[1].

[1] Para explicar as sociedades contemporâneas, Habermas faz uso de um instrumental conceitual como a idéia de sistema e mundo da vida. O primeiro refere-se à análise de que o sistema social possui

Para Habermas, a idéia de Estado Democrático de direito requer não somente que as decisões vinculantes do poder estatal organizado se revistam na forma do direito, mas que também se legitimem.

Neste sentido, Habermas constrói, abstratamente, um sistema de direitos formado por cinco categorias de direitos. A três primeiras categorias[2] resultam da aplicação do princípio do discurso[3] ao direito e garantem a autonomia privada dos sujeitos enquanto destinatários das leis. A quarta categoria[4] de direitos assegura aos cidadãos o papel de autores da ordem jurídica, garantindo o exercício da autonomia pública. Por fim, a quinta categoria de direitos[5] refere-se aos direitos que garantem as condições materiais de existência.

Com essa construção Habermas procura esclarecer a conexão interna entre soberania popular e direitos do homem e, por conseguinte, a cooriginariedade entre autonomia privada e pública; bem como resolver o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

A conexão interna entre soberania popular e direitos do homem, segundo Habermas, baseia-se no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política que não vem assegurado por leis gerais e abstratas, mas somente pela formação discursiva da opinião e da vontade comuns[6].

---

diferenciações funcionais em sub-sistemas, que devem tender ao equilíbrio auto-regulativo e por isso são regidos por uma lógica própria, independente dos sujeitos, suas ações se organizam formalmente e são determinadas por cálculos interessados, sendo que hoje cristalizou-se em dois sub-sistemas: o político-administrativo e o econômico. O Mundo da Vida é o pano de fundo, o acervo de conhecimento compartilhado na prática cotidiana, é mediado por valores, normas e pela consciência dos indivíduos, no qual se insere a ação comunicativa.

[2] As três categorias de direitos são assim descritas: "1. Direitos fundamentais que resultam do desenvolvimento e configuração politicamente autônomos do direito ao maior grau possível de liberdades subjetivas de ação; 2.Direitos fundamentais que resultam do desenvolvimento e configuração politicamente autônomos do status de membro de uma associação voluntária que é a comunidade jurídica;3. Direitos fundamentais que resultam diretamente da acionabilidade dos direitos, ou seja, da possibilidade de reclamar judicialmente seu cumprimento, e do desenvolvimento e configuração politicamente autônomos da proteção dos direitos individuais" Cf. HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez*: sobre El derecho y El Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad: Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 188.

[3] O princípio do discurso é assim enunciado por Habermas: "Válidas são aquelas normas (e somente aquelas) as quais todos os que podem se ver afetados por elas possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais"Cf. *Op cit*. p. 172.

[4] "Direitos fundamentais a participar com igualdade de oportunidades em processos de formação da opinião e da vontade comuns nos quais os cidadãos exerçam sua autonomia política e mediante os quais estabeleçam direito legítimo"Cf. *Op cit*. p. 189.

[5] "Direitos fundamentais que garantam condições de vida social técnica e ecologicamente asseguradas na medida em que seja necessário para o exercício em termos de igualdade de oportunidades dos direitos civis mencionados de 1 a 4"Cf. *Op cit*. p. 189.

[6] *Ibidem*, p. 168.

Em outras palavras, os direitos do homem fundados na autonomia moral do indivíduo somente adquirem uma forma positiva mediante a autonomia política dos cidadãos, ou seja, o princípio do direito apresenta-se como mediador entre o princípio moral e o princípio democrático[7].

Já a cooriginariedade entre autonomia privada e pública esclarece-se quando se explicita a estrutura intersubjetiva dos direitos ou a estrutura comunicativa da idéia de autolegislação.

Essa cooriginariedade se deve ao fato de que nem a autonomia política dos cidadãos é restringida pelos direitos do homem e nem a autonomia privada do indivíduo é instrumentalizada para os fins de uma legislação soberana. A prática da autodeterminação dos cidadãos depende do princípio do discurso, o qual vem inscrito nas próprias condições de socialização e no meio que representa o direito. Assim, por um lado, o meio direito recorre ao princípio do discurso para implementar o procedimento de produção de normas como princípio democrático, com a ajuda dos direitos de comunicação e participação; por outro lado, o código jurídico por si só representa direitos de liberdades, que garantem o status de pessoas jurídicas e a integridade destas. Portanto, tais direitos são condições necessárias para o exercício da autonomia política, mas também não podem restringir a soberania do legislador[8].

Segundo Habermas, se o conteúdo normativo dos direitos do homem penetra no modo de exercício da soberania popular, ou seja, se a vontade unida de todos os cidadãos está ligada através do meio que representa as leis gerais e abstratas a um procedimento de legislação democrática, consegue excluir todos os interesses não suscetíveis de universalização e somente permite regulações que garantam a todos iguais liberdades subjetivas[9].

Habermas argumenta que, um retorno à concepção liberal de Estado, segundo a qual os direitos fundamentais representam somente direitos subjetivos de liberdade frente ao poder estatal e não normas-princípio de tipo objetivo não é possível. Por outro lado, nas condições atuais de pluralismo social e cultural, a Constituição também não pode ser entendida como um ordenamento jurídico concreto que imponha *a priori* a uma sociedade uma determinada forma de vida. No Estado democrático de

[7] *Ibidem*, p. 159.
[8] *Ibidem*, p. 194.
[9] *Ibidem*, p. 166-7.

direito, a Constituição tem que ser entendida como um ordenamento-marco, que primariamente regule a relação do Estado com os cidadãos, por isso, deve fixar os procedimentos políticos conforme aos quais os cidadãos, exercitando seu direito de autodeterminação, possam perseguir cooperativamente o projeto de estabelecer formas de vida mais justas[10].

Segundo Dutra, o paradigma procedimental do direito traz os direitos políticos para argumentação com a finalidade de resolver o paternalismo na implementação de direitos sociais, tornando o sistema mais auto-reflexivo e autocorretivo através da participação dos próprios afetados na configuração do sistema de direito básicos[11].

Para Habermas, a pretensão de que uma norma seja do interesse de todos por igual tem um sentido de aceitabilidade racional, ou seja, todos os possíveis afetados teriam que poder assentir a ela por boas razões e isto somente é possível nas condições pragmáticas de processos de argumentação, nos quais valha a coerção do melhor argumento [12].

Por isso, sua teoria do direito recai em um modelo de política deliberativa. A teoria discursiva do direito faz o desenvolvimento e consolidação de uma política deliberativa depender não de uma cidadania coletiva capaz de ação, mas da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos, bem como da interação de deliberações institucionalizadas com opiniões públicas desenvolvidas informalmente[13].

Na teoria discursiva do direito, o fluxo de comunicação entre a formação da opinião pública, os resultados eleitorais e as resoluções legislativas têm por fim garantir que o poder gerado comunicativamente[14] se transforme através da atividade legislativa em poder administrativo. Habermas defende que a opinião pública constitui uma vasta

[10] *Ibidem*, p. 336.
[11] DUTRA, Delamar José Volpato. *Da fundamentalidade dos direito sociais e ecológicos na filosofia do direito de Habermas.* In: Ética, política e linguagem: confluências. Maria Stella Müller, Elve Miguel Cenci (orgs). Londrina: edições CEFIL, 2004, p. 33.
[12] *Ibidem*, p. 168.
[13] *Ibidem*, p. 374.
[14] O filósofo retoma o conceito de poder comunicativo de Hannah Arendt, segundo o qual o poder surge entre os homens quando atuam em comum, por isso, só pode formar-se em espaços públicos não deformados, onde haja uma comunicação não distorcida. A constituição do poder através do sistema administrativo se dá pelo estabelecimento de faculdade e competências para tomar decisões coletivamente vinculantes. Habermas propõe que o direito seja o meio através do qual o poder comunicativo se transforma em administrativo. Cf. *Ibidem.* p. 214-7.

rede de sensores que reagem à pressão dos problemas que afetam a sociedade global e, se transformada em poder comunicativo, através de procedimentos democráticos pode dirigir o uso do poder administrativo em uma determinada direção[15].

Ao conceito discursivo de democracia corresponde uma sociedade descentralizada, diferenciada em um espaço para a opinião pública política e um espaço para a percepção, identificação e tratamento de problemas concernentes à sociedade global. Assim, a soberania popular não se centra no povo em termos concretos, nem é desterrada ao anonimato das competências constitucionais, apenas traduz-se em procedimentos democráticos e na implementação dos exigentes pressupostos comunicativos[16].

Em decorrência, na democracia em termos habermasianos, o sistema político não é o pico da sociedade tampouco o centro, somente um sistema de ação entre outros. No entanto, como a política assume o papel de solucionar problemas que colocam em perigo a integração social, tem que poder se comunicar através do direito com todos os demais âmbitos de ação ordenados de maneira legítima. Por isso, as comunicações políticas efetuadas pelo filtro da deliberação dependem de recursos do Mundo da Vida, como: uma cultura política habituada à liberdade de socialização e iniciativas de associações formadoras de opinião, as quais se formem e se regenerem espontaneamente e que não sejam diretamente acessíveis às intervenções do aparato político-administrativo[17].

Para operacionalizar a compreensão procedimental da democracia, Habermas recorre à tentativa de tradução sociológica ou comprovação empírica efetuada por Robert Dahl. Este procura demonstrar como os procedimentos democráticos podem encontrar lugar em uma sociedade complexa.

Robert Dahl operacionaliza um procedimento para tomada de decisões vinculantes, que leve em consideração o igual interesse de todos. Tal procedimento deve garantir:

a) a inclusão de todos os afetados;

b) oportunidades igualmente distribuídas e igualmente eficazes de participação no processo político;

[15] *Ibidem*, p. 376.
[16] *Ibidem*, p. 377-8.
[17] *Ibidem*, p. 378.

c) igual direito à voto nas decisões;

d) o mesmo direito à eleição de tema e ao controle da ordem do dia;

e) uma situação na qual todos os implicados, à luz de informações suficientes e de boas razões, possam formar uma compreensão articulada da matéria necessitada de regulação e dos interesses em conflito[18].

Ainda que esses cinco critérios não sejam cumpridos por nenhum ordenamento existente e, a complexidade leve a uma aplicação diferenciada dos mesmos, isto não pode ser óbice para uma implementação aproximativa do procedimento.

A sociedade democrática depende em seu conjunto que as decisões tomadas através dos cidadãos tenham qualidade, portanto, está também interessada na qualidade dos cidadãos mesmos, em sua informação, capacidade de reflexão e de levar em conta as conseqüências de suas decisões tendo em vista seus próprios interesses, os interesses de seus concidadãos e das gerações futuras. Por isso, a igual distribuição dos direitos subjetivos não pode se desligar da autonomia pública, que os cidadãos somente podem exercitar em comum, participando na prática da produção legislativa.

Se a formação da opinião e da vontade estruturada formalmente depende do fluxo das opiniões informais que se formam no espaço público; este por sua vez tem que se apoiar em uma base que garanta eficácia social a iguais direitos de cidadania, ou seja, sem barreiras de classe, estratificação e exploração social. No caso do Brasil, essa análise pode parecer bastante irreal.

Isto porque, nos países ditos periféricos, como o Brasil, não houve a construção de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania, que constituem características sociais de outras regiões estatalmente organizadas, os referidos países centrais. Disto resultam problemas bem mais complicados do que aqueles que caracterizam os países centrais; já que as relações entre as esferas de comunicação assumem formas autodestrutivas, cujas conseqüências são desastrosas para a integração e a inclusão social[19].

[18] *Ibidem*, p. 393-4.
[19] NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 237.

A experiência brasileira é marcada por formas de instrumentalização política, econômica e relacional de mecanismos jurídicos, que apontam no sentido inverso à indisponibilidade do direito. Verifica-se um generalizado desrespeito ao modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder e conjunturas econômicas, que se associam à perpetuação de privilégios e exclusões, os quais impedem a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais[20].

Assim, no contexto brasileiro ainda não se pode abdicar de alguns direitos, que garantem as condições materiais de existências dos indivíduos; mas por outro lado, é possível defender que o direito seja intersubjetivo que os cidadãos o compreendam e participem dele, ao invés de ficar à espera da decisão de uma minoria que muitas vezes age em interesse próprio, instrumentalizando o direito a seu favor.

Neste sentido, o CONAMA- Conselho Nacional de Meio Ambiente, assume especial importância no tratamento das questões ambientais e o paradigma procedimental no direito oferece um arcabouço teórico que não pode ser ignorado.

2 CONSELHO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE

Do ponto de vista normativo, procedimentos inclusivos em política ambiental passaram a ser vistos como adequados. Mas tais discursos e regulamentações acabaram sendo confrontados com realidades de degradação ambiental, via de regra provocadas por grandes empresas e por omissões dos poderes públicos, revelando uma interação social complexa.

A década de 90 caracterizou-se pelo questionamento do padrão centralizador e autoritário, que marcava a relação entre as agências estatais e os beneficiários das políticas públicas, bem como da capacidade do Estado de responder às novas demandas sociais. Passou-se a enfatizar que a sociedade poderia exercer um papel mais efetivo de fiscalização e controle, bem como imprimir uma lógica mais democrática na definição da prioridade na alocação dos recursos públicos[21].

A idéia de participação popular foi reforçada pela Constituição de 1988. Transformou-se no referencial de acesso dos setores populares, que através da sociedade

[20] *Ibidem*, p. 246.
[21] TATAGIBA, Luciana. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. Evelina Dagnino (org.) São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 47.

civil organizada e do fortalecimento dos mecanismos democráticos, poderia garantir a execução eficiente de programas de compensação social, face à liberalização da economia e a privatização do patrimônio do Estado[22].

A complexidade dos problemas sociais e ecológicos exigiram maior coesão social, no sentido de que a sociedade exercesse maior influência sobre as decisões políticas do Estado. Neste sentido, os conselhos representaram uma tentativa de superação das assimetrias sociais em favor de uma auto-organização social.

As formas de participação mais recorrentes foram a criação de novos canais de relação entre a sociedade civil e a esfera pública, de forma que esta passasse a incidir sobre o Estado. O principal exemplo é o desenvolvimento dos diferentes tipos de conselhos gestores.

No que se refere à questão ambiental no Brasil, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) constitui-se um marco regulatório importante, porque além de criar resoluções com caráter normativo para os Estado e Municípios, trata-se de um órgão colegiado que procura garantir a representação dos diversos setores da sociedade.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), instituído pela Lei 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. A atuação do SISNAMA se dá mediante articulação coordenada dos Órgãos e entidades que o constituem, observado o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo CONAMA. Cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a regionalização das medidas emanadas do SISNAMA, elaborando normas e padrões supletivos e complementares.

A finalidade do CONAMA é assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo e demais órgãos governamentais, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais; bem como deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

[22]JACOBI, Pedro Roberto. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. Evelina Dagnino (org.) São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 317.

Conforme art. 3º da Portaria nº 168, o CONAMA é composto pelo Plenário, Comitê de Integração de Políticas Ambientais (CIPAM), Câmaras Técnicas, Grupos de Trabalhos e Grupos Assessores.

O Conselho é um colegiado representativo de cinco setores: órgãos federais, estaduais e municipais, setor empresarial e sociedade civil. O plenário é a instância deliberativa, na qual se percebe com nitidez a atuação desses cinco setores. Assim, estabelece o art. 4º[23] da referida portaria quais são os integrantes do plenário com direito à voto.

O art. 2º da Portaria nº 168[24] estabelece a competência do CONAMA. Conforme tal dispositivo, cabe ao CONAMA estabelecer mediante proposta do IBAMA, demais órgãos do SISNAMA e seus conselheiros, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (I); determinar a realização de estudos das alternativas e das possíveis conseqüências de projetos

[23] I - o Ministro de Estado do Meio Ambiente, que o presidirá; II - o Secretário-Executivo do Ministério do Meio Ambiente, na condição de seu Secretário-Executivo; III - um representante do IBAMA; IV - um representante da Agência Nacional de Águas-ANA; V - um representante de cada um dos Ministérios, das Secretarias da Presidência da República e dos Comandos Militares do Ministério da Defesa, indicados pelos respectivos titulares; VI - um representante de cada um dos Governos Estaduais e do Distrito Federal, indicados pelos respectivos governadores; VII - oito representantes dos Governos Municipais que possuam órgão ambiental estruturado e Conselho de Meio Ambiente, com caráter deliberativo, sendo: a) um representante de cada região geográfica do País; b) um representante da Associação Nacional de Municípios e Meio Ambiente-ANAMMA; c) dois representantes de entidades municipalistas de âmbito nacional; VIII - vinte e dois representantes de entidades de trabalhadores e da sociedade civil, sendo: a) dois representantes de entidades ambientalistas de cada uma das regiões geográficas do País; b) um representante de entidade ambientalista de âmbito nacional; c) três representantes de associações legalmente constituídas para a defesa dos recursos naturais e do combate à poluição, de livre escolha do Presidente da República; d) um representante de entidades profissionais, de âmbito nacional, com atuação na área ambiental e de saneamento, indicado pela Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental-ABES; e) um representante de trabalhadores indicado pelas centrais sindicais e confederações de trabalhadores da área urbana (Central Única dos Trabalhadores-CUT, Força Sindical, Confederação Geral dos Trabalhadores-CGT, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria-CNTI e Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio-CNTC), escolhido em processo coordenado pela CNTI e CNTC; f) um representante de trabalhadores da área rural, indicado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura-CONTAG; g) um representante de populações tradicionais, escolhido em processo coordenado pelo Centro Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Populações Tradicionais-CNPT; h) um representante da comunidade indígena indicado pelo Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil-CAPOIB; i) um representante da comunidade científica, indicado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência-SBPC; j) um representante do Conselho Nacional de Comandantes Gerais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares-CNCG; l) um representante da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza-FBCN; IX - oito representantes de entidades empresariais, sendo: a) três representantes indicados pela Confederação Nacional da Indústria; b) um representante indicado pela Confederação Nacional da Agricultura; c) dois representantes indicados pela Confederação Nacional do Comércio; d) um representante indicado pela Confederação Nacional do Transporte; e e) um representante indicado pelo Setor Florestal. X - um membro honorário indicado pelo Plenário" Cf. *Regimento Interno do CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente.* Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.mma.gov.br/conama/. Acesso em data de: 15 de Fevereiro de 2007, p. 4-6.

[24] *Ibidem*, p. 2-3.

públicos ou privados, requisitando de órgãos públicos e privados as informações indispensáveis à apreciação de Estudos Prévios de Impacto Ambiental e respectivos relatórios (II); decidir, após o parecer do Comitê de Integração de Políticas Ambientais, em última instância administrativa, em grau de recurso, mediante depósito prévio, sobre as multas e outras penalidades impostas pelo IBAMA (III); determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito (IV); estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição causada por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes (V); estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos (VI); estabelecer os critérios técnicos para a declaração de áreas críticas, saturadas ou em vias de saturação (VII); acompanhar a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza-SNUC (VIII); estabelecer sistemática de monitoramento, avaliação e cumprimento das normas ambientais (IX); incentivar a criação, a estruturação e o fortalecimento institucional dos Conselhos Estaduais e Municipais de Meio Ambiente e gestão de recursos ambientais e dos Comitês de Bacia Hidrográfica (X); avaliar regularmente a implementação e a execução da política e normas ambientais do País, estabelecendo sistemas de indicadores (XI); recomendar ao órgão ambiental competente a elaboração do Relatório de Qualidade Ambiental (XII); estabelecer sistema de divulgação de seus trabalhos (XIII); promover a integração dos órgãos colegiados de meio ambiente (XIV); elaborar, aprovar e acompanhar a implementação da Agenda Nacional do Meio Ambiente, a ser proposta aos órgãos e às entidades do SISNAMA, sob a forma de recomendação (XV); deliberar, sob a forma de resoluções, proposições, recomendações e moções, visando o cumprimento dos objetivos da Política Nacional de Meio Ambiente (XVI).

Em que pese, os conselhos tenham significado um arranjo institucional inovador no sentido de traduzir em procedimentos de participação, formas mais democráticas de gestão de assuntos públicos, as dificuldades ainda são inúmeras.

Em países como o Brasil, as dificuldades de extensão da cidadania apresentam-se como óbice à atuação desses conselhos.

Além disso, segundo Jacobi[25], pesquisas mostram que essas formas de aproximação entre sociedade e Estado, são negativamente afetadas pela recusa do Estado em partilhar o poder de decisão.

Do ponto de vista institucional, a construção teórica procedimental do direito pode contribuir para otimizar e democratizar o processo de decisório de tais instituições. Além disso, acrescenta do ponto de vista da fundamentação e identificação do papel de tais instituições, bem como da superação dos óbices à implementação do Estado Democrático de Direito, e, tendo em vista algumas reservas que levanta quanto à postura substancialista do direito e o déficit emancipatório oriundo do caráter paternalista assumido pelo Estado Social, merece reflexão.

3 ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O CONAMA À LUZ DO PARADIGMA PROCEDIMENTAL DO DIREITO

As práticas sociais que constroem cidadania constituem-se um espaço privilegiado, no qual se cultiva a responsabilidade pessoal, a obrigação mútua e a cooperação voluntária. A questão ecológica exige que as pessoas se co-responsabilizem, pois ações isoladas não conseguirão responder, com a firmeza e rapidez necessária, aos problemas que emergem diariamente.

O paradigma procedimental do direito[26], ao estabelecer uma conexão interna entre soberania popular e direitos do homem, bem como autonomia pública e privada, não só acentua a participação das pessoas na criação do direito, mas as responsabiliza pelo futuro da comunidade jurídica.

Sabe-se que há uma permanente tensão entre a crescente racionalidade estratégica, própria do aparelho burocrático do estado e da economia e os princípios organizativos de uma esfera baseada na interação social. A importância da teoria habermasiana é que o modo pelo qual recupera a dimensão interativa implica atribuir um significado normativo à democracia.

---

[25] JACOBI, Pedro Roberto. *Op cit.* p. 323.

[26] Vallespín explica a função do direito nesta teoria através de uma metáfora. Segundo o autor, Habermas parece ter redescoberto um manancial de água, o qual está contido nos princípios universalistas da Constituição e que permite a exaltação de uma comunidade de homens livres e iguais sob o Direito. A tarefa do Direito consistiria em justamente transladar esta água a todos os âmbitos sociais mediante um eficaz sistema de condução, que evitaria a desertificação de importantes zonas sociais e as imunizaria dos fluxos de outras fontes contaminadas, como a política e a economia. Devido à finitude deste manancial de águas cristalinas, ele deve ser renovado permanentemente com a água de outros poços e o meio encarregado de velar por este permanente bombeio é o sistema democrático e, sobretudo, a ação de uma opinião pública responsável e inquieta. 1997, p. 203).

Em *Faticidad e Validez*, a democracia é o núcleo do sistema de direitos. Assim, a liberdade é estrutural, pois compõe o código jurídico e é condição de expressabilidade de todos os direitos. Mas, num sistema democrático, a igualdade é tão importante quanto à liberdade. Neste sentido, admite Habermas que, empiricamente, a desigualdade material afeta o exercício igual das liberdades e os direitos sociais e ecológicos adentram no sistema justamente para corrigir as desigualdades e restabelecer a igualdade necessária à democracia[27].

Em termos habermasianos, pode-se afirmar que no CONAMA não estão garantidos os pressupostos e condições comunicativas, pois não há igualdade de influenciação recíproca.

Percebe-se que o arranjo institucional do CONAMA ainda concentra o poder de decisão nos órgãos governamentais. A paridade na composição dos conselhos é um dos fatores que garantem as condições simétricas, que conferirão legitimidade às decisões.

Verifica-se que a composição do Plenário, que por ser o órgão deliberativo por excelência associa-se à democratização, inviabiliza a participação simétrica dos diversos setores da sociedade que ali se fazem representar. A representação do Estado nos âmbitos federal, estadual e municipal totaliza 73 dos membros. Os representantes de entidades da sociedade civil totalizam 22 dos membros e os representantes de entidades empresariais, 8 dos membros. Soma-se ainda, um membro honorário, indicado pelo Plenário[28].

O princípio da paridade tende a se traduzir em vantagens para o governo, trazendo desvantagens para o processo decisório. Então, a paridade por si só, não garante a equivalência entre Estado e sociedade no interior dos conselhos, e sendo desrespeitada, as dificuldades se exacerbam.

Some-se a isso, uma certa resistência em se reconhecer outras organizações sociais como representantes legítimas da sociedade civil. Geralmente, os dispositivos legais ou trazem um rol fixo de entidades ou colocam alguma condição prévia à participação. Não se trata de permitir a qualquer grupo de interesse a participação, mas

[27] DUTRA, Delamar Volpato. *Op cit*. p. 44.
[28] Lista de Presença das Plenárias. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/conama/reuniao/dir865/FreqCons2006-07.pdf>. Acesso em: <17 de Maio de 2007>.

de se pensar novos critérios para definição de entidades que possam ter assento nos conselhos.

Em um país como o Brasil, com essa dimensão territorial e diversidade cultural, a sociedade civil se fazer representar por 22 membros, ainda que o art. 4º do Regimento tenha buscado heterogeneidade das associações que indicam representantes, acarreta inexpressividade de algumas regiões.

Segundo Tatagiba, a heterogeneidade na composição, o respeito à diferença e a capacidade de construir adesões em torno de projetos específicos é condição necessária para dotar de eficácia as ações dos conselhos, bem como para ampliar seu potencial democratizante. O confronto argumentativo e a tentativa de diálogo entre grupos com interesses distintos, por vezes antagônicos, é que conferirá força e legitimidade ao conselho[29].

Constata-se também, uma maior necessidade de articulação entre os Conselhos Municipais e o Conselho Nacional. O CONAMA promove eventos para integrá-los, efetua cadastros anualmente; mas falta uma cultura política de participação das pessoas, que se mal participam do Conselho Municipal, que é onde acontecem as decisões que diretamente atingem seu modo de vida, como perceberão a importância de um Conselho Nacional de Meio Ambiente?

O paradigma procedimental pode contribuir neste sentido. Quando levanta que a política deliberativa é um conceito de mão dupla, isto é opinião pública informal e espaços públicos formais institucionalizados precisam ser ligados através do direito, nos sugere a necessidade de se pensar novas vias de ligação entre sociedade civil e Estado. O CONAMA é uma delas, é um procedimento que busca a legitimidade de suas decisões na diversidade da representação, mas ainda prioriza a luta institucional e permanece desconectado do mundo da vida.

A democracia exige uma ampliação dos espaços de discussão, negociação e deliberação. O paradigma procedimental relega ao direito um papel emancipatório que pode ser identificado na atuação dos conselhos em geral. Esses, em que pese as limitações, têm uma função importante na construção da cidadania e na reinvenção da convivência democrática.

[29] TATAGIBA, Luciana. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. Evelina Dagnino (org.) São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 62.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia de participação e acesso aos espaços públicos institucionalizados configura uma radicalização da democracia, que pode contribuir para aumentar o exercício da cidadania, na medida em que já de início substitui ou restringe a atuação das elites que se perpetuam no poder por formas mais amplas de discussão e deliberação.

A gestão partilhada do meio ambiente, entre Estado e sociedade, estimula a construção de uma co-responsalidade. Na prática, o consenso e o debate público podem ser mais eficientes na proteção do meio ambiente, do que decisões tecnocráticas tomadas de cima para baixo.

Neste contexto, o CONAMA assume um papel especial, pois procura envolver de forma institucionalizada os diversos setores da sociedade na definição das regulamentações e políticas ambientais.

O paradigma procedimental do direito apresenta importantes contribuições, pois oferece outros subsídios, que não necessariamente excludentes, para se pensar a problemática do meio ambiente. A relação que estabelece entre autonomia privada e pública e entre soberania popular e direitos humanos justifica a participação como núcleo de um sistema jurídico e ressalta capacidade dos cidadãos de perceber, articular e se fazer representar, o que significa assumir um papel de vanguarda no tratamento das questões públicas.

Além disso, quando traz os direitos políticos para a argumentação tenta resolver o paternalismo na implementação dos direitos sociais, tornando o sistema jurídico mais autoreflexivo.

REFERÊNCIAS

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *Acerca de la democracia deliberativa*. Fundamentos teóricos e propuestas práticas. In: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. N. 9. Diciembre: 2003.

_____. *La teoría discursiva del derecho*: Sistema Jurídico y democracia en Habermas. Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

DUTRA, Delamar José Volpato. Da fundamentalidade dos direito sociais e ecológicos na filosofia do direito de Habermas. In: Ética, política e linguagem: confluências. Maria Stella Müller, Elve Miguel Cenci (orgs). Londrina: edições CEFIL, 2004

HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad: Manuel Jiménez Redondo. 4.ed. Madrid: Trotta, 2005.

JACOBI, Pedro Roberto. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. Evelina Dagnino (org.) São Paulo: Paz e Terra, 2002.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: *uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Portaria nº 168 de 10 de junho de 2005. *Regimento Interno do CONAMA- Conselho Nacional do Meio Ambiente.* Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.mma.gov.br/conama/. Acesso em data de: 15 de Fevereiro de 2007.

TATAGIBA, Luciana. *Sociedade Civil e Espaços Públicos no Brasil*. Evelina Dagnino (org.) São Paulo: Paz e Terra, 2002.

VALLESPÍN, Fernando. *Reconciliación a través del derecho? Apostillas a facticidad y validez de Jürgen Habermas.* In: La Filosofía Moral y Política de Jürgen Habermas. José Antonio Gimbernat (ed.). Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

SOCIEDADE CIVIL E (RE)CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO: GESTÃO DEMOCRÁTICA AMBIENTAL PARA REFLEXÃO NA ESFERA PÚBLICA

Erotides Kniphoff Tessmann*

RESUMO

A urgência das questões ambientais na contemporaneidade motiva o presente estudo que tem por objetivo identificar a possibilidade de (re)construção do espaço público a partir de uma gestão ambiental democrática. Requer-se, assim, que esse novo espaço público proporcione espaços dialógicos e participativos entre os diversos atores sociais, no intuito de fazer com que todos se tornem ativos e responsáveis diante da necessidade de garantir a proteção do meio ambiente e a qualidade de vida desta e das futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: ESPAÇO PÚBLICO, GESTÃO AMBIENTAL, DEMOCRACIA, DIREITO AMBIENTAL.

ABSTRACT

The urgency of the dynamics of environmental questions in the contemporanity motivates the present study that aims to identifying the possibility of (re)constructing the public space from a democratic environmental management. Therefore, it is required that this new public space promotes dialogic and participative spaces among the several social actors, with an intention to make everyone active and responsible due to the need to guarantee protection to the environment and life quality for this and for the future generations.

KEYWORDS: PUBLIC SPACE, ENVIRONMENTAL MANAGEMENT, DEMOCRACY, ENVIRONMENTAL LAW.

* Advogada. Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas do programa de Mestrado da UNISC. Coordenadora e Professora do Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Dom Alberto.

Sumário: 1. Apontamentos Iniciais; 2. Sociedade Civil: Ressurgimento contemporâneo do conceito 3. A dicotomia espaço público versus espaço privado; 4. Os impactos ambientais e a necessidade de uma gestão ambiental democrática; 5. A gestão democrática do meio ambiente: a (re) construção do espaço público como alternativa à crise ambiental; 6. Considerações Finais.

1. Apontamentos Iniciais

No presente trabalho, pretendemos abordar alguns temas relacionados à Sociedade Civil, até chegarmos à Sociedade Civil organizada, identificando algumas formas de participação nas decisões de assuntos de interesse individual/coletivo, em especial no que tange ao meio ambiente.

Podemos afirmar inicialmente que "Sociedade civil organizada" é uma parte da sociedade civil que se organiza, em torno de uma luta por maior inserção na atividade política, legitimada, principalmente pela ocorrência de duas determinantes: 1) a impossibilidade de resolução dos grandes problemas, que hoje assolam a humanidade, através de ações apenas governamentais ou de mecanismos de mercado; 2) pela função da atual situação de descrédito nos sistemas de representação política.

Neste diapasão, entendemos que tanto o espaço público como o privado, se constituem de espaços não excludentes, mas integradores, constituindo-se assim, de espaços tensionais de comunicação e mobilidade política, em direção ao entendimento.

Por outro lado, segundo teóricos do Estado, este, não pode ser simplesmente um meio para atingir objetivos de um projeto político daqueles que detém o poder, pois este pertence à sociedade civil.

Nesta direção refere LEAL:[1]

> Bem ou mal entendemos que o Estado não mais pode ser concebido como uma entidade monolítica - ou neutral - a serviço de um projeto político invariável, mas deve ser visualizado como um sistema em permanente fluxo,

1 LEAL, Rogério. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

> internamente diferenciado, sobre o qual repercutem também, diferencialmente, demandas e contradições da sociedade civil e do mercado.

Segundo esta percepção, o Estado contemporâneo divide-se entre tarefas e exigências que a primeira vista são inconciliáveis. Decorre daí a crise de legitimação, pelo intervencionismo exacerbado do Estado, agravada pela ausência de uma participação política democrática efetiva, como refere JACOB,[2] *"A crise de legitimação surge, quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas"*.

A partir destas abordagens, pretendemos demonstrar que a evolução crescente da sociedade civil, que, através de seus mecanismos de organização, contribuiu, e vem contribuindo ao longo da história para reduzir gradativamente esta crise de legitimação, mediante uma redução crescente da intervenção Estatal e uma maior e mais efetiva participação política democrática, buscando na linguagem comunicativa sua sustentação e efetivação.

A sociedade contemporânea, nas últimas décadas, assistiu um estreitamento das redes de comunicação em todo o planeta, decorrente da revolução tecnológica e do processo de globalização. Após a perda da experiência coletiva do espaço público, à medida que se instituiu a esfera política burguesa, as sociedades contemporâneas perderam o sentido da privacidade e da publicidade, tornando-se cada vez mais difícil separar estes espaços de forma estritamente delimitada. No que diz respeito especificamente ao espaço público, esse tomou nova configuração no decorrer do transcurso histórico, mas, na atualidade, impõe-se um resgate do sentido democrático das decisões políticas que afetam a todos os cidadãos.

O início do século XXI coloca-nos diante de novas tensões. Um mal-estar geral e uma corrosiva desesperança existencial espalham-se pelo mundo global, que está a revelar os sinais de exaustão da natureza. Tal conjuntura impõe a necessidade de repensar, discutir e renegociar as bases fundamentais da sociedade contemporânea diante da emergência da crise ambiental. Neste aspecto, vale dizer que esta crise atinge

2 JACOB, Pedro. *Movimentos Sociais e Políticas Públicas.* São Paulo: Cortez, 1993.

a todos os seres humanos, sendo que todos devem participar das decisões que afetem diretamente ou indiretamente as condições de vida sobre o planeta Terra.

Tem-se, dessa forma, que a questão ambiental exige uma gestão democrática. O exercício da democracia, por seu turno, constitui-se na luta permanente dos sujeitos contra a lógica dominante dos sistemas, mas, na sociedade contemporânea, o espaço de liberdade do sujeito reduz-se progressivamente, correspondendo cada vez mais a um ato de consumo. A internacionalização das mídias e o progressivo rompimento do equilíbrio de fronteiras entre Estado, sociedade civil e indivíduo fizeram a prática dessa liberdade dissociar-se cada vez mais da idéia de compromisso e responsabilidade dos diversos atores sociais para com a sua sociedade.

A democracia passa, assim, a ser ameaçada pelo individualismo extremo, que abandona a vida social aos aparelhos de gestão e aos mecanismos de mercado, e a desagregação das sociedades política e civil. É preciso, nesse contexto, retomar a idéia de um espaço público enquanto espaço dialógico e no qual todos possam de alguma forma se sentir responsáveis pela tomada de decisões.

Considerando a bibliografia pertinente ao tema, objetiva-se apresentar uma reflexão acerca da possibilidade de (re)construção do espaço público a partir de uma gestão ambiental democrática. Para tanto, realiza-se um retrospecto histórico da dicotomia entre espaço público e espaço privado, seguido de uma breve análise dos mecanismos democráticos previstos na legislação brasileira, em especial no que tange à realização de audiências públicas, e, por fim, constrói-se a idéia de um novo espaço público baseado na teoria do agir comunicativo da Jürgen Habermas.

2. Sociedade Civil: Ressurgimento contemporâneo do conceito

O renascimento contemporâneo do conceito de “Sociedade civil” tem sido interpretado como sendo a expressão teórica da luta dos movimentos sociais contra o autoritarismo dos regimes comunistas e das ditaduras militares em várias partes do mundo, especialmente na Europa Oriental e na América Latina.

Nesta direção, tem-se que nas democracias liberais do ocidente, este conceito tem sido considerado insuficiente, pois desprovido de potencial crítico para examinar as disfunções e injustiças da sociedade, ou como pertencente às formas modernas iniciais da filosofia política que se tornaram irrelevantes para as sociedades complexas do mundo contemporâneo. Entretanto, o conceito de "sociedade civil" vem sendo cada vez mais usado para indicar o território social ameaçado pelos mecanismos politico-administrativos e econômicos, bem como para apontar o lugar fundamental para a expansão potencial da democracia nos regimes democrático-liberais do ocidente.

A história da modernidade ocidental mostrou como as forças espontâneas da economia de mercado capitalista, tanto quanto o poder administrativo do Estado moderno, ameaçaram a solidariedade social, a justiça social e a autonomia dos cidadãos. Segundo COHEN e ARATO[3], somente um conceito de sociedade civil devidamente diferenciado da economia – e, portanto, da "sociedade burguesa" - pode tornar-se o centro de uma teoria social e política crítica nas sociedades, na qual a economia de mercado vem desenvolvendo a sua própria lógica autônoma.

Em verdade, apenas uma reconstrução desta conceituação, tomando como base um modelo tripartite, distinguindo sociedade civil tanto do Estado quanto da economia, tem possibilidade de servir ao papel de oposição democrática desempenhado por este conceito, nos regimes autoritários, bem como de renovar o seu potencial crítico nas democracias liberais.

A sociedade civil, segundo essa concepção, é concebida como a esfera da interação social entre a economia e o Estado, composta principalmente pela esfera íntima (família), pela esfera associativa (associações), movimentos sociais e formas de comunicação pública. A sociedade civil moderna, criada por intermédio de formas de auto-constituição e auto-mobilização, se institucionaliza através de leis e direitos subjetivos que estabilizam a diferenciação social. As dimensões de autonomia e institucionalização podem existir separadamente, mas ambas seriam necessárias a longo prazo para a reprodução da sociedade civil.

3 COHEN, J., ARATO, A. *Civil Society in Political Theory. Mit. Press.* Cambridge, 1992.

Vale lembrar que a sociedade civil não engloba toda a vida social fora do Estado e da economia. De outro lado, é necessário distinguir a sociedade civil, tanto de uma sociedade política de partidos, organizações políticas, parlamentos, quanto de uma sociedade econômica composta de organizações de produção e distribuição, em geral empresas, cooperativas, firmas etc. As sociedades política e econômica surgem da sociedade civil, partilham com ela algumas formas de organização e comunicação, e se institucionalizam através de direitos, em especial direitos políticos e de propriedade, conjuntamente com o tecido de direitos que asseguram a sociedade civil moderna.

A partir daí, os atores da sociedade política e econômica estão diretamente envolvidos com o poder do Estado e com a produção econômica que visa exclusivamente o lucro, com a finalidade de controlar e gerir toda a economia. Aliado a isto, estes atores não permitem subordinar seus critérios estratégico-instrumentais aos padrões de integração normativa e comunicação aberta característicos da sociedade civil. O papel político da sociedade civil não está diretamente relacionado à conquista e controle do poder, mas à geração de influência na esfera pública cultural. Já o desempenho mediador da sociedade política entre a sociedade civil e o Estado é indispensável, assim como o fortalecimento da sociedade política na sociedade civil.

O mesmo pode ser dito no que tange à relação entre sociedade civil e sociedade econômica, embora, historicamente, sob regime capitalista, esta última, tem sido mais hermética à influência da sociedade civil que a sociedade política. Apesar disso, a legalização dos sindicatos e o papel das negociações coletivas testemunham à forte influência da sociedade civil sobre a econômica que desempenha, assim, um papel mediador entre a sociedade civil e o sistema de mercado.

Seguindo este raciocínio, a sociedade civil representa apenas uma dimensão do mundo sociológico de normas, práticas, papéis, relações, competências ou um ângulo particular de olhar deste mundo sob o ponto de vista da construção de associações conscientes, vida associativa, auto-organização e comunicação organizada. A sociedade civil tem desta forma, um âmbito limitado, eis que é parte da categoria mais ampla do "social" ou do "mundo da vida".[4] Ela se refere às estruturas de socialização, associação

4 HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política.* São Paulo: Edições Loyola, 2002.

e formas organizadas de comunicação do mundo da vida, na medida em que elas estão sendo institucionalizadas.

Por outro lado, nas democracias liberais, a sociedade civil não está, por definição, em oposição à economia e ao Estado. As concepções de sociedade econômica e política, expostas acima se referem às esferas de mera mediação, mediante as quais a sociedade civil poderá exercer influência sobre os processos politico-administrativos e econômicos. Uma relação antagonista da sociedade civil, ou de seus atores, com a economia ou o Estado surge apenas quando fracassam essas mediações, ou quando as instituições da sociedade econômica e política servem para isolar a tomada de decisões da influência de iniciativas e organizações sociais, participação e formas diversas de discussão pública.[5]

Nesta direção, a categoria de sociedade civil foi resgatada da tradição da teoria política clássica, reformulada mediante uma concepção que apresenta os valores e interesses da autonomia social, contrapondo tanto ao Estado moderno quanto à economia capitalista. Além das antinomias de Estado e mercado, público e privado, “gesellschaft” e “gemeinschaft”, ou seja, reforma e revolução, a noção de defesa e democratização da sociedade civil parece ser o melhor caminho para caracterizar as novas formas contemporâneas de auto-organização e auto-constituição.

Em meio a inúmeras ambiguidades de sentido, relacionadas ao emprego da expressão sociedade civil, a concepção que adotamos assume uma defesa da sociedade civil moderna capaz de preservar sua autonomia e formas de solidariedade, diante do Estado e da economia.

Esse "terceiro caminho" pretende garantir a autonomia da economia e do Estado moderno ao mesmo tempo em que protege a sociedade civil da inserção destrutiva realizada por aquelas duas esferas. Ademais, não só protege como também garante a diferenciação da sociedade civil, daquilo que Habermas chamou de "sistema" - o estado

5 Idem obra cit. nota 4.

e o mercado - bem como sua influência reflexiva sobre essas duas esferas através das instituições da sociedade política e econômica.[6]

É importante ressaltar que as normas da sociedade civil - direitos individuais, privacidade, associações voluntárias, legalidade formal, pluralidade, publicidade, livre iniciativa - foram institucionalizadas de forma heterogênea e contraditória nas sociedades ocidentais, contrapondo com a lógica econômica do lucro e a lógica política do poder. Daí a importância dos movimentos sociais que surgiram para defender os espaços de liberdade ameaçados pela lógica do "sistema".

Na verdade, a política da sociedade civil não se resume à contestação realizada, entre outras coisas, pelos movimentos sociais, também fazem parte de sua política às formas institucionais normais de participação - votar, militar em partidos políticos, formar grupos de interesse ou lobbies.

Neste sentido, a dimensão utópica de uma política radical parece preferir o nível da ação coletiva. Alias, a relação entre ação coletiva e sociedade civil é deveras importante para a constituição desse novo paradigma, pois além destes modelos funcionalistas e pluralistas, a sociedade civil deixa de ser vista apenas de forma passiva, como um conjunto de instituições, para ser percebida ativamente, ou seja, o contexto e o produto de atores coletivos que se auto-constituem.

Seguindo este raciocínio, refere LEAL:[7]

> O Estado hodierno (e notadamente no Brasil), em tais condições, passa a ter uma revigorada função de ordenação do caos e da agudizante exclusão social cometida por aquele modelo de organização produtiva e social, agora potencializado pelos termos dos vínculos políticos delimitados pelas diretrizes constitucionais, tendo por tarefa e principal característica revitalizada, a administração dos conflitos perpassam a sociedade multicultural e tensa que o institui.

6 O projeto implícito nesta concepção de sociedade civil critica tanto o paternalismo estatal quanto esta outra forma de colonização da sociedade baseada na economia de mercado sem regulação. Busca realizar o trabalho de uma política social mediante programas autônomos e descentralizados baseados na sociedade civil em vez dos programas tradicionais do "welfare state", e o trabalho de uma política econômica de regulação mediante formas não-burocráticas e menos intrusivas de legislação. Trata-se de combinar a "continuação reflexiva do welfare state" (Habermas) na democracia liberal com a "continuação reflexiva da revolução democrática" (Arato) nos regimes autoritários.

7 LEAL, obra cit. nota 3, p. 43

Por outro lado, Habermas sustenta que a deliberação pública, realizada fora do âmbito estatal, constituiria a base de legitimação para a ação política. Este espaço, ao menos em termos hipotéticos, permitiria à todos os potencialmente envolvidos, poder opinar e interagir comunicativamente antes de que uma decisão seja adotada. Desta forma, a livre circulação da informação e do alongamento das oportunidades educativas erigir-se-iam em elementos nodais que explicariam a aparição desta esfera de autonomia (...) que possibilitariam a emergência, expansão e transformação de uma esfera pública que ele chama de burguesa, centrada, que sempre esteve, nas instituições tradicionais de representação política forjadas no âmago da experiência estatal moderna.[8]

3. A dicotomia espaço público versus espaço privado

A dicotomia entre espaço público e espaço privado encontra seu fundamento no processo histórico, sendo que seus limites e suas interconexões variam no decorrer do tempo, razão pela qual se faz necessário considerar o contexto no qual ela se inicia e se transforma até a atualidade.

Nesse sentido, na obra "A condição humana", ARENDT[9], parte do conceito de *vita activa* para explicar a distinção entre espaço público e espaço privado. A *vita activa* está baseada sobre a constatação da transformação da natureza pelo homem para a formação do mundo[10]. Em outros termos, a vida humana pode ser referida na medida em que o homem se empenha ativamente em fazer algo. A idéia de *vita activa*, por seu turno, é desdobrada conforme as atividades humanas na formação do mundo e na transformação da natureza, podendo-se afirmar a existência de três esferas de *vita activa:* o labor, o trabalho e a ação.

O labor, na Antiguidade, situa-se no âmbito exclusivamente do privado, consistindo numa atividade de subsistência que tem por objetivo a manutenção das condições vitais do homem. O labor é praticado com o intuito básico de saciar as necessidades humanas. Assim sendo, não há liberdade no labor, pois o *animal laborans*

8 HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988, p. 39.

9 ARENDT, Hannah. *A condição humana.* Tradução de Roberto Raposo. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

10 Idem, p. 31.

está submetido constantemente às condições impostas pela necessidade. Já o trabalho centra-se na produção de bens duráveis no tempo, que não são produzidos para o consumo imediato e que visam alcançar a comunidade. Por fim, a ação é apresentada como o efetivo espaço público, sendo praticada por homens livres e iguais. O espaço da ação é o espaço da política, a qual se caracteriza pelo diálogo, ou seja, pelo poder da palavra.

A partir de tais pressupostos, a autora salienta que todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode ser imaginada fora da sociedade. Por conseguinte, "*a ação é prerrogativa exclusiva do homem; nem um animal nem um Deus é capaz de ação, e só a ação depende inteiramente da constante presença de outros.*"[11]

Tendo por embasamento os conceitos de ação, trabalho e labor destacados por Arendt, verifica-se que, na Antiguidade, o espaço público e o espaço privado se encontram delimitados. O primeiro tem seu espaço no plano da ação e o segundo no plano do labor, sendo o trabalho o ponto intermediário entre os dois opostos. Porém, o transcurso histórico revela que, aos poucos, a distinção entre tais espaços foi se diferenciando e a sua linha divisória foi se tornando cada vez mais tênue.

Na Idade Média, essa distinção entre o privado e o público, embora ainda existisse, foi perdendo importância e mudando inteiramente de localização. Nesse sentido, Arendt[12] explica que a tensão medieval existente entre a treva da vida diária e o esplendor do que era sagrado corresponde em muitos aspectos à ascensão do privado ao plano público da Antiguidade. Essa projeção do privado sobre o público, evidencia o esvaziamento da esfera política, o que se constata, por exemplo, no conceito de bem comum na Idade Média, o qual apenas reconhecia que os indivíduos privados tinham interesses materiais e espirituais em comum, só podendo conservar sua privacidade e cuidar dos seus próprios interesses quando um deles se encarregasse de zelar por esses interesses comuns.[13]

11 Idem obra cit. nota 10, p. 31.

12 Idem, p. 43.

13 Idem, p. 44.

Na Modernidade, todavia, é que se nota efetivamente uma profunda mudança na concepção acerca do espaço público e do espaço privado. Há a perda do sentido da ação, que, cada vez mais, será confundida com trabalho. Sob a ótica de ARENDT, exposta anteriormente, é possível afirmar o crescimento do espaço ocupado pelo *homo faber*, ou seja, pelo trabalho, e a política, ao invés de ser o lugar dos iguais e do uso da palavra, passa a ser concebida como domínio, ou seja, como relação de subordinação sobre os homens.

Vale lembrar que no século XVII surge a escola de pensamento do contratualismo, cujos autores mostram-se preocupados com a emergência da sociabilidade, ou seja, com as condições necessárias para a produção da sociedade. A obra "Leviatã"[14], de Thomas Hobbes, por exemplo, ocupa-se de uma investigação sobre a gênese e as condições de sobrevivência humana através de um Estado, que na obra é simbolizado pelo deus mortal *Leviatã*. Esse Estado é que propicia uma vida associativa pacífica e ordenada aos homens. O estado hobbesiano é, nesse sentido, um artifício da razão humana, autorizado pelo contrato social, o qual visa dar conta da deficiência inerente ao estado de natureza.

A partir de então, a sociedade passa a constituir uma esfera pública homogênea, formada por um conjunto de indivíduos representado pelo ente artificial do Estado, o qual encarna o social e se opõe à um único elemento – o indivíduo. Assim, na Modernidade a dicotomia entre o público e o privado passa a consistir no reconhecimento de uma esfera pública centrada sobre o social, que é representada pelo Estado, e de uma esfera privada, que é representada pelo indivíduo. Tal mudança implica em significativa transformação da sociedade, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento do espaço público. É possível afirmar, então, que, no pensamento de ARENDT, a história do mundo moderno corresponde à história da dissolução do espaço público[15]. A respeito desse aspecto, TELLES explica que:

14 HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974. (Coleção Os Pensadores, v. XIV)

15 TELLES, Vera da Silva. *Espaço Público e espaço privado na constituição do social:* notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. Tempo Social, São Paulo, v. 2. n. 1, p. 23-28, 1990. p. 28.

> Nesta formulação, ela está, claramente, tematizando a sociedade moderna – essa sociedade que foi capaz de engendrar o fenômeno totalitário -, construindo as figuras de uma sociedade despolitizada, marcada pela indiferença em relação às questões públicas, pelo individualismo e atomização, pela competição e por uma instrumentalização de tudo que diz respeito ao mundo, de tal forma que nele nada permanece como valor, como limite para uma ação que transforma tudo em meros fins para seus objetivos.[16]

A dissolução do espaço público corrobora a perda de um 'mundo comum' que articula os homens numa trama visível feita por fatos e eventos tangíveis que se materializa na comunicação intersubjetiva, por meio da qual, as opiniões se formam e os julgamentos se constituem.[17] A perda deste 'mundo comum', por seu turno, constrói a figura de um sujeito que é desinteressado e desprovido de responsabilidade perante o mundo. Assim, a dissolução do espaço público corresponde à perda de um espaço reconhecido de ação e opinião.

No mundo contemporâneo, o advento da sociedade da informação e a globalização implicaram em novas alterações nessa dicotomia, que ao invés de representar lados antagônicos passa a representar um entrelaçamento no qual as duas esferas tendem a se confundir de modo crescente. Desde o final do século passado a humanidade vivencia um processo de modificação nas relações econômicas, sociais, políticas e culturais, resultante da emergência de uma sociedade baseada sobre a revolução tecnológica, assistindo-se, nas últimas décadas, um estreitamento das redes de comunicação em todo o planeta. Nesse novo contexto, as noções de tempo e espaço já não são os mesmos e a velocidade das transformações é muito rápida. Por outro lado, a globalização cria novos sistemas, fortalece forças transnacionais e modifica as instituições das sociedades.

As principais características da globalização centram-se na extraordinária inovação tecnológica e na expansão mundial das grandes empresas.[18] Esta última se constrói mediante o desenvolvimento da economia capitalista e a extensão dos mercados (especialmente o financeiro e o das multinacionais), o que se torna factível em

16 Idem, ibidem.

17 Idem p. 28-29.

18 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002. p. 142.

virtude da recente revolução tecnológica, a qual permite a esses mercados desterritorializar a produção e o consumo e anular as distâncias temporais/espaciais. Todo esse processo é caracterizado pela presença de incertezas, contingências e riscos. BAUMANN afirma que:

> Esta nova e desconfortável percepção das 'coisas fugindo ao controle' é que foi articulada (com pouco benefício para a clareza intelectual) num conceito atualmente na moda: o de *globalização.* O significado mais profundo transmitido pela idéia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo.[19]

Antes da globalização, a ordem mundial consistia no total das ordens locais, as quais eram eficientemente mantidas e policiadas por um e apenas um Estado territorial.[20] Atualmente, porém, as grandes corporações privadas e o capital financeiro apresentam-se cada vez mais saudáveis, enquanto o Estado contemporâneo surge debilitado. Efetivamente, a força das corporações e sua atuação geográfica mudaram de modo considerável o enfoque do jogo econômico. Se no passado as grandes decisões econômicas eram tomadas pelos governos, agora as maiores corporações mundiais decidem basicamente o quê, como, quando e onde produzir os bens e serviços a serem utilizados pelos seres humanos. Mas, as corporações vão além da função de direção geral relativa à economia e ao âmbito financeiro, assumindo sistemas de ação tecnopolítica.

A globalização, desse modo, vai levando a racionalidade do mercado a expandir seu poder sobre âmbitos que necessariamente não são econômicos, espraiando-se sobre questões políticas, tecnológicas e culturais que têm reflexos, inclusive, sobre o modo como cada ser humano se comporta e vê o mundo ao seu redor. Surge, dessa maneira, um mundo no qual se sobressai a exaltação desmesurada da individualidade, pois o desempenho individual passa a constituir o único critério de sucesso, marcado por um constante medo do encontro com *o outro*. Assim, o que caracteriza as cidades contemporâneas é o evitamento e a separação dos indivíduos. Essa fragmentação do espaço das cidades, por sua vez, é que corrobora o encolhimento e o desaparecimento

19 BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 67.

20 Idem p. 70-71.

do espaço público, havendo pouca chance de que as normas sejam debatidas e de que os valores sejam confrontados e negociados.

Por outro lado, o mundo contemporâneo foi transformado pela mídia em espetáculo, sendo que a regulação social passa a caracterizar-se pela constante produção de informação, mas não de significados comuns que possam ser compartilhados por toda a sociedade. O desenvolvimento tecnológico e a obtenção crescente de informações correspondem de modo contraditório, ao crescimento paralelo da impotência humana para resolver politicamente os problemas coletivos da humanidade, tais como a degradação do meio ambiente.

Todas essas transformações vivenciadas pelo mundo contemporâneo, entre as quais se destacam a mudança do papel Estado e a ausência de espaços públicos para discussão dos problemas locais, entre outros diversos fatores, fazem com que a sociedade civil passe a atuar de forma diferenciada, ressaltando-se a importância adquirida, nos últimos anos, pelo Terceiro Setor na discussão e na realização de políticas públicas. A emergência e a crescente participação da sociedade civil em atividades relacionadas ao Estado e, de outra parte, a intervenção do Estado em atividades privadas, permite que, atualmente, afirme-se a realização de uma publicização do privado e uma privatização do público. Por conseguinte, a forte distinção entre público e privado está se tornando cada vez mais obscura, devendo-se repensá-los dentro do contexto contemporâneo.

Nessa conjuntura, a urgência da questão ambiental constitui-se em problemática que, para o seu enfrentamento, exige, principalmente, a (re)discussão do espaço público como meio de se buscar a gestão democrática do meio ambiente.

4. Os impactos ambientais e a necessidade de uma gestão ambiental democrática

As implicações sócio-ambientais das transformações vividas pelo mundo desde a Modernidade, com o fortalecimento de uma visão antropocêntrico-utilitarista da natureza, até contemporaneidade, marcada pelo intenso movimento de capitais, são complexas e graves. Pode-se afirmar que um dos efeitos mais dramáticos do processo

de globalização situa-se na problemática ambiental, uma vez que a maior parte dos idealizadores da globalização ignorou o custo ambiental da expansão econômica.

A escala das atividades econômicas atualmente ultrapassa os limites da capacidade de carga do ecossistema mundial, pois a integração econômica, permite a cada país ampliar a escala da sua atividade econômica para além dos limites geográficos das respectivas bases de recursos naturais. Constata-se, também que a produção está mais acelerada em virtude das exigências do mercado, o que produz externalidades negativas com maior velocidade e em escala global.[21] Diante de tal conjuntura, Azevedo afirma que "*resulta evidente que o livre mercado não tem condições de 'responder aos riscos globais que pesam sobre o meio ambiente*".[22] No mesmo sentido é o posicionamento de CAPRA:

> A meta central da teoria e da prática econômicas atuais – a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado – é claramente insustentável, pois a expansão ilimitada num planeta finito só pode levar à catástrofe. Com efeito, nesta virada de século, já está mais do que evidente que nossas atividades econômicas estão prejudicando a biosfera e a vida humana de tal modo que, em pouco tempo, os danos poderão tornar-se irreversíveis. [23]

Diversos estudos científicos têm corroborado a evidência de que a vida sobre o planeta corre grave perigo. A título exemplificativo cita-se uma reportagem da Revista Época, de 16 de outubro de 2006, na qual são apresentados dados sobre a crise ambiental sem precedentes que assola a humanidade. Entre tais dados, a reportagem refere dez graves ameaças ao meio ambiente, como, por exemplo, a questão do lixo, da água e do desmatamento. [24]

Contudo, as soluções para esses problemas convergem para ações integradas entre todos os atores sociais. Já não basta a solução isolada de um Estado ou a adoção de uma política repressora. Isso porque a atual crise ecológica decorre do próprio modo

---

21 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 74.

22 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 83.

23 CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. p. 157.

24 LEAL, Renata. *10 ameaças e uma esperança*. Revista Época, São Paulo, n. 4

24 Idem obra cit. nota 24, p.44-45.

de vida contemporâneo, baseado sobre o consumo intenso, que, por sua vez, exige grande utilização dos recursos naturais. E, em que pese a evidência da hecatombe ecológica, o capitalismo global segue no seu ímpeto de desenvolver mercados e consumidores, procurando, sempre que possível, eliminar legislações ambientais com a desculpa do "livre comércio", no intuito de que tais legislações não prejudiquem o desenvolvimento econômico.

> Assim, a nova economia provoca a destruição ambiental não só pelo aumento do impacto de suas operações sobre os ecossistemas do mundo, mas também pela eliminação das leis de proteção ao meio ambiente em países e mais países.[25]

BECK apresenta a crise ambiental contemporânea no contexto da 'sociedade de riscos", [26] na qual os riscos civilizatórios são intensificados na medida em que se dispersam e tomam dimensões globais. Esses riscos não são externos à sociedade, mas decorrem de decisões tomadas no seu âmbito interno. Desse modo, todos são, de alguma forma, responsáveis, mas, efetivamente, o que se verifica é que ninguém parece ser responsabilizado especificamente pelos danos ambientais.

Isso ocorre porque a crise ambiental, para a sua solução, exige muito mais do que leis e políticas bem intencionadas. Na sociedade contemporânea, o desejo pelo desenvolvimento econômico acaba por ser antagônico ao interesse de preservação da natureza. Alterar os fatores que corroboram a crise ambiental implica na realização de mudanças radicais na estrutura da sociedade organizada. Dessa forma, a posição isolada do Estado acerca dos problemas ambientais, por exemplo, é infrutífera, pois é necessário que a sociedade esteja envolvida nessa transformação. A simples imposição estatal de normas ou políticas ambientais severas pode resultar numa espécie de tirania estatal, pois o quê a questão ambiental está a exigir é uma mudança na mentalidade dos indivíduos.

Trata-se de fortalecer o papel da cidadania no sentido de dotá-la do caráter solidário e participativo em relação à proteção de um bem de interesse difuso – o meio ambiente. Nessa perspectiva, exige-se a solidariedade e a participação responsável dos

25 Idem p. 159.

26 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 25.

sujeitos políticos na proteção do meio ambiente, a qual deve ser realizada tanto de modo individual, como coletivo, por meio da atuação das Organizações Não-Governamentais (ONGs). Essa participação corresponde à um processo gradual que exige a abertura de novos espaços nos quais a sociedade possa se manifestar e externar suas dúvidas, seus anseios e suas opiniões.

A legislação ambiental brasileira, de um modo geral, caracteriza-se por apresentar normas de caráter protetivo e quantitativo, ou seja, determina o quanto é possível poluir o ambiente. Nessa conjuntura, o reconhecimento de uma gestão democrática do meio ambiente é tímido e as normas protetivas do ambiente apresentam poucos mecanismos de participação popular, os quais ainda estão a exigir maior atenção e cuidado por parte da população e do Poder Público para que efetivamente possam se mostrar eficazes.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, trouxe os princípios e as diretrizes norteadoras da proteção ambiental no Brasil. Entre os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, a referida lei menciona o licenciamento ambiental (art. 9º, IV) e a garantia da prestação de informações relativas o meio ambiente (art. 9º, XI). A mesma lei ainda reconhece o princípio da publicidade ao dispor, no parágrafo primeiro do artigo 9º, a obrigatoriedade de publicar no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação, os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão. Não há nesse primeiro marco legal, previsão expressa de participação da comunidade nas questões ambientais.

Posteriormente, o advento da Constituição Federal de 1988, que recepcionou o conteúdo da Lei º 6.938/81 fortaleceu a abertura de canais para a participação efetiva da sociedade na preservação ambiental, seja individual ou coletivamente, ao estabelecer o dever da coletividade de defender o meio ambiente (artigo 225, "caput", CF/88), bem como ao reconhecer o direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros à proteção ambiental.

Desse modo, a legislação brasileira passou a se desenvolver baseada sobre o pressuposto da necessidade de garantir a preservação ambiental e a participação da

sociedade nesse processo, a partir de instrumentos com caráter democrático. Entre os principais instrumentos utilizados na tutela do meio ambiente situa-se a participação da população interessada na Audiência Pública do Estudo Prévio de Impacto Ambiental, conforme prevê o artigo 225, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 e a Resolução CONAMA nº 9, de 3 de dezembro de 1987, bem como a atuação de membros da comunidade em Conselhos ou Órgãos de defesa do meio ambiente.

No âmbito da presente pesquisa, salienta-se a importância da realização da audiência pública prevista nos casos em que se constatar a necessidade de realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Como já relatado anteriormente, o licenciamento ambiental foi previsto como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente na Lei nº 6.938/81, mas a tarefa de conceituá-lo e determinar as suas fases, bem como de especificar quais atividades deveriam se sujeitar ao procedimento, foi postergada, sendo concluída somente em 1997, com a Resolução CONAMA 237. Tal norma cuidou de estabelecer quais atividades devem submeter-se ao processo de licenciamento, além de especificar alguns requisitos necessários para a obtenção das licenças e as competências dos órgãos expedidores. A Resolução 237 do CONAMA, no artigo 3º, determina que:

> Art. 3º A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, **garantida a realização da audiências públicas**, quando couber, de acordo com a regulamentação.[27] [grifo nosso]

Segundo o art. 1º da Resolução CONAMA 09/87, que, anteriormente à Resolução CONAMA 237/97, já dispunha sobre as audiências públicas, elas têm "a finalidade de expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo as dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito". [28] Desse modo, a audiência pública é um instrumento formal de participação pública no processo de avaliação de impacto ambiental, correspondendo ao momento do

27 BRASIL. *Resolução n. 237, de 19 de dezembro de dezembro de 1997*, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. In: MEDAUAR, Odete (org.). Constituição federal, coletânea de legislação de direito ambiental. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 542.

28 BRASIL. *Resolução n. 09, de 03 de dezembro de dezembro de 1987*, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. In: MEDAUAR, Odete (org.). *Constituição federal, coletânea de legislação de direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 540.

processo de licenciamento em que o empreendedor compromete-se, perante a sociedade, com a execução das ações previstas nos programas apresentados nos estudos ambientais.

Não obstante, é preciso salientar que o Poder Público não está obrigado a realizar audiência pública, sendo esta uma faculdade do órgão ambiental, conforme se infere do disposto no art. 2º da Resolução CONAMA 09/87:

> Art. 2º - Sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinqüenta) ou mais cidadãos, o Órgão de Meio Ambiente promoverá a realização de audiência pública. [29]

Portanto, as audiências públicas não são obrigatórias, como etapa do licenciamento ambiental, mas poderão ter a sua convocação solicitada ao órgão ambiental por entidade legalmente constituída, governamental ou não, por cinqüenta pessoas ou pelo Ministério Público Federal ou Estadual, quando sua realização se torna obrigatória. Quanto a esse aspecto, destaca-se o artigo 85 do Código Estadual de Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul, o qual preceitua que uma vez solicitada a convocação da Audiência Pública pelos legitimados, a sua realização torna-se obrigatória para o órgão ambiental e a não observância desta providência eivará de nulidade o licenciamento ambiental.

A audiência pública, conforme prevista na legislação brasileira, não tem caráter decisório, já que não há votação quanto ao mérito do empreendimento, restringindo-se à finalidade de escuta pública e ao momento de controle da discricionariedade do poder público. [30] As atas das audiências públicas, assim como os documentos escritos e assinados que forem entregues ao presidente dos trabalhos da audiência, servirão de base, juntamente com o RIMA, para a análise e parecer final do órgão licenciador quanto à aprovação ou não do projeto. MACHADO afirma, porém, que: *"a audiência pública – devidamente retratada na ata e seus anexos – não poderá*

29 Idem

30 MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 82.

ser posta de lado pelo órgão licenciador, como o mesmo deverá pesar os argumentos nela expendidos, como a documentação juntada". [31]

Em que pese a ausência de um reconhecimento maior à importância da participação da população por meio das audiências públicas, uma vez que não existem mecanismos ou instrumentos que possam torna-la mais combativa e atuante, é preciso que sua realização seja desenvolvida de modo a permitir que os interessados tenham acesso às informações, bem como efetiva participação no procedimento. Conforme GAVIÃO FILHO:

> De nada adiantaria a realização de uma audiência pública formalmente perfeita se, sob o enfoque substancial, por exemplo, não se permitir acesso a todas as informações; não se dispuserem aos interessados todos os documentos; não se divulgar adequadamente a data e local de sua realização; não se designar a audiência pública em prazo razoável; não se permitir manifestação, oral ou por escrito, dos interessados ou não se permitir a juntada de documentos. [32]

É preciso considerar que é direito da sociedade participar na formulação e execução das políticas ambientais, bem como ter acesso a todas as informações necessárias para que possa se posicionar em relação às questões do meio ambiente. A temática ambiental implica no reconhecimento de que a sociedade já não pode mais ser considerada uma simples receptora dos atos e políticas públicas. Ademais, dada a complexidade da questão ambiental e a natureza difusa dos bens ambientais, não pode a administração pública pretender tutelá-la sem a gestão participativa da sociedade, o que, todavia, ocorre de modo freqüente, principalmente quando se trata ajustar interesses econômicos contrários à preservação do meio ambiente.

Constata-se, assim, que embora a legislação brasileira propicie a participação da população na gestão ambiental, por meio, por exemplo, da realização de audiências públicas quando um determinado empreendimento importar em significativo impacto ambiental, a sua eficácia ainda se mostra de reduzido alcance. Importa, por conseguinte, buscar estabelecer um espaço no qual a gestão das questões ambientais possa efetivamente partir de uma participação democrática.

---

31 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005. p. 254.

32 GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 106.

5. A gestão democrática do meio ambiente: a (re)construção do espaço público como alternativa à crise ambiental

Considerando que proteção do ambiente está a exigir uma gestão democrática, na qual todos os atores envolvidos – Poder Público, sociedade civil, cidadãos, empresas, etc. - devem participar da tomada das decisões que impliquem em impactos significativos ao meio ambiente, importando em riscos para a atual e as futuras gerações, é necessário que a esfera pública seja repensada no sentido de instaurar-se espaços dialógicos de participação popular. Isso significa afirmar a necessidade de um espaço público orientado pela renovação da idéia democrática, a qual, diante da emergência da crise ambiental, impõe o advento de uma cultura democrática instaurada a partir do reconhecimento do *outro.*[33]

Busca-se uma esfera pública na qual seja possível estabelecer a livre interação e a relação entre todos os atores sociais por meio de um encontro em que todos possam expressar suas opiniões e construir um espaço dialógico, cujo objetivo deve centrar-se no debate profícuo e consciente acerca das problemáticas ambientais. Esse espaço não está mais baseado sobre o distanciamento entre o Estado e os cidadãos, mas na interação direta entre todos os atores sociais, afirmando-se um novo caminho para a análise democrática.

Essa nova cultura democrática pode ser construída a partir da concepção habermasiana acerca do espaço público. Para HABERMAS,

> A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois, ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis.[34]

Segundo o autor, a esfera pública é uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões, sendo que, por meio dela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, condensando-se em opiniões públicas

33 TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 208.

34 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. V. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92.

relacionadas a temas específicos. [35] Em outros termos, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo.

O agir comunicativo constitui-se naquele em que um indivíduo, em sua ação, procura convencer outra pessoa de suas pretensões, o que só pode ser realizado mediante a fala. [36] *"Trata-se, portanto, de um tipo de ação orientada ao entendimento ou, em outros termos, à produção de consenso, o que pressupõe, ao contrário da ação estratégica, transparência no comportamento do agente"*. [37] [grifo do autor].

Observa-se, nesse sentido, a necessidade de busca pelo consenso, pois os atores sociais já não podem mais resolver isoladamente os seus problemas e os seus anseios, mas, ao contrário, necessitam do *outro*. E a relação que se dá entre os sujeitos é possibilitada pela comunicação, a qual permite aos atores negociar interpretações comuns da sua situação e sintonizar os seus respectivos planos de ação. Não se trata, dessa maneira, de um conceito simplificado de consenso, mas sim da percepção das singularidades dentro do conflito e da ambivalência presentes na esfera pública. Para que o espaço público tenha de fato condições de produzir consensos abrangentes, inclusivos, todos os mais variados argumentos devem ter sido postos em discussão, para que possa prevalecer o melhor.

A lógica da racionalidade comunicativa proposta por HABERMAS leva à conclusão de que o local no qual deverão se operar as relações comunicionais corresponde a um espaço de conflito e, paradoxalmente, de tomada de decisões, no qual se dá a interface entre o espaço público e o espaço privado. Esse novo espaço permite a organização da solidariedade e da identidade no interior do mundo da vida. No pensamento habermasiano, a esfera pública pode ser entendida:

> [...] enquanto ponto de encontro e local de disputa entre os princípios divergentes de organização da sociabilidade. Os movimentos sociais constituiriam os atores que reagem à reificação e burocratização dos domínios de ação estruturados comunicativamente. Eles defendem a

35 Idem, ibidem.

36 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 125.

37 Idem

> restauração das formas de solidariedade postas em risco pela racionalização sistêmica. [38]

VIEIRA destaca que, no modelo habermasiano, a esfera pública atua como *"instância mediadora entre os impulsos comunicativos gerados na sociedade civil (no 'mundo da vida') e as instâncias que articulam, institucionalmente, as decisões políticas (parlamento, conselhos)"*. [39]

Nessa perspectiva, o conteúdo normativo a ser considerado no meio social, não surge de um pretenso "substrato ético" de uma dada comunidade, nem de "direitos humanos universais", mas da estrutura das ações comunicativas. Valoriza-se a institucionalização de procedimentos e condições comunicativas aptas a reconhecer a soberania popular procedimentalizada e um sistema político ligado às redes periféricas da esfera política. Assim, a legitimidade do direito apóia-se num arranjo comunicativo enquanto participantes de discursos racionais, nos quais os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.

No que tange à questão ambiental, esta vem a configurar possíveis espaços na estrutura comunicacional do sistema jurídico, os quais irão efetivar a relação deste com o sistema social. Não se pode conceber um planejamento ambiental isolado da gestão democrática e dos seus respectivos processos decisórios, uma vez que se trata de uma crise que está a afetar as condições de vida de todos, indistintamente. Sendo assim, o ponto de convergência para os conflitos, reflexões e discussões ambientais centra-se na prática do agir comunicativo, o que, em outros termos, significa democratizar os processos decisórios ambientais.

Isso importa no reconhecimento de que a simples realização formal de uma audiência pública ou a simples apresentação de relatórios de impacto ambiental sem a sua discussão e sem a devida consideração dos atingidos não alcança a perfectibilização de uma gestão ambiental democrática. Sob a ótica ora apresentada, as informações

38 AVRITZER, Leonardo. *Além da dicotomia Estado/Mercado: Habermas, Cohen e Arato*. Novos Estudos CEBRAP, nº 36, p. 213-222, julho 1993. p. 217.

39 VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record, 2001. p. 87.

relativas aos problemas ambientais não devem ser apenas compartilhadas entre os cidadãos, mas internalizadas pelos mesmos por meio da ação comunicativa, o que os permite produzir uma relação direta com as demandas, anseios e pleitos dos diferentes grupos sociais.

Por isso, as audiências públicas, no que diz respeito ao meio ambiente, mais do que se prestarem a fornecer informações, esclarecimentos, dados e documentos sobre a matéria que será objeto de exposição para a comunidade interessada e atingida por um determinado impacto ambiental, devem permitir o agir comunicativo. Em outros termos, os cidadãos devem poder manifestar suas opiniões, apresentar propostas, soluções e alternativas, no intuito de permitir que a administração pública e os entes privados interessados na questão conheçam as perspectivas e visões das pessoas diretamente atingidas pelo empreendimento discutido na audiência pública.

O direito, nessa conjuntura, pode ter um papel importante se for capaz de avançar na sua concepção democrática e deixar de apresentar um caráter meramente regulatório e quantitativo no que tange ao meio ambiente. Mais do que audiências públicas e conselhos populares, é preciso reconhecer e fortalecer outros instrumentos de participação democrática, mediante os quais a população deve ser verdadeiramente informada e convocada a debater. De outra parte, o princípio democrático prescreve que só podem pretender validade legítima as leis que puderem contar com o consentimento de todos os cidadãos perante um processo discursivo de legislação.

Por fim, buscar a gestão democrática das questões ambientais na atual sociedade do risco implica numa tomada de atitude responsável de todos os atores sociais perante a vida, pois, de agora em diante, todos serão responsáveis pelas decisões que dizem respeito às condições de vida sobre o planeta. Trata-se de instaurar uma rede solidária que considere de maneira séria e consciente os riscos ambientais, o que, com efeito, resulta num comprometimento da sociedade para com o meio ambiente. Afinal, a proteção do ecossistema e da possibilidade de vida das gerações futuras converge, necessariamente, para mudanças radicais nas estruturas da sociedade organizada. E isso só pode se dar por meio de uma cidadania participativa, que compreenda a ação conjunta do Estado e da sociedade na proteção ambiental.

6. Considerações Finais

A dicotomia entre espaço público e espaço privado se transformou no transcurso histórico, sendo que, na contemporaneidade, verifica-se um estreitamento do seu significado. Na atualidade, público e privado tendem a se confundir de modo crescente ao mesmo tempo em que os significados e anseios comuns compartilhados pelos membros da sociedade são cada vez mais esquecidos.

Nesse contexto, a necessária discussão em torno da problemática ecológica está a exigir a retomada dos espaços nos quais esses significados comuns possam ser analisados e discutidos. Portanto, trata-se de (re)construir um espaço público enquanto local no qual seja possível estabelecer relações comunicacionais entre os diversos atores sociais, viabilizando-se os canais de discussão e de tomada de decisões.

Ressalta-se que, ao mesmo tempo em que esta nova esfera pública deverá corresponder a um local de conflitos, também deverá se constituir num ponto de encontro organizado entre os atores sociais, no qual se dará o debate e torno das diferentes opções e a avaliação dos prós e dos contras de cada decisão.

No que tange especificamente à questão ambiental, a (re)construção desse espaço é fundamental, uma vez que os problemas ecológicos dizem respeito às condições de vida de toda a comunidade e, por isso, a sua solução exige a realização de ações integradas entre os sujeitos sociais, os quais devem se sentir responsáveis pelas suas decisões. Com efeito, a solução isolada sobre essas questões já não é mais eficaz, pois o quê a crise ecológica está a exigir é uma mudança do próprio modo de vida da sociedade contemporânea, a qual deve estar ciente acerca das conseqüências de suas decisões. Tem-se, nesse sentido, que a (re)construção de um espaço público baseado sobre as relações comunicacionais entre os diversos atores sociais mostra-se como uma opção necessária para a realização na gestão ambiental democrática.

Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que se constata a abertura do direito ambiental brasileiro ao reconhecimento de instrumentos democráticos, como, por exemplo, quando exige a realização de audiências públicas nos casos em que há significativo impacto ambiental, também se constata o seu reduzido poder decisório e o

escasso conhecimento da população a seu respeito. Portanto, tais instrumentos ainda merecem uma maior atenção tanto por parte do Estado, como da própria sociedade, sob o entendimento de que o planejamento ambiental não pode ser feito de forma isolada de uma gestão democrática.

Diante de tal conjuntura, o Direito também deverá tornar-se capaz de orientar a formação de um espaço público dialógico, fortalecendo seus instrumentos democráticos. Para isso, deverá reconhecer a importância da participação da sociedade nos processos decisórios e incentivar a instauração de uma cultura democrática baseada sobre o reconhecimento do *outro.*

7. Referências:

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

AVRITZER, Leonardo. *Além da dicotomia Estado/Mercado*: Habermas, Cohen e Arato. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 36, p. 213-222, julho 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BAUMANN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas.* Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

BRASIL. Resolução n. 237, de 19 de dezembro de dezembro de 1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. In: MEDAUAR, Odete (org.). *Constituição Federal, coletânea de legislação de direito ambiental.* 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Resolução n. 09, de 03 de dezembro de dezembro de 1987, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA. In: MEDAUAR, Odete (org.). *Constituição Federal, coletânea de legislação de direito ambiental.* 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas:* ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

COHEN, J.; ARATO A. *Civil Society in Political Theory.* Mit. Press. Cambridge, 1992.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença:* Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Direito Fundamental ao ambiente.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política.* São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade.* V. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1988.
HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974. (Coleção Os Pensadores, v. XIV)
JACOB, Pedro. *Movimentos Sociais e Políticas Públicas.* São Paulo: Cortez, 1993.
LEAL, Renata.*10 ameaças e uma esperança.* Revista Época, São Paulo, n. 439, 16 de outubro de 2006. p. 44-45.
LEAL, Rogério. *Estado, Administração Pública e Sociedade.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 13.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005.
MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental:* as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
TELLES, Vera da Silva. *Espaço Público e Espaço Privado na constituição do social:* notas sobre o pensamento de Hannah Arendt. *Tempo Social,* São Paulo, v. 2. n. 1, p. 23-28, 1990.
TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução de Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996.
VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania:* a sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro; São Paulo: Editora Record.

ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL: UM NOVO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA A PARTIR DA SUA APROXIMAÇÃO COM A TEORIA DA JUSTIÇA AMBIENTAL

Fernanda de Salles Cavedon[*]

Ricardo Stanziola Vieira[**]

RESUMO

Este artigo tem como objeto o acesso à justiça ambiental, um novo enfoque construído a partir da aproximação entre as teorias do acesso à justiça e da justiça ambiental. Esta aproximação torna-se necessária a partir da constatação, por parte do movimento de justiça ambiental, de que grupos fragilizados na sua aptidão para o exercício da cidadania por questões socioeconômicas, étnicas e informacionais arcam com parcelas desproporcionais de custos ambientais e, ao mesmo tempo, enfrentam maiores barreiras de Acesso à justiça na defesa e proteção dos direitos socioambientais. Visa-se, assim, caracterizar a Justiça ambiental e os dilemas do Acesso à justiça em matéria ambiental para, então, identificar os seus pontos em comum e construir uma concepção mais ampla, denominada de Acesso à justiça ambiental. Parte-se da constatação de que o acesso à justiça é meio de operacionalização da justiça ambiental, disponibilizando as condições estruturais para garantir a distribuição eqüitativa de benefícios e custos ambientais, bem como de poder nos processos decisórios em matéria ambiental. Através da democratização do acesso à justiça, que compreende a possibilidade de inserção dos conflitos jurídico-ambientais nas esferas institucionais pelas camadas da sociedade menos favorecidas e organizadas, apontadas pela justiça ambiental como aqueles que arcam com uma parcela desproporcional de custos ambientais, pode-se angariar poder para defender interesses socioambientais. Por outro lado, deve-se considerar que o poder judiciário, se acessado amplamente e de forma eficaz, pode se configurar como uma via de conexão da coletividade com o sistema jurídico-ambiental, e este *input* trazido pelas demandas socioambientais da coletividade pode funcionar como uma forma de oxigenação e renovação do sistema, legitimando-o na medida em que garante esta via de acesso para o interior do sistema jurídico-ambiental. O acesso à justiça ambiental apresenta-se, assim, como uma proposta mais ambiciosa do que a concepção tradicional de Acesso à justiça, ao visar potencializar o acesso ao poder em matéria ambiental. É acesso ao sistema jurídico-ambiental, à possibilidade de inserir os conflitos jurídico-ambientais na esfera institucional e influenciar na conformação de sua decisão final, que deve se pautar pelos princípios da justiça ambiental. É ter acesso aos

[*] Mestre e Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Doutoranda em Direito Ambiental pela Universidad de Alicante, Espanha. Docente/pesquisadora em direito ambiental da UNIVALI.

[**] [1] Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente/pesquisador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, da disciplina de direito ambiental e desenvolvimento econômico.

meios informacionais e operacionais necessários para representar com eficiência os interesses ambientais e dispor de condições estruturais favoráveis ao exercício da cidadania ambiental. Refere-se à operacionalização da justiça ambiental, criando canais comunicativos entre os grupos fragilizados por questões socioeconômicas e informacionais e o sistema jurídico-ambiental.

PALAVRAS CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; JUSTIÇA AMBIENTAL; ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL; SISTEMA JURÍDICO-AMBIENTAL; CIDADANIA AMBIENTAL; DEMOCRACIA AMBIENTAL.

RESUMEN

Este artículo tiene como objeto el acceso a la justicia ambiental, un nuevo enfoque construido a partir de la aproximación entre las teorías del acceso a la justicia y de la justicia ambiental. Esta aproximación se vuelve necesaria a partir de la constatación, por parte del movimiento de justicia ambiental, de que grupos debilitados en su aptitud para el ejercicio de la ciudadanía por cuestiones socioeconómicas, étnicas e informacionales soportan parcelas desproporcionales de costes ambientales y, a la vez, enfrentan mayores barreras de Acceso a la Justicia en la defensa y protección de los derechos socioambientales. Se visa, así, caracterizar la justicia ambiental y los dilemas del acceso a la justicia en materia ambiental para, entonces, identificar sus puntos en común y construir una concepción más amplia, denominada de acceso a la justicia ambiental. Se parte de la constatación de que el acceso a la justicia es medio de instrumentalización de la justicia ambiental, disponiendo las condiciones estructurales para garantizar la distribución eqüitativa de beneficios y costes ambientales, bien como de poder en los procesos decisorios en materia ambiental. A través de la democratización del acceso a la justicia, que comprende la posibilidad de inserción de los conflictos jurídico-ambientales en las esferas institucionales por los grupos menos favorecidos y organizados, apuntadas por la teoría de la justicia ambiental como aquellos que soportan una parcela desproporcionada de costes ambientales, se puede conquistar poder para defender los intereses socioambientales. Por otro lado, se debe considerar que el poder judiciario, se accedido ampliamente y de forma eficaz, puede configurarse como una vía de conexión de la colectividad con el sistema jurídico-ambiental, y este input traído por las demandas socioambientales de la colectividad puede funcionar como una forma de oxigenación y renovación del sistema, que lo legitiman en la medida en que garantiza esta vía de acceso para el interior del sistema jurídico-ambiental. El acceso a la justicia ambiental se presenta, así, como una propuesta más amplia que la concepción tradicional de acceso a la justicia, al visar potenciar el acceso al poder en materia ambiental. Es acceso al sistema jurídico-ambiental, a la posibilidad de insertar los conflictos jurídico-ambientales en la esfera jurídico-institucional e influenciar directamente en la conformación de su decisión final, que debe pautarse por los principios de la justicia ambiental. Es tener acceso a los medios informacionales y operacionales necesarios para representar con eficiencia los intereses ambientales y disponer de condiciones estructurales favorables al ejercicio de la ciudadanía ambiental. En fin, se

refiere a la instrumentalización de la justicia ambiental, creando canales comunicativos entre los grupos debilitados por cuestiones socioeconómicas e informacionales y el sistema jurídico-ambiental.

PALABRAS LLAVE: ACCESO A LA JUSTICIA; JUSTICIA AMBIENTAL; ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL; SISTEMA JURÍDICO-AMBIENTAL; CIUDADANÍA AMBIENTAL; DEMOCRACIA AMBIENTAL.

INTRODUÇÃO

As discussões em torno do Acesso à justiça têm ganhado espaço não só no cenário jurídico, mas também quanto à sua repercussão política e social, devido a sua vinculação com o tratamento de conflitos e democratização das esferas decisórias. É neste contexto que BENJAMIN aponta o acesso à justiça como um dos "macro dilemas do mundo contemporâneo", destacando esta repercussão política e social, para além de suas implicações jurídicas, o que lhe elevaria à condição de direito econômico e social fundamental.[2] Assim, o Acesso à justiça é questão fundamental na superação de desigualdades e na democratização da justiça, na medida em que se configura como meio de empoderamento e autonomia dos grupos sociais e de sua inserção nas esferas decisórias, criando condições para que possam contribuir na conformação das decisões e, assim, influenciar a própria produção e interpretação normativa. Como coloca SANTOS, "o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica".[3] É neste contexto que a temática do Acesso à justiça se aproxima da teoria da justiça ambiental, a qual preconiza a distribuição eqüitativa de benefícios e custos ambientais, o igual acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios. Parte da constatação de que grupos fragilizados por questões socioeconômicas, étnicas e informacionais, que afetam a sua habilidade para o exercício da cidadania, arcam com uma parcela desproporcional de custos e riscos ambientais, sendo que os critérios para esta distribuição

[2] BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor.* p. 71-72.

[3] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* 3 ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 167.

desigual não são justificáveis racionalmente. Cabe, portanto, considerar em que medida as constatações decorrentes da teoria da justiça ambiental podem contribuir para uma revisão do significado e abrangência do Acesso à justiça, ampliando o seu escopo e, através da aproximação com a Justiça ambiental, construir-se uma nova concepção, denominada de Acesso à justiça ambiental.

1. CARACTERIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Houve uma ampliação do que se pode designar como acesso à justiça. Transpõe a mera garantia de acesso ao Poder Judiciário para abranger o compromisso com a prevenção e tratamento dos conflitos jurídicos dentro de certos parâmetros de justiça e igualdade. Representa um compromisso com a realização da democracia, visando a potencialização da inserção dos cidadãos nas esferas decisórias. Também atua na promoção da igualdade e da liberdade, ao visar iguais condições de garantia e proteção de direitos, bem como de autonomia e independência dos sujeitos no que se refere à sua atuação em busca de decisões para os conflitos de interesses que possam acarretar limitações aos seus direitos.

Acesso à justiça pode, assim, ser identificado com acesso à prevenção e tratamenmto de conflitos dentro de certos parâmetros de justiça, correspondendo ao acesso à garantia do exercício dos direitos inerentes à cidadania ambiental. É o que se depreende do entendimento de CAPPELLETTI e GARTH, ao disporem que o acesso à justiça determina duas finalidades básicas do sistema jurídico: "[...]o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".[4] BENJAMIN aponta um enfoque mais abrangente do acesso à justiça, entendido como concepção integral, que assume o seguinte significado:

> é acesso *ao Direito*, vale dizer, a uma ordem jurídica *justa* (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), *conhecida* (= social e individualmente reconhecida) e *implementável* (=efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os

[4] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

> sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas adiante analisadas: é nesta última acepção dilatada que *acesso à justiça* significa *acesso ao poder* [5]

É a concepção integral de acesso à justiça que se adota como conceito operacional para esta categoria, especialmente por sua proximidade com os preceitos da justiça ambiental. Isto porque pressupõe uma ordem jurídica justa, aqui entendida como aquela capaz de realizar a distribuição eqüitativa de riscos, custos e benefícios ambientais, bem como acesso ao poder no que se refere à conformação das decisões em matéria ambiental. Por outro lado, requer que esta ordem jurídica seja conhecida, refletindo o direito ambiental básico de acesso à informação. Relaciona-se, assim, à cidadania ambiental, ao preconizar que tal ordem jurídica deve ser implementável, superando-se possíveis barreiras que possam configurar um *déficit* de cidadania. Isto porque a cidadania ambiental requer a disponibilidade de mecanismos que viabilizem a consciência e o exercício dos direitos ambientais. E, por fim, porque tal acepção significa acesso ao poder, um dos núcleos centrais da justiça ambiental, que preconiza o empoderamento das comunidades, pela possibilidade de participação direta e qualificada nos processos decisórios, o que pressupõe dispor do poder de influenciar na conformação da decisão pública ambiental. Acesso à justiça significa, assim, acesso ao poder ao criar as condições estruturais necessárias ao exercício da cidadania ambiental, que propicie os meios adequados à prevenção e tratamento de conflitos jurídico-ambientais, tendo como parâmetro a Justiça ambiental.

3. JUSTIÇA AMBIENTAL: UM NOVO ENFOQUE PARA O ACESSO À JUSTIÇA

A justiça ambiental tem como foco central a distribuição eqüitativa de riscos, custos e benefícios ambientais, independentemente de fatores como raça, renda, posição social e poder; o acesso aos recursos ambientais e aos processos decisórios, em condições de igualdade de poder na conformação da decisão final. Para tanto, faz-se necessário a criação de condições estruturais favoráveis à organização e empoderamento da sociedade como sujeitos ativos do processo de gestão ambiental. Como conceito de justiça ambiental, destaca-se aquele firmado durante o Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental,

[5] BENJAMIN, A. V. H. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor.* p. 74-75.

Trabalho e Cidadania, realizado em Niterói, Rio de Janeiro, de 24 a 27 de setembro de 2001 e consolidado na Declaração de Princípios da Rede Brasileira de Justiça ambiental:

> Por justiça ambiental, [...], designamos o conjunto de princípios e práticas que: asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas; asseguram acesso justo e eqüitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país; asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito; favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso.[6]

Se a justiça ambiental se caracteriza por um tratamento eqüitativo no que se refere à distribuição de poder, riscos, custos e benefícios ambientais, atrelado à democratização dos processos decisórios, a injustiça ambiental configura-se como uma espécie de discriminação ambiental, ao impor a grupos já fragilizados por condições socioeconômicas, raciais e informacionais uma carga desproporcional de custos ambientais em comparação com os custos impostos à sociedade em geral. Emerge, assim, uma nova faceta da exclusão, entendida como exclusão ambiental, que reflete um *déficit* de cidadania, visto que o principal fator de exclusão é justamente a deficiência no exercício dos direitos ambientais de acesso à informação, participação pública nos processos decisórios e acesso à justiça em matéria ambiental. Verifica-se, assim, que justamente aqueles que enfrentam dificuldades para exercer a cidadania ambiental, são os que suportam a maior carga de custos e ricos ambientais e, conseqüentemente, necessitariam com mais freqüência e intensidade dispor de condições de acesso à justiça. Por outro lado, são também estes excluídos ambientais que enfrentam maiores barreiras de acesso à justiça.

4. ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL

[6] ACSELRAD, Henri ; HERCULANO, Selene ; PÁDUA, José Augusto. *A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução.* Em *Justiça Ambiental e Cidadania.* Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004. p. 14-15.

Os conflitos incidentes sobre o meio ambiente, marcados pelo caráter transindividual de seus titulares e pela indivisibilidade do bem objeto do direito protegido tornou necessário o desenvolvimento de instrumentos processuais adequado às peculiaridades da sua tutela na via judicial, e o estabelecimento de critérios de justiça para o tratamento dos conflitos jurídico-ambientais. É neste contexto que se destaca o movimento de acesso à justiça na esfera ambiental, visando garantir a realização dos direitos ambientais, não apenas pela disponibilização de instrumentos processuais adequados aos conflitos jurídico-ambientais, mas também pela busca de soluções comprometidas com a realização da justiça ambiental.

Deve-se considerar que o acesso à justiça em matéria ambiental tem incidência na eficácia do Direito Ambiental na medida em que contribui para garantir a implementação das normas ambientais. O acesso à justiça em matéria ambiental contribui para o fortalecimento da proteção jurídica do meio ambiente, ao garantir meios e instrumentos aptos a promover a implementação das normas ambientais. Esta relação entre melhoria do acesso à justiça e aumento da eficácia do Direito Ambiental tem seu foco na superação da valorização dos procedimentos e dos aspectos formais, para enfatizar a efetividade e os aspectos materiais.

O acesso à justiça em matéria ambiental foi reconhecido como um dos direitos ambientais básicos preconizados na Convenção de Aarhus, adotada em 25 junho de 1998, na Dinamarca, ao pretender que "o público, incluídas as organizações, tenham acesso a mecanismos judiciais eficazes para que os interesses legítimos sejam protegidos e para que se respeite a lei".[7] Deve-se considerar que esta Convenção representa um marco na consolidação da Cidadania Ambiental no continente europeu, ao qual está restrita, podendo, contudo, servir de subsídio para a análise do Acesso à justiça em matéria ambiental. A Convenção visa a contribuir para a superação das barreiras ao Acesso à justiça, especialmente no que se refere à capacidade das partes e às dificuldades inerentes à questão da legitimidade para ingressar em juízo, decorrentes da utilização de conceitos inadequados do processo civil. Neste sentido, estabelece a obrigação das partes em promover a educação

[7] CONVENÇÃO DE AARHUS. Disponível em <www.unece.org>. Acesso em 13 de abril de 2005. [Deseando que el público, incluidas las organizaciones, tengan acceso a mecanismos judiciales eficaces para que los intereses legítimos estén protegidos y para que se respete la ley].

ambiental e a conscientização a fim de que todos possam ter conhecimento das possibilidades de ingressar em juízo para a defesa dos interesses ambientais, bem como o reconhecimento e apoio às organizações de proteção ambiental, o que implica no reconhecimento de sua legitimidade para ingressar em juízo em defesa do meio ambiente.

4.1 As Barreiras ao Acesso a Justiça em Matéria Ambiental e sua relação com a Teoria da Justiça ambiental

Fatores externos ao ambiente jurídico podem influenciar a qualidade e a efetividade da representação dos interesses ambientais. Dentre estes fatores destaca-se o acesso à informação, grau de organização dos grupos e interesses, aparato jurídico-institucional disponível, disponibilidade de recursos financeiros e estratégias de ação adotadas. Este contexto afeta a possibilidade de igualdade entre as partes que representam interesses conflitantes, tendo como conseqüência o desequilíbrio de poder entre os interesses em tensão, dificultando a sua inserção e reconhecimento na esfera jurídico-institucional. Como destaca SANTOS, as barreiras de acesso à justiça são de natureza econômica, social e cultural.[8]

CAPPELLETTI e GARTH[9] apresentam como barreiras de acesso à justiça as custas judiciais, a possibilidade das partes e as dificuldades específicas no que se refere aos interesses difusos. No que se refere às custas, expande-se a concepção apresentada pelos autores, para abranger o custo atinente à representação adequada e eficaz de interesses. Mesmo na fase prévia de construção do conflito, são necessários recursos financeiros para organizar o interesse, obter informações, produzir provas, dentre outros. Deve-se considerar, ainda, o tempo a ser despendido na construção do conflito e a sua inserção na esfera jurídico-institucional. SALLES destaca que as medidas judiciais, bem como quaisquer medidas de proteção ambiental, são custosas, indo além da mera questão das custas judiciais e dos honorários advocatícios. Nomeia estes custos como custos de informação.[10] No que se refere às custas judiciais, cabe destacar que os dois instrumentos

[8] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* p. 168.
[9] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.*
[10] SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 127.

processuais disponibilizados para a tutela do interesse difuso ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a Ação Popular, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 5°, LXXIII, e regulada pela Lei n° 4.717/65, e a Ação Civil Pública, regulada pela Lei n° 7.347/85 são isentas de custas.[11] Porém, a isenção de custas não é suficiente para garantir o efetivo acesso, diante dos custos de organização, estruturação e inserção do conflito na esfera jurídico-institucional acima apontados.

Ainda no que se refere ao custo, é preciso considerar o fator tempo. Quanto maior o tempo de espera desde a inserção do conflito na esfera jurídico-institucional e sua resolução, maiores são também os custos. Este fator prejudica de forma mais direta os economicamente mais fracos que, no âmbito da justiça ambiental, são justamente os principais atingidos pelos danos ambientais.[12] Outra barreira é a possibilidade das partes, que se constitui por um conjunto de aptidões de caráter econômico, informacional e psicológico. A possibilidade das partes é o que define a distribuição de poder no âmbito do conflito jurídico-ambiental. Os recursos financeiros, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa e a diferença que se constitui entre litigantes habituais e litigantes eventuais são elementos que integram a concepção de capacidade das partes.[13] No que se refere aos recursos financeiros, deve-se considerar as vantagens de que gozam pessoas e organizações dotadas de tais recursos sobre os demais, pela possibilidade que têm de pagar pelo litígio e suportar o decurso de tempo até a decisão final. Está relacionada à possibilidade de construir argumentos e defender interesses com maior eficiência.

Relacionando a possibilidade das partes e as peculiaridades dos conflitos jurídico-ambientais, verifica-se que, de maneira geral, os interesses que se contrapõem ao interesse difuso ambiental, são decorrentes de atividades econômicas, representados por empresas e

---

[11] No que se refere à Ação Popular, a isenção de custas judiciais e ônus da sucumbência está expressa no art. 5°, inciso LXXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conforme segue: "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, **ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência**". (sem grifo no original)
Já no que se refere à Ação Civil Pública, dispõe o art. 18 da Lei n° 7.347/85: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais".

[12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* p. 20.

[13] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* p. 21-26.

grandes corporações. Portanto, estão em vantagem no que se refere à disponibilidade de recursos financeiros para suportar os custos inerentes à construção do conflito. O poder econômico influencia na capacidade de produzir e obter informações que subsidiem seus argumentos, especialmente ao se considerar que a verificação e comprovação de danos ambientais geralmente requerem a realização de perícias complexas, de custo elevado. Também os aspectos jurídicos do conflito jurídico-ambiental são diferenciados, tendo em vista as especificidades do Direito Ambiental, requerendo advogados especializados. No que se refere aos conflitos decorrentes de situações de injustiça ambiental, esta diferença fica ainda mais nítida, já que tais situações se caracterizam por uma distribuição desigual de vantagens e ônus ambientais. Portanto, os grupos que arcam com a maior parcela de custos ambientais do desenvolvimento econômico são justamente os que dispõem de menos condições financeiras de representar adequadamente o seu interesse ambiental lesado.

É a aptidão para reconhecer um direito e promover a sua defesa, entendida por CAPPELLETTI e GARTH como "capacidade jurídica", que representa o principal óbice à realização da Justiça ambiental por intermédio do Acesso à justiça, visto que, conforme informam os autores, "[...] se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação, meio e *status* social [...]".[14] Verifica-se que são justamente os grupos dotados de menos "capacidade jurídica" que suportam a parcela mais significativa de custos ambientais. Portanto, aqueles que mais necessitam de Acesso à justiça para fazer frente às situações de injustiça ambiental, enfrentam as maiores barreiras de acesso.

O primeiro passo para que se possa buscar o Acesso à justiça na defesa de um direito, é a possibilidade de identificá-lo como um direito passível de ser exigido na esfera jurídico-institucional. Por outro lado, não basta se reconhecer como titular de direitos e não ter conhecimento das possibilidades oferecidas para sua defesa. As dificuldades de acesso à informação para o reconhecimento e exercício de direitos é um dos fatores que levam à caracterização de um grupo como fragilizado no processo de distribuição de custos e benefícios ambientais. É por esta razão que se aponta a cidadania ambiental como pressuposto para a Justiça ambiental, especialmente no que se refere à distribuição eqüitativa de poder em matéria ambiental. O conhecimento dos direitos ambientais básicos

[14] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* p. 22.

e a possibilidade de exercê-los e defendê-los na esfera jurídico-institucional integram o conteúdo da cidadania ambiental.

Deve-se considerar que, relacionadas à falta de informações, estão condições psicológicas que podem se configurar como barreiras ao Acesso à justiça. Tais condições dizem respeito à disposição para fazer uso do aparato jurídico-institucional para a defesa de direitos. O formalismo, a linguagem própria do âmbito jurídico, o ambiente diferenciado e muitas vezes pomposo dos tribunais acabam por intimidar aqueles que não estão habituados com esse universo. No que se refere às demandas ambientais, destaca-se uma intensificação desta barreira, já que "é difícil 'mobilizar' as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais".[15] Aqui se enfatiza as dificuldades de representação do interesse difuso ambiental. Há mais empenho e disposição para a defesa de interesses individuais, da qual podem decorrer benefícios diretos e pessoais. Já os interesses difusos tendem a ser dispersos, de difícil organização, o que dificulta a sua representação, especialmente porque da sua defesa não decorrem vantagens pessoais.

Por fim, deve-se considerar as diferenças no que se refere às facilidades de Acesso à justiça e vantagens na condução do conflito entre os chamados litigantes habituais e litigantes eventuais.[16] Esta diferença se acentua nos conflitos decorrentes de injustiça ambiental, tendo em vista a configuração dos grupos atingidos (condição socioeconômica desprivilegiada, inaptidão para o exercício da cidadania ambiental, dificuldade de acesso ao poder e aos processos decisórios). Há, nestas situações, uma óbvia diferença entre as partes em conflito no que se refere à sua capacidade jurídica, especialmente a familiaridade com a esfera jurídico-institucional, já que o universo do Direito e, especialmente, do Poder Judiciário, faz parte do cotidiano das empresas e do próprio estado, mas, por outro lado, está muito distante da realidade da maioria dos cidadãos.

Também se deve enfatizam que os interesses difusos trazem problemas específicos de Acesso à justiça, especialmente pela indeterminação dos sujeitos titulares do interesse e indivisibilidade do seu objeto. Como grandes dilemas do Acesso à justiça em matéria de

[15] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* p. 24-25.

[16] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* p. 25. Os autores atribuem ao Professor Galanter a criação das expressões "litigantes habituais" e "litigantes eventuais" e o desenvolvimento da distinção entre ambos.

interesses difusos, pode-se destacar a questão da legitimidade para a defesa do interesse, já que não pertence exclusivamente a ninguém; a dificuldade em organizar o interesse, pela dispersão dos seus sujeitos; e a inexistência de vantagem direta e pessoal pela defesa do interesse difuso lesado. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a questão da legitimidade encontra-se, de certa forma, bem resolvida, tendo em vista que a Lei n° 7.347/85, que instituiu a Ação Civil Pública, instituiu em seu art. 5°[17] um rol amplo de legitimados para a sua propositura, incluindo-se as associações civis, o que, sem dúvida, configura-se como uma facilitação do Acesso à justiça, bem como uma extensão do exercício da cidadania ambiental na esfera judicial. Por outro lado, o cidadão, individualmente considerado, que não tem legitimidade para propor a Ação Civil Pública, pode fazer uso da Ação Popular, instrumento processual que também pode ser acionado para a proteção do interesse difuso ambiental. É neste sentido que LEITE e AYALA destacam:

> A organização do sistema brasileiro do acesso coletivo à justiça demonstra acurada sensibilidade no tratamento dos *estados difusos de conflituosidade*, superando o simples paradigma de proteção do *acesso objetivo* – que compreende o acesso direto aos órgãos de decisão – para aproximá-lo de um modelo integral de acesso coletivo à justiça, onde fosse privilegiada, também, sua *dimensão subjetiva*, autorizando o acesso direto de um complexo plural de sujeitos e atores sociais aos órgãos de decisão e aos processos de decisão.[18]

Porém, enfatizam a necessidade de atualização constitucional da Lei n° 7.347/85, visando adequá-la, especialmente no que se refere à legitimidade ativa, aos contornos republicanos da cidadania ambiental, fixados pelos arts. 1° e 225 do Texto Constitucional. Portanto, a qualidade difusa do bem ambiental requer a revisão do conceito de legitimidade que, frente à norma constitucional, deve ser ampla e irrestrita, ao garantir a titularidade coletiva do bem ambiental e o dever da coletividade de defendê-lo e preservá-lo. As barreiras ao Acesso à justiça elencadas, de acordo com BENJAMIN, podem ser de duas

---

[17] Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

l - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[18] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 173.

naturezas: objetivas e subjetivas. As barreiras objetivas relacionam-se com os riscos do processo em termos de custos, tempo e esforços necessários. Já as barreiras subjetivos referem-se aos óbices psicológicos do sujeito tutelado frente à linguagem e formalismos próprios do meio jurídico, a posição de superioridade econômica e informacional da outra parte, a falta de informação sobre as questões jurídicas, dentre outras.[19]

A natureza das barreiras apontadas demonstra que a possibilidade formal de acesso à justiça em matéria ambiental através da disponiiblização de instrumentos processuais de tutela coletiva não garante a sua efetiva utilização pelos titulares do bem ambiental. É preciso que os sujeitos de direitos ambientais tenham acesso à informação e estejam aptos a identificar as agressões ao meio ambiente como lesão a direito seu. Devem dispor de meios, materiais e informacionais, para fazer chegar à esfera jurídico-institucional os conflitos ambientais, cabendo ao juiz garantir a equalização das partes no conflito e a superação das diferenças de representação de interesse individuais e difusos. COLE e FOSTER apontam as dificuldades enfrentadas pelas comunidades menos favorecidas para participar e influenciar os processos decisórios e, portanto, em desenvolver habilidades suficientes para representar adequadamente os interesses ambientais. Por outro lado, reconhecem que informação e conhecimento são meios de empoderamento no âmbito dos processos decisórios, o que coloca tais comunidades numa posição de inferioridade nos conflitos jurídico-ambientais.[20]

Verifica-se uma relação intrínseca entre justiça ambiental e acesso à justiça, já que os grupos que arcam com uma carga desproporcional de custos e riscos ambientais pelas suas condições socioeconômicas, racial, informacional e de poder, são também, por óbvio, os que enfrentam maiores barreiras de acesso. CAPPELLETTI e GARTH enfatizam que as barreiras de acesso são maiores para os pobres, enquanto que as vantagens na defesa de interesses em conflito seriam dos litigantes organizacionais.[21] SANTOS corrobora com este entendimento, enfatizando as barreiras sociais e culturais, que também atingem com maior

[19] BENJAMIN, A. V. H. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. p. 108.
[20] COLE, Luke W.; FOSTER, Sheila R. *From de ground up – environmental racism and the rise of the environmental justice movement.* p. 109.
[21] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* p. 28.

intensidade os grupos menos favorecidos economicamente.[22] Verifica-se que em matéria ambiental há uma dupla intensificação das barreiras: as dificuldades inerentes à representação adequada dos interesses difusos de caráter ambiental, e a constatação de que as barreiras de acesso são maiores para aqueles que dispõem de menos recursos financeiros e informacionais, e que são, preferencialmente, os que arcam com a maior parte dos custos ambientais. Este é um fator determinante que deve ser especialmente considerado para a superação das barreiras de Acesso à justiça, e mesmo na própria construção do significado de acesso efetivo.

5. ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL: UM NOVO ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA EM MATÉRIA AMBIENTAL

O novo enfoque do acesso à justiça que se propõe corresponde a uma fusão das teorias sobre o acesso à justiça e a justiça ambiental que possuem em comum a constatação de que grupos fragilizados por questões socioeconômicas e informacionais, que afetam a sua aptidão para o exercício da cidadania, enfrentam maiores dificuldades no que se refere à defesa e representação de seus direitos e interesses. Justamente aqueles que arcam com uma parcela desproporcional dos custos e riscos ambientais, que são excluídos dos processos decisórios e do acesso aos recursos e benefícios ambientais e, portanto, que necessitam acessar e operar instrumentos jurídicos de maneira eficiente para reverter esta situação de injustiça ambiental são os que enfrentam maiores dificuldades de Acesso à justiça. Portanto, a discussão no que se refere ao Acesso à justiça em matéria ambiental deve incorporar a justiça ambiental.

Deve-se considerar que o efetivo acesso à justiça pode se configurar como uma importante estratégia para promover a justiça ambiental e, conseqüentemente, a democracia ambiental, ao propiciar aos grupos vitimados pela exclusão e desigualdade ambiental a possibilidade de influenciar os processos decisórios. COLE e FOSTER apontam a utilização de ações judiciais como parte da estratégia do Movimento de Justiça ambiental para influenciar a estrutura dos processos decisórios e garantir a sua inserção nos mesmos,

[22] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 170.

apesar de reconhecerem que a atuação na esfera judicial apresenta limitações para transformar o modo como as decisões em matéria ambiental são construídas.[23]

É neste sentido que se pode relacionar o Acesso à justiça em matéria ambiental com a consolidação de uma democracia ambiental. A possibilidade de representar adequadamente os interesses ambientais, de inserir os conflitos jurídico-ambientais na esfera jurídico-institucional e de participar na conformação de sua decisão final são condições indispensáveis à democratização dos processos decisórios. SANTOS, ao propor a criação de uma "nova política judiciária", capaz de promover a democratização do direito e da sociedade, destaca que "a democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política". Aponta duas vertentes desta democratização. Em primeiro lugar, verifica-se a necessidade de mudanças na própria constituição interna do processo, dentre as quais enfatiza a participação cidadã na administração da justiça, a ampliação dos poderes do juiz e a ampliação dos conceitos de legitimidade e interesse de agir. Em segundo lugar, destaca a democratização do Acesso à justiça.[24]

Democratizar o acesso à justiça em matéria ambiental significa criar possibilidades para que os vitimados pela desigualdade e exclusão ambiental possam representar adequadamente o interesse ambiental lesado, com a garantia de ampla participação nos processos decisórios, dispondo de instrumental informacional para influir na conformação das decisões referentes aos conflitos jurídico-ambientais. Significa dar iguais possibilidades de inserir tais conflitos na esfera jurídico-institucional, o que pode se configurar em um meio eficaz de empoderamento dos grupos atingidos por situações de injustiça ambiental. Assim é que a garantia do amplo Acesso à justiça pode possibilitar a inserção dos excluídos ambientais, pela disponibilização de instrumentos e espaços democráticos de gestão ambiental e de decisão de conflitos, capazes de restabelecer a proporcionalidade na distribuição dos custos e benefícios ambientais.

---

[23] COLE, Luke W.; FOSTER, Sheila R. *From de ground up – environmental racism and the rise of the environmental justice movement. From de Ground Up* – environmental racism and the rise of the environmental justice movement. Nova Iorque: New York University Press, 2001. p. 105.

[24] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. p. 177.

Portanto, entende-se que o acesso à justiça é uma prerrogativa da cidadania ambiental, já que os direitos ambientais que lhe são inerentes, para que sejam efetivos, requerem meios acessíveis de exercê-los e operacionalizá-los e, especialmente, promover a sua defesa quando lesados por injustiças ambientais. É neste sentido que acesso à justiça corresponde a acesso ao poder.

Cabe destacar o entendimento de PETTIT[25], de que a realização da democracia requer a possibilidade de contestação das decisões públicas. Não havendo contestabilidade, tais decisões correm o risco de se tornarem arbitrárias. Preconiza, assim, uma democracia inclusiva, pela qual se disponibilizam meios de fazer valer os interesses e idéias prejudicados por uma decisão pública. Através da contestação, cria-se a possibilidade de alteração da decisão pública ambiental que, sob qualquer forma, viole a justiça ambiental. Assim é que o acesso à justiça é também acesso à possibilidade de contestar as decisões públicas ambientais discriminatórias, que promovam desigual distribuição de ônus e benefícios ambientais. A contestabilidade das decisões públicas, como condição para que "a tomada de decisão satisfaça um determinado perfil democrático"[26], é também uma forma de empoderamento da sociedade civil.

Considerando-se o que afirma o movimento da justiça ambiental, de que os cidadãos já vitimados pela exclusão são, ao mesmo tempo, os principais afetados por danos ambientais, devem-se buscar meios de inclusão dos seus interesses e pretensões de ordem ambiental nas esferas institucionais decisórias. Partindo-se da hipótese de que estes cidadãos teriam dificuldades de inserir seus interesses e pretensões no processo legislativo de criação do Direito, pode-se considerar a possibilidade de garantir esta inserção através da decisão judicial, na sua dimensão criadora e transformadora. Assim, a possibilidade de acesso à esfera jurídico-institucional e consideração dos interesses de ordem ambiental da coletividade pela decisão judicial, pode levar ao entendimento desta como um instrumento de realização da democracia ambiental.

---

[25] PETTIT, Philip. *Democracia e contestabilidade.* Em MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003. p. 370-384.

[26] PETTIT, Philip. *Democracia e contestabilidade.* p. 371.

DWORKIN defende esta possibilidade, rebatendo as críticas de que a transferência de certo poder criador aos juizes poderia ser contrário ao ideal democrático. Neste contexto, expõe que

> Devemos também lembrar que alguns indivíduos ganham em poder político com essa transferência de atribuição institucional. Pois os indivíduos têm poderes na concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, que não têm na concepção centrada na legislação. Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los[27].

Assim, indivíduos e grupos cujos interesses não alcançam a esfera da produção da norma pelo Poder Legislativo ficando, portanto, sem representatividade e reconhecimento de seus interesses no âmbito dos textos legais, podem ver tais interesses e direitos realizados pela via judicial, considerando sua possibilidade de Acesso à justiça. Desta forma, a garantia do Acesso à justiça àqueles que, pela sua condição de exclusão dos processos decisórios e do acesso à informação, e pelas suas condições sócio-econômicas, são atingidos de forma desproporcional pelos danos ao meio ambiente, cria um canal de comunicação entre suas demandas e a esfera jurídico-institucional.

A partir do exposto, o acesso à justiça ambiental apresenta-se como uma proposta mais ambiciosa do que a concepção tradicional de Acesso à justiça, ao visar, de maneira genérica, potencializar o acesso ao poder em matéria ambiental. É acesso ao sistema jurídico-ambiental, à possibilidade de inserir os conflitos jurídico-ambientais na esfera jurídico-institucional e influenciar diretamente na conformação de sua decisão final, que deve se pautar pelos princípios da justiça ambiental. É ter acesso aos meios informacionais e operacionais necessários para representar com eficiência os interesses ambientais, é dispor de condições estruturais favoráveis ao exercício da cidadania ambiental. Enfim, refere-se à operacionalização da Justiça ambiental, criando canais comunicativos entre os grupos fragilizados por questões socioeconômicas e informacionais e o sistema jurídico-ambiental. E esta operacionalização da Justiça ambiental requer condições estruturais e instrumentos operacionais igualmente acessíveis a todos, capazes de restituir a igualdade na distribuição de custos, benefícios e poder em matéria ambiental. Por fim, representa a possibilidade de

[27] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Marins Fontes, 2000. p. 31.

inserção na esfera jurídico-institucional de interesses e demandas de ordem ambiental, garantindo-se a distribuição eqüitativa de benefícios ambientais, de poder nos processos decisórios e de acesso à qualidade ambiental, promovendo a construção participativa e democrática das decisões dos conflitos jurídico-ambientais, que reflitam as aspirações do mundo da vida, garantindo-se a sua legitimidade e o seu caráter democrático.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

6.1 Os conflitos jurídico-ambientais apresentam peculiaridades que geram a intensificação das barreiras de acesso à justiça, especialmente ao se considerar o acesso à justiça a partir de uma perspectiva mais ampla de acesso ao poder, não se restringindo ao acesso ao Poder Judiciário e a mecanismos processuais de tutela ambiental.

6.2 Faz-se necessário uma aproximação entre as teorias do acesso à justiça e da justiça ambiental, já que esta última explicita que grupos fragilizados por questões socioeconômicas, étnicas, informacionais e de acesso ao poder arcam com parcelas desproporcionais de custos ambientais e, conseqüentemente, enfrentam maiores barreiras de Acesso à justiça. Explicita-se, assim, que fatores sociais, econômicos, políticos, étnicos e culturais influenciam nas possibilidades e na configuração do Acesso à justiça.

6.3 A realização da justiça ambiental, capaz de restabelecer a equidade na distribuição de custos, benefícios e poder em matéria ambiental, necessita de condições estruturais que a favoreçam, que estão relacionadas à possibilidade de Acesso à justiça, derivando daí a expressão acesso à justiça ambiental. O acesso à justiça é, portanto, meio de operacionalização da justiça ambiental.

6.4 O acesso à justiça ambiental pode proporcionar aos grupos fragilizados por questões socioeconômicas, étnicas e informacionais poder de emancipação e empoderamento, tendo na possibilidade de inserção de suas demandas na via judicial uma estratégia de defesa dos direitos ambientais e de influência nas decisões ambientais capazes de direcionar políticas públicas e promover a reinterpretação do sistema jurídico-ambiental a partir da lógica da Justiça ambiental.

7. REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri ; HERCULANO, Selene ; PÁDUA, José Augusto. *A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução.* Em *Justiça ambiental e Cidadania.* Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fundação Ford, 2004.

BENJAMIN, Antonio V. H. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico* – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Em MILARÉ, Édis (Org.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COLE, Luke W.; FOSTER, Sheila R. *From de ground up – environmental racism and the rise of the environmental justice movement. From de Ground Up* – environmental racism and the rise of the environmental justice movement. Nova Iorque: New York University Press, 2001.

CONVENÇÃO DE AARHUS. Disponível em <www.unece.org>. Acesso em 13 de abril de 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Marins Fontes, 2000.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

PETTIT, Philip. *Democracia e contestabilidade.* Em MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade.* São Paulo: Landy, 2003. p. 370-384.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* 3 ed. São Paulo: Cortez, 1997.

A SOCIEDADE CIVIL NA IDENTIFICAÇÃO DOS OBJETOS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL

Jeferson Nogueira Fernandes*

RESUMO

Este artigo jurídico trata da identificação dos objetos a serem submetidos ao licenciamento ambiental municipal e tem por objetivo legitimar a atuação da Sociedade Civil conjuntamente com o Poder Público nesta identificação. Em sua elaboração foi utilizado o seguinte material: textos doutrinários, julgados e legislação nacional pertinente. A conclusão indica que: cabe a sociedade civil participar através dos conselhos de políticas públicas da identificação dos objetos a serem submetidos ao licenciamento ambiental municipal, vez que tal procedimento administrativo interfere em direitos fundamentais do homem.

PALAVRAS-CHAVE: DEMOCRACIA, SOCIEDADE CIVIL, LICENCIAMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL

RIASSUNTO

Questo articolo legale si occupa dell'identificazione degli oggetti da presentare ad autorizzare ambientale municipale ed ha affinchè l'obiettivo legitimize insieme le prestazioni della società civile con il potere pubblica in questa identificazione. Nella relativa elaborazione il seguente materiale è stato usato: legislazione nazionale giudicato e pertinente doctrinal dei testi. La conclusione indica quella: le misure civili della società da partecipare con il consiglio della politica pubblica dell'identificazione degli oggetti da presentare ad autorizzare ambientale municipale, tempo che tale procedura amministrativa interviene con i diritti di base dell'uomo.

CHIAVI DI PAROLE: DEMOCRAZIA, SOCIETÀ CIVILE, AUTORIZZARE AMBIENTALE MUNICIPALE.

* Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Campos, Pós Graduado em Direito e Gestão Ambiental, Advogado

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo estudar a participação da Sociedade Civil nas decisões políticas dos Estado visando uma atuação participativa na gestão pública, principalmente na identificação dos objetos a serem obrigados a se submeter ao licenciamento ambiental municipal.

Para desenvolver o estudo inicialmente abordamos o conceito de democracia, observando como o povo está inserido na sua formação legitimando o governo posto demonstrando uma diferenciação dos governos autoritários e ditatoriais. Ainda neste capítulo apresentamos a democracia como sendo um direito fundamental do homem, tendo em vista a importância da participação nos processo políticos que irão influenciar na sua vida.

Posteriormente no segundo capítulo será estudado o exercício democrático pelo povo, as formas de participação no processo democrático e as principais características de cada forma de exercício e o grau de atuação do povo nas decisões políticas do Estado.

No último capítulo iremos abordar o conceito de sociedade civil e a sua atuação na identificação dos objetos a serem submetidos ao licenciamento ambiental em especial o municipal, sob a justificativa que a sociedade que deve optar sobre o desejo de intervir nas qualidades ambientais do Município, tendo em vista ser o local onde se desenvolve sua vida.

2 A DEMOCRACIA

A democracia é o desenvolvimento da forma de convívio dos homens, sendo aperfeiçoado com o tempo, estando intimamente ligado aos direitos fundamentais do homem, pois quanto mais direitos fundamentais consagrados mais efetiva é a democracia.

Estados totalitários e ditatoriais, no qual o homem não tem consagrados direitos essenciais, ou estes são extremamente relativizados, não podem ser considerados como Estados democráticos, pois não concretizam os direitos fundamentais do homem.[1]

[1] BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

Para concretização desses direitos fundamentais, necessita-se de uma "sociedade aberta do futuro, em uma dimensão de máxima universalidade"[2], devendo a sociedade participar das decisões que vão influenciar seus direitos e principalmente a sua existência digna.

A democracia na verdade é muito mais ampla do que um sistema político de um Estado "é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história"[3]. Acreditamos que a única forma legítima de se relativizar direitos fundamentais em um Estado é através de seu povo, vez que tais direitos fazem parte de sua vida digna, são direitos inerentes ao ser humano. É um sistema de convivência e tolerância no modo de vida. Conforme aduz José Afonso da Silva:

> Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes.[4]

Este poder político que na verdade regular o modo de vida dos cidadãos advém de um poder com origem na sociedade no qual impõem interesses maiores, intervindo no poder administrativo que o Estado tem. São "interesses superiores, que podem ser defendidos de modo mais ou menos racional; pode-se, pois, conceber o "poder político" como uma forma de poder social abstrato duradouro, que permite intervenções no "poder administrativo""[5], sendo o poder político uma construção do poder da sociedade e que para ela deve existir.

Observa-se que na democracia o poder está no povo, através da sua vontade este de aponta a forma de deve ser exercitado o poder, sendo o representante mero interlocutor da vontade do povo. A democracia é a existência de um vínculo entre o povo e o poder, no qual sem este os regimes são opostos à democracia, demonstrando que o povo em pouco ou em nada pode influenciar no poder, apresentando-se como

[2] BONAVIDES, PAULO. Op. cit., p. 571.
[3] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 126.
[4] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 126.
[5] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre a facticidade e validade, v. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 11.

regimes autoritários, no qual o poder emana de poucas ou simplesmente de uma pessoa.[6]

Habermas analisando Werner Becker visualiza que a democracia se legitima pela estabilidade. Assim a autoridade que encontra-se estável em sua posição está também legitimada pelo povo para estar naquele lugar, ocupando aquele poder. Com isso o poder estabilizado é um poder legitimado, podendo até aceitar regimes ditatoriais legítimos, vez que este poder emanado por um ditador encontra-se estabilizado pela vontade do povo.[7]

Tal idéia nos apresenta que a democracia deve estar fundamentada na vontade do povo escolher a condição de vida que deseja, sendo a expressão da vontade da coletividade pelo modelo de poder que aceita que intervenha na sua vida, seja este modelo no qual o povo venha a participar efetivamente das decisões ou simplesmente que legitime a permanência de um poder, não tendo influência na formação de suas normas.

Acreditamos, que este governo no qual o povo simplesmente participa do poder legitimando a autoridade posta, e não exercita o poder na formação das normas que vão reger suas vidas, ainda sim é um governo para o povo, desde que este modelo venha a respeitar os direitos essenciais do homem, ele é um governo que busca libertar o homem do autoritarismo garantindo uma segurança através do ordenamento jurídico, estando sempre o povo acima da autoridade que cria o ordenamento, vez que sua legitimidade esta na tolerância do povo.

Diferentemente de um governo autoritário e ditatorial, no qual os direitos essenciais não são respeitados, estes podem até ser legítimos pela estabilização dada pelo povo, mas nunca serão democráticos, vez que não libertam os homem das decisões autoritárias e o ordenamento se demonstra inseguro e insuficiente para garantir o mínimo de existência digna. Assim nem todo o poder legitimado pelo povo é um poder democrático.

Segundo Habermas, para Becker a democracia caminha através das eleições, no qual ocorre os combates partidários e a proclamação pela maioria, as normas que conduzem as eleições é que formam o processo democrático de obtenção do poder de forma pacífica. Os partidos detentores do poder têm como dever manter as normas

[6] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.133.

democráticas, permitindo a existência da oposição através da atividade política dos outros partidos, que não são poder, e dos cidadãos, desde que este não vislumbrem a aquisição do poder, infligindo o próprio ordenamento democrático, buscando o poder através da violência. Da mesma forma os partidos que perdem o poder ou não alcançam a maioria suficiente devem respeitar o resultado do pleito e não impedir a ocupação do poder pelos vencedores, através de meios e formas violentas e ilegais. Seguindo esta condução estará permitindo a mudança pacífica do poder segundo a vontade do povo.[8]

A democracia está intimamente ligada a escolha das maiorias, sendo o governo exercido por estas, pois se existir o contrário, democracia não é, mas sim uma oligarquia, quando o poder supremo encontra-se nas mãos de poucos. "A democracia, porém apenas existe quando os cidadãos livres e pobres, constituindo a maioria, são donos do governo; e para que exista oligarquia, é necessário que a soberania pertença a uma minoria de ricos e pobres".[9]

Acreditamos que a democracia não existe somente quando há uma maioria de pobres no poder, não devemos diferenciar se a maioria no poder é de pobres ou de ricos, vez que um dos pressupostos da democracia, atualmente, é a igualdade entre os cidadãos. Na verdade na democracia todos são iguais, o governo é para todos sejam ricos ou pobres.

> O primeiro tipo de democracia é a que tem a igualdade como base. Nos termos da lei que regula essa democracia, a igualdade vem a significar que os ricos e os pobres não possuem privilégios políticos, que tanto uns como os outros não são soberanos de um modo exclusivo, e sim que todos o são precisamente em igual proporção.[10]

Evidente que a igualdade entre ricos e pobres não pode ser vista como uma igualdade formal na qual todos são iguais e as necessidades dos pobres e dos ricos são as mesmas. Nesta igualdade deve existir uma diferenciação no tratamento do governo entre pobres e ricos, mas esta diferença deve existir na busca efetivação dos direitos consagrados para todos, vez que entre pobres e ricos existe uma situação diferenciada

---

[7] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 12.
[8] HABERMAS, Jürgen. Op. cit. 13.
[9] ARISTÓTELES. Política, São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 177.
[10] ARISTÓTELES. Op. cit., p. 180

que deve ser tratada de forma diferente para que possa ter uma isonomia entre eles[11]. É límpidos que os ricos conseguem efetivar seus direitos de uma forma muito mais eficaz do que os pobres, daí a necessidade do Estado intervir para que os pobres também consigam efetivar seus direitos. Assim tanto pobres como ricos tem o direito de alcançar o poder através da maioria dentro do processo democrático de obtenção de poder.

Observamos que a igualdade e também a liberdade são valores essenciais para a existência de uma democracia, vez que o povo deve ser livre para poder decidir quem irá representa-lo ou livre para participar das decisões necessárias do Estado para a satisfação do próprio povo e a igualdade, conforme explicitamos acima, vez que somente se pode ter uma democracia através de uma igualdade entre os membros do povo "e quanto mais pronunciada será a democracia quanto mais se avança na igualdade".[12]

Ponto interessante é que a representação democrática pela maioria não é uma essencialidade para a democracia, vez que esta maioria é uma técnica para a tomada de decisões, na busca do interesse geral. Tal técnica pode ser modificada sem influenciar na democracia, pois como trata-se de uma técnica pode surgir outras de melhor adequação. [13]

Importante ressaltarmos que esta maioria está relacionada com os agentes governamentais que irão representar o povo e não com o processo de escolha dos representantes, vez que são escolhidos os representantes através da decisão da maioria do povo nas eleições.

Assim a democracia é um processo de concretização dos direitos fundamentais, no qual se complementam com valores a cada momento histórico, sendo um eterno e contínuo processo de aperfeiçoamento da sociedade, garantindo ao povo a realização dos direitos essenciais do homem.

---

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed, 14ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 12 –13.

[12] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.129.

[13] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.130.
Mas, precisamente porque não é princípio nem dogma da democracia, senão mera técnica que pode ser substituída por uma mais adequada, é que se desenvolveu a da representação proporcional, que amplia a participação do povo, por seus representantes, no poder. Mesmo assim o elemento maioria é amplamente empregado nos regimes democráticos contemporâneos.

3 O EXERCÍCIO DO PODER DEMOCRÁTICO

O povo exercita o poder democrático influenciando no caminho em que o Estado será governado, dentre os modelos de exercício de poder, podendo encontrar situações de maior ou menor participação popular na tomada de decisões políticas do Estado na vida comunitária.

Todas as formas de exercícios hão de ter por objetivo a efetivação de direitos essenciais do povo e com isso a formação de um Estado democrático de direito social, no qual atua de forma igualitária entre seus sujeitos, transformando-se em um Estado com dever constitucional de concretizar normas programáticas, mantendo uma interligação com a Sociedade para a realização do dever constitucional, afastando-se da figura do Estado Democrático liberal no qual as normas apresentavam uma aparente harmonia e a Sociedade encontrava-se em um plano separado do Estado, vez que este tinha o dever de garantir os direitos defendidos pela teoria liberal, e não objetivavam a concretização de direitos sociais, afastando-se dos valores e princípios, alcançando um formalismo inconsistente.[14]

Dentre os modelos de exercícios de poder democrático pelo povo podemos destacar o surgimento da democracia direita, indireta ou representativa e a semidireta.

3.1 Democracia direta

Na democracia direta o povo exercita o poder democrático de forma direta sem representante, ele que elabora as leis, administra e julga. O povo exerce todos os poderes ao mesmo tempo.

Originada da antiga Grécia, a democracia direta era exercida pelo povo através da ágora, no qual os cidadãos absorviam totalmente as causas do Estado, sendo próximo de uma abdicação da vida civil em prol da vida pública.[15]

Na verdade na Grécia antiga a definição de povo era vista como a de homens livre, no qual não era sua maioria, pois os escravos representavam grande parte

---

[14] BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional, Op. cit., p. 372-380.
O Direito Constitucional do Estado liberal, em nome da juridicidade, podia assim elevar-se a posições extremas de formalismo, as quais, despolitizando o Direito, instauravam uma neutralidade aparentemente absoluta, mas em verdade impossível, perante o substrato ideológico das instituições.

[15] GOULART, Clovis de Souto. Formas e Sistemas de Governo. Uma Alternativa para a Democracia Brasileira, Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 88.

da população, não sendo este tipo de democracia direta como sendo o modelo ideal de exercício do poder democrático pelo povo, mas sim exercido pela pequena aristocracia da época.

> Mas a democracia ateniense – para nos referirmos apenas ao Estado-cidade que mais se notabilizou pela prática do governo direto – conforme já observamos em outro momento, não foi, a rigor, "democrático", pelo menos na acepção moderna do termo, como governo do povo, posto que a maioria era escrava e, nesta condição, nenhuma participação tinha no exercício do poder.[16]

Atualmente cada vez mais se vê necessário a participação direta do povo nas decisões do Estado não no formato da democracia direta, mas em determinadas matérias o povo deve exercer o poder soberano, mesmo com algumas dificuldades territoriais é eminentemente importante a participação do povo, mas não de forma totalitária, mas sim em momentos e matérias específicas, pois conforme Bobbio[17], o cidadão total aos deveres estatais e tão perigo quanto o Estado totalitário.

3.2 Democracia indireta ou representativa

Na democracia indireta ou também chamada de democracia representativa, o povo elege seus representantes, que passam a responder em nome dele para administrar o conduzir o Estado na efetivação dos direitos.

Os parlamentos medievais configuram-se como verdadeiros nascedouros da democracia representativa, vez que nestes existiam a participação política popular, pois eram constituídos de três estados: nobreza, clero e burguesia. Esta última por ser altamente numerosa intervia nos parlamentos através de representantes eleitos da vontade dos burgueses.[18]

Este modelo é formado pela conjunção de diversas instituições que tem por objetivo organizar a participação popular no exercício do poder democrático pelo povo.

---

[16] GOULART, Clovis de Souto. Op. cit., p. 88

[17] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo, 6º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 42.
Mas o indivíduo rousseauniano conclamado a participar da manhã à noite para exercer os seus deveres de cidadão não seria o homem total mas o cidadão total (como foi chamado com evidentes intenções polêmicas por Dahrendorf). E, bem vistas as coisas, o cidadão total nada mais é que a outra face igualmente ameaçadora do estado total.

[18] GOULART, Clovis de Souto. Op. cit., p. 93.

Necessário a existência de direitos políticos para os sujeitos integrantes do Estado e o fortalecimento da cidadania no povo, para que o mesmo possa saber quais os direitos necessitam ser concretizados e quem os representariam para o alcance desses direitos. Não se trata unicamente de uma escolha de um representante é no momento da escolha, através das eleições, que o povo dá a orientação que deseja para o Estado, no qual pode ter uma política social avançada ou liberal atrasada.[19]

Atualmente é evidente que este modelo democrático de exercício de poder pelo povo é insuficiente para suas necessidades, vez que não existe um vínculo posterior entre o representante e o representado após o processo eleitoral, aquele na maioria das vezes não corresponde às expectativas lançadas sobre ele, pois não concretiza os direitos necessários dos cidadãos.

> O desvanecimento do poder representante do cidadão, limitado no seu poder de escolha do mandatário, e a liberdade do mandatário, agindo sem vínculo com a representação, agravam a falência da democracia representativa tanto mais quanto outros órgãos, organismos, instituições e entidades, sem raízes na vontade popular, sem pouso na soberania do voto e sem legitimidade.[20]

A característica não imperativa dos mandatos representativos, surgiu na atualidade, vez que no período medieval, como dito acima, os representantes dos burgueses tinham poderes delimitados e nas matérias nas quais os poderes não tinham sido expressamente concedidos, os mesmo deveriam ouvir as bases. Sendo verdadeiros representantes da vontade do eleitor.[21]

Essa separação entre representantes e representados que surgiu com na atualidade e que vem desestruturando o modelo da democracia representativa é amenizada pela inclusão de instituições[22] que tentam influenciar os mandatários na

[19] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.137-138.
[20] COSTA, Juliana Pedrosa. Gestão Democrática das Cidades, Revista de direito Municipal – RDM, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, nº 13, p, 81-102, jun/set. 2004, p. 88.
[21] GOULART, Clovis de Souto. Op. cit., p. 93.
[22] Dentre as instituições influenciadoras podemos citar as associações comunitárias, os sindicatos, a imprensa que tem o dever de informação ao povo sobre os acontecimentos e a demonstração dos anseios do povo para com seus representantes e de grande importância os partidos políticos que tem a função de exigirem de seus filiados a correspondente conduta programática na qual o povo se vincula na sua escolha, sendo necessário a fortificação da fidelidade partidária e a definição do verdadeiro detentor do mandato representativo, conforme fez o TSE, através do julgamento da consulta nº 1398/2007 que

tomada de suas decisões políticas, tentando diminuir os espaços existentes e conduzir as decisões segundo a vontade popular.[23]

Atualmente esse modelo de exercício democrático pelo povo no qual elege seus representantes, vem se tornando insuficiente para os anseios da sociedade, vez que como já dissemos não há uma ligação, uma imperatividade entre o representante e o representado, o que gera uma forte desconfiança na verdade.

Possivelmente uma solução para a permanência legítima desta forma de democracia e do retornou da confiabilidade da representação dentro do modelo atual das Constituições que adotam a democracia representativa é a participação efetiva da sociedade na tomada de algumas decisões que possam interferir em seus direitos e principalmente na sua qualidade de vida.

Não estamos aqui propondo uma forma democrática na qual em certas matérias os cidadãos poderão legislar e agir na forma da democracia direta, mas seria através da inclusão da vontade de grupos da sociedade que estejam organizados para decidirem politicamente. Necessário é a existência de um espaço dentro da democracia representativa na qual a sociedade possa deliberar sobre a concretização de seus direitos.

Evidente que nesta forma deve prevalecer princípios dominantes da democracia para que não desvirtuemos a democracia e principalmente o modelo de democracia representativa, no qual figura o povo como titular do poder político, que as leis devem ser feitas pelos representantes no parlamento, eleitos pelo povo e que deve existir a substituição de tempos em tempos dos representantes do povo no parlamento.[24]

3.3 Democracia semidireta

Através do exercício do poder pelo povo, que é seu titular, de forma mista com participações diretas e também com as características da democracia representativa surge a democracia semidireta, que vem a ser a democracia representativa com instrumentos de exercício direto da cidadania.

A cidadania se exerce através de alguns institutos no qual o próprio cidadão em nome próprio independente de representante eleito seja do parlamento ou de algum

---

reconheceu sendo do partido político o mandato representativo e não do sujeito que representou o partido nas eleições.

[23] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.140-141.

tipo de grupo no qual faça parte, pode pleitear direitos a serem concretizados em um Estado de Direito.

Podemos observar que a democracia semidireta é na verdade um nascedouro da atual democracia participativa, conforme aduz José Afonso da Silva: "As primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituições de participação indireta(...)"[25].

Estas instituições de participação direta são consagradas na Constituição Federal do Brasil de 1988, como a iniciativa popular, o referendum, o plebiscito e a ação popular.

A utilização destes instrumentos é necessário para o povo em momentos de grande relevância, no qual mesmo quando representados, eles tem o direito de manifestar sua vontade diretamente e a finalidade deste instrumentos é fazer com que o titular do poder exerça diretamente o seu poder, muitas das vezes como uma das formas de salvaguardar a forma representativa.[26]

No Brasil a adoção desta forma de democracia e da participação do povo nas decisões políticas do Estado veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 1º consagrou que o povo exerce o poder através de seus representantes ou diretamente.

A forma de democracia existente no Brasil quanto ao exercício do poder pelo seu titular demonstra uma possibilidade de atuação ativa do cidadão nas decisões políticas do Estado quanto à utilização dos institutos democráticos de participação, mas quanto à representatividade seja parlamentar ou de grupos organizados necessita ampliar a influência do povo nas decisões.

Dentre as possíveis formas de influência nas decisões políticas do Estado podemos vislumbrar a efetivação dos conselhos de políticas públicas no qual tem em sua formação a participação da sociedade civil e o poder público na busca a concretização dos direitos sociais.

---

[24] GOULART, Clovis de Souto. Op. cit., p. 96-97.

[25] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.141.
Se, de um lado, se consolida o pensamento de que o Estado moderno, por razões múltiplas que vão desde a extensão territorial e densidade demográfica, até a complexidade dos encargos de governo, tornou-se inviável a democracia direta (nada obstante o caso isolado de cantões suíços), de outro, surge o convencimento de que é possível, com a criação e exercício de alguns instrumentos de atuação popular.

[26] GOULART, Clovis de Souto. Op. cit., p. 99.

4. A SOCIEDADE CIVIL NA GESTÃO DEMOCRÁTICA: A IDENTIFICAÇÃO DOS OBJETOS DO LICENCIMENTO AMBIENTAL MUNICIPAL.

Nesta parte do estudo iremos apresentar a formação de uma democracia representativa através da atuação da sociedade civil organizada nas decisões políticas em âmbito municipal, especialmente na identificação dos objetos a serem submetidos ao licenciamento ambiental municipal.

Ressalta-se que a participação dos representantes da sociedade civil nas decisões políticas do Município ou de qualquer outro ente da federação não traduz uma democracia participativa, mas sim uma democracia representativa na qual o povo também é representado por grupos organizados, que interverem na condução do Estado de forma diferenciada ao da representação parlamentar. Conforme aduz José Afonso da Silva: "O Princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo"[27].

É uma forma de atuação da sociedade civil na condução do ente federativo conjuntamente com o poder público de forma paritária[28] na efetivação de direitos necessários para a sociedade.

A formalização desta atuação tem sido feita através dos conselhos de políticas públicas, no qual tem deveres próprios na condução dos entes públicos.

4.1 A participação da Sociedade Civil na gestão das políticas públicas

Inicialmente vamos identificar a sociedade civil dentro do Estado, vez que atualmente ela tem uma conceituação diferenciada, pois anteriormente a sociedade civil era constituída por um sistema de necessidade voltado para o trabalho e para o comércio, intimamente ligado à economia e aos direitos privados.[29]

Atualmente a sociedade civil é um espaço no qual as associações ou grupos organizados absorvem as questões sociais, as necessidades essenciais que o povo carece que sejam efetivados.

Evidente que cada associação ou grupo organizado vislumbrar com mais facilidades as carências dos direitos sociais inerentes aos seus objetos de atuação, mas a

[27] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.141.
[28] KRELL, Andreas Joachim. Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais. In: KRELL, Andreas Joachim. A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 164.
[29] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 99.

discussão para a solução dos problemas e tomada pela reunião dos diversos grupos independente se este ou aquele grupo atuam no mesmo objeto.

A sociedade civil identifica os problemas na esfera privada e expõe para que seja discutido e resolvido com a inclusão do problema na esfera pública[30], vez que quando adentram a discussão na esfera pública os problemas sociais identificados no âmbito privado passa a ser de interesse geral. [31]

Esta participação da sociedade civil na identificação dos problemas sociais e inserindo nas esferas públicas é a efetivação de uma democracia representativa orgânica. Evidente que a organicidade desta representação não é caracterizada pela existência de membros da sociedade dentro dos conselhos de políticas públicas, mas sim pela formação paritária, no qual a sociedade civil tenha representação igualitária ao do poder público.[32]

Acreditamos que atualmente o espaço natural para que a sociedade civil possa encaminhar os problemas sociais e efetivar a solução desses problemas pelos Estados são os conselhos de políticas públicas, no qual dentro de suas atribuições são espaços de discussões, com formação paritária entre a sociedade civil e o poder público.

Entendemos que as deliberações dos conselhos têm um caráter de efetivação obrigatório, é a identificação da necessidade não podendo o poder público desconsiderar a vontade deliberativa do conselho, vez que é uma decisão oriunda da discussão entre a sociedade e o poder público, o que torna ilegítima uma atuação executiva contrária ou omissa a deliberação.

Considerando o dito acima os conselhos de políticas públicas devem deliberar sobre as políticas que carecem de efetivação e os valores que devem ser considerados para a implementação dos mecanismos para as soluções dos problemas. “Portanto mais que um canal comunicacional para ressonância das demandas sociais, os

[30] Ibdem, p. 92.
A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana.
[31] HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 99.
[32] BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 50.

conselhos possuem dimensão jurídica e têm poder de tornar efetivos as questões, os valores e os dilemas vivenciados no espaço da sociedade civil".[33]

4.2 A identificação dos objetos do licenciamento ambiental municipal pelo conselho de políticas públicas.

O direito do cidadão a ter um ambiente equilibrado e sadio é consagrado como fundamental vez que é essencial para existência digna do homem que tenha um ambiente equilibrado.

A Constituição Federal de 1988 do Brasil, além de consagrar o ambiente como um bem fundamental e coletivo do homem em seu artigo 225, seguindo uma orientação internacional, consolidada a partir da Conferência de Estocolmo em 1972[34], tendo o homem o direito ao ambiente qualitativamente sadio também consagrou o dever da sociedade juntamente com o poder público em proteger e preservar o ambiente.

A partir da Constituição de 1988 passa a sociedade ter o dever e o direito de participar dos processos que irão intervir na qualidade ambiental, devendo ter a informação necessária para saber os efeitos que as intervenções vão ocasionar na sua qualidade de vida.

Assim o licenciamento ambiental é um dos instrumentos de controle ambiental que visa o poder público outorgar através de uma licença a implantação de um atividade ou empreendimento que possa intervir na qualidade ambiental em determinado âmbito.

Através do licenciamento ambiental é que o poder público e a sociedade ficam sabendo dos benefícios e malefícios que a implantação da atividade ou empreendimento causaram a sociedade, é límpido que um malefício ao ambiente é

---

[33] CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Conselhos de Políticas Públicas: Desafios para sua Institucionalização, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002, v 36(2), p. 277- 292, mar/abr., 2002, p. 280.

[34] MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação Ambiental, Curitiba – PR: Juruá, 2004, p.135.

Declaração de Estocolmo 1972.

Princípio 1 – O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, cabendo-lhe o deve solene de proteger e melhorar o ambiente para as gerações atuais e vindouras. Por conseqüência, são condenadas e devem ser elimadas as políticas que promovam ou perpetuem o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação e as formas, coloniais ou outras, de opressão e de domínio estrangeiro.

Princípio 2 – Os recursos naturais do Globo, incluindo o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e, em especial, amostras representativas dos ecossistemas naturais, devem ser salvaguardados no interesse das gerações presentes e futuras, mediante planejamento e ou gestão cuidadosa, como apropriado.

conjuntamente um mal a sociedade. Com isso a outorga para implantação deve atender aos interesses públicos.

Dentro do processo de licenciamento surge dependendo do objeto, a necessidade da realização de estudos técnicos para se ter um diagnóstico dos efeitos que surgiram a partir da outorga. Ainda no transcorrer do processo de licenciamento os entes públicos e a sociedade poderão intervir nos procedimentos para que sejam informados sobre os possíveis impactos e exigir estudos suplementares que não foram inicialmente exigidos pelo órgão licenciador.[35]

Assim poderá os entes públicos supletivamente requerer estudos de interesse nacional, regional ou local, considerando a competência comum dos entes da federação na proteção do ambiente.

A divisão da competência comum dos entes da federação devem estar atrelados a predominância de interesses, a União tem interesse nacional, os Estado-membros interesse regional e os Municípios com predominância no interesse local[36].

Tal competência pode ser comprovada a partir da resolução 01/2004[37] do Conselho Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo da cidade de Campos dos Goytacazes no Rio de Janeiro, no qual embargou a construção de uma ponte sobre o rio Paraíba do Sul, tendo em vista que o conselho requereu ao órgão licenciador que exigisse o estudo de impacto ambiental e o de impacto de vizinhança que foi dispensado, vez que o Conselho Municipal entendeu que os impactos advindos daquela obra iriam afetar a qualidade ambiental e urbanística do Município, demonstrando o interesse local na realização dos estudos ambientais.

Não é a intenção deste artigo analisar a possibilidade ou não do Município licenciar ambientalmente as atividades ou empreendimentos que de alguma forma possam provocar algum impacto ambiental de âmbito local. Partimos de uma premissa

[35] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 268.
[36] SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 478.
[37] Tal resolução deu ensejo ao mandado de segurança nº 2005.014.016044-8, ajuizado na Comarca de Campos dos Goytacazes pelo Estado do Rio de Janeiro. O juiz da 4ª Vara Cível entendeu que o Município não teria competência para exigir os estudos de impacto ambiental e de vizinhança, tendo em vista não ser o órgão licenciador, configurando invasão de competência. A referida sentença foi mantida em sede de recurso necessário nº 2005.009.00916, pelo Tribunal de Justiça 12ª Câmara Cível. Acreditamos que tal posicionamento do Poder Judiciário demonstra a falta de preparo para com as questões ambientais, vez que os impactos do empreendimento são suportados pelos munícipes, que poderão ter seu direito fundamental de ter um ambiente equilibrado e uma qualidade de vida adequada viola, pois não pode saber e opinar sobre o licenciamento do empreendimento.

que tal possibilidade é totalmente legal e principalmente constitucional, desde que tenha uma lei instituindo o licenciamento ambiental municipal[38], órgão técnico ambiental capaz de exercer as atribuições de licenciar[39] e um conselho municipal de meio ambiente de caráter deliberativo e consultivo.

Necessário que exista um conselho municipal de meio ambiente para que o Município possa licenciar, pois deve existir nestes processos a participação da sociedade seja representada nas plenárias dos conselhos ou através das audiências públicas. A existência do conselho se justifica porque qualquer atividade que esteja alterando as características ambientais está violando um direito fundamental que é de ter o ambiente equilibrado e ao mesmo tempo o direito ao desenvolvimento seja social ou econômico, também direito fundamental do homem[40] e a sociedade pode ponderar entre os dois direitos fundamentais existente e que devem ser efetivados.

Diante desta necessidade de consentir ou dissentir[41] sobre a relativização de direitos fundamentais é que a sociedade apresenta-se como poder legítimo para avaliar o que deseja que seja analisado pelo poder público através do licenciamento ambiental, vez que é a própria sociedade que irá suportar os efeitos da sua própria decisão.

No Brasil a participação da sociedade civil no licenciamento ambiental é exercida a nível nacional através do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA no qual em sua composição tem a participação da sociedade.[42]

Através da resolução 237/1997 o CONAMA identificou um rol exemplificativo de empreendimentos e atividades que obrigatoriamente devem se submeter ao licenciamento ambiental. Os objetos identificados na resolução supra, tem um caráter geral, no qual o órgão licenciador poderá ser tanto a União, Estados-

[38] Evidente que há necessidade de lei municipal instituindo o licenciamento municipal ambiental vez que a Administração Pública somente poderá atuar segundo os ditames da lei, tendo em vista o princípio da legalidade, a sua conduta é pautada pela lei, e o empreendedor somente será obrigado a se submeter ao licenciamento ambiental em virtude do dever jurídico imposto pela lei.

[39] Novamente é evidente que o poder público somente poderá licenciar os empreendimentos e atividades que possam causar algum tipo de impacto ambiental se tiver uma equipe técnica qualificada para a analise dos processos e principalmente dos estudos ambientais contidos nos autos do processo de licenciamento.

[40] BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 571-572.

[41] BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 64.
Tudo está, portanto em conexão: refazendo o percurso em sentido contrário, a liberdade de dissentir tem necessidade de uma sociedade pluralista, uma sociedade pluralista consente uma maior distribuição do poder, uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e, enfim, a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política.

[42] ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 104-106.

membros e Municípios, vez que como já informamos o diferenciador é a preponderância de interesse.

Acreditamos que o legislador constituinte quando concedeu aos Municípios competência para legislar sobre interesse local no artigo 30 II da Constituição Federal de 1988, vislumbrou que os interesses dos Municípios seriam tão diversificados que não poderiam ser arrolados na Constituição Federal como fez em relação a União e aos Estados-membros. Daí a necessidade e a legitimidade dos Conselhos Municipais de Meio Ambiente identificarem os objetos a se submeterem ao licenciamento ambiental municipal tendo em vista o interesse local de ter o ambiente e o desenvolvimento equilibrados, deixando para a União e os Estados-membros a identificação de atividades e empreendimentos de macro alteração ambiental.[43] É a sociedade civil concretizando os direitos fundamentais através da atuação nos Conselhos de Políticas Públicas.[44]

A Lei Orgânica do Município de Campos dos Goytacazes[45] localizado no Estado do Rio de Janeiro reafirma em seu artigo 242, o dever conjunto da sociedade e do poder público na proteção ambiental e incumbe no artigo 243 que o Governo Municipal colabore com a participação da sociedade, no qual interpretamos que esta colaboração traduz-se em respeito a vontade democrática da sociedade civil.

Apesar do correto texto normativo da Lei Orgânica, na busca da proteção e preservação ambiental, infelizmente encontra-se em desacordo com a efetivação do licenciamento ambiental municipal, vez que o artigo 245 exige a licença ambiental dos órgãos da União e do Estado, excluindo o Município desta possibilidade de controle ambiental, carecendo de uma imediata emenda no seu texto legislativo orgânico.

Alteração se faz necessária, pois o Ante-Projeto de Lei do Plano Diretor, no qual foi realizada de forma participativa e transparência com povo campista, tendo em vista a realização de diversos Seminários, Audiências Públicas, Reuniões Comunitárias e Específicas entre os membros do poder público local e a sociedade civil.[46]

---

[43] RONZANI, Dwight Cerqueira. O Município como Alternativa à Vitalização Federativa no Brasil, Revista da Faculdade de Campos, ano VI, nº 7, Campos dos Goytacazes – RJ: Faculdade de Direito de Campos, dezembro de 2005, p. 123.

[44] KRELL, Andreas Joachim. Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais. In: KRELL, Andreas Joachim. A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 162-163.

[45] FERNANDES, Jeferson Nogueira. Legislação Ambiental de Campos dos Goytacazes, Campos dos Goytacazes – RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p.15.

[46] UM PLANO debatido a exaustão. Plano Diretor Participativo. Campos dos Goytacazes: Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes, mar. 2007, p. 4.

O presente Ante-Projeto consagra dentre os instrumentos de gestão ambiental o sistema municipal de licenciamento ambiental, no qual em seu artigo 312 aduz sobre a competência de implementar o licenciamento ambiental no Município de Campos dos Goytacazes, sendo integrantes deste sistema o Fundo Municipal de Meio Ambiente, Órgão Ambiental com equipe técnica multidisciplinar e Conselho Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo de caráter deliberativo e consultivo[47], seguindo o artigo 20 da Resolução CONAMA 237/1997.

Mas efetivamente a participação da sociedade civil na identificação dos objetos do licenciamento ambiental está consagrado no artigo 314, §1º: "A definição dos empreendimentos e atividades sujeitos ao Licenciamento Ambiental Municipal serão identificados pelo Conselho Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo através de resolução, devendo enquadrar os empreendimentos e atividades as características mencionadas na regulamentação do Licenciamento Ambiental Municipal."[48]

Com a entrada em vigor do Plano Diretor de Campos dos Goytacazes este Município estará aproximando o poder público dos cidadãos através da participação da sociedade civil nas questões pertinentes aos objetos do licenciamento ambiental municipal tornado-se "menos dificultosas as operações de desdobramentos daquelas políticas públicas essenciais, e, o que parece cada vez mais substancial e oportuno".[49]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o que foi apresentado sobre a participação da Sociedade Civil na identificação dos objetos a serem submetidos ao licenciamento ambiental municipal, apontamos a seguir nossas conclusões sobre o tema:

A democracia é um processo de desenvolvimento histórico que visa com amadurecimento garantir a concretização de direitos fundamentais, através da titularidade do povo.

É uma forma de convívio no qual o povo determina as regras a serem respeitadas e efetivadas pelo Estado com a participação do povo através do exercício democrático.

---

[47] CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ. Ofício nº 0081/07, Anteprojeto de Lei do Plano Diretor Participativo do Município, Poder Executivo, Secretaria Municipal de Planejamento, 10 de abril de 2007.
[48] Idem
[49] RONZANI, Dwight Cerqueira. Op. cit., p. 125.

O poder democrático pode ser exercido pelo povo atualmente de três formas: diretamente, no qual povo toma todas as decisões sobre o Estado não tendo nenhum representante para esta função; representativamente, no qual o povo elege seus representantes para decidir os interesses do povo ou na forma semidireta, no qual o povo tem representantes eleitos e instrumentos de atuação direta na democracia.

A Sociedade Civil formada por grupos organizados que absorvem problemas sociais na esfera privada e expõem para serem solucionados na esfera pública, no qual acreditamos que atualmente o melhor espaço destas discussões são os conselhos de políticas públicas.

O licenciamento ambiental é um procedimento administrativo que visa outorgar a implantação de certa atividade ou empreendimento que poderá causar algumas alterações ambientais, podendo esta ser de nível nacional, regional ou local.

É um procedimento que relativiza o direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado vez que como dito pode alterar as características ambientais em prol de outro direito fundamental que é ao desenvolvimento. Daí a legitimidade em a Sociedade Civil participar da identificação dos objetos a serem submetidos ao licenciamento ambiental.

O Município como ente da federação onde as pessoas vivem e a Sociedade Civil se desenvolve é o melhor local para a discussão para a efetivação dos direitos fundamentais, no qual na identificação dos objetos é a Sociedade Civil Municipal efetivando os direitos fundamentas, através da escolha do modo de desenvolvimento que espera para si.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, PAULO. Curso de Direito Constitucional, 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre a facticidade e validade, v. II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ARISTÓTELES. Política, São Paulo: Martin Claret, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª ed, 14ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2006.

GOULART, Clovis de Souto. Formas e Sistemas de Governo. Uma Alternativa para a Democracia Brasileira, Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo, 6º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

COSTA, Juliana Pedrosa. Gestão Democrática das Cidades, Revista de direito Municipal – RDM, Belo Horizonte: Fórum, ano 5, nº 13, p, 81-102, jun/set. 2004.

KRELL, Andreas Joachim. Autonomia Municipal e Proteção Ambiental: Critérios para Definição das Competências Legislativas e das Políticas Locais. In: KRELL, Andreas Joachim. A Aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Conselhos de Políticas Públicas: Desafios para sua Institucionalização, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002, v 36(2), p. 277- 292, mar/abr., 2002.

MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação Ambiental, Curitiba – PR: Juruá, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RONZANI, Dwight Cerqueira. O Município como Alternativa à Vitalização Federativa no Brasil, Revista da Faculdade de Campos, ano VI, nº 7, Campos dos Goytacazes – RJ: Faculdade de Direito de Campos, dezembro de 2005.

FERNANDES, Jeferson Nogueira. Legislação Ambiental de Campos dos Goytacazes, Campos dos Goytacazes – RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

UM PLANO debatido a exaustão. Plano Diretor Participativo. Campos dos Goytacazes: Prefeitura Municipal de Campos dos Goytacazes, mar. 2007.

CAMPOS DOS GOYTACAZES – RJ. Ofício nº 0081/07, Anteprojeto de Lei do Plano Diretor Participativo do Município, Poder Executivo, Secretaria Municipal de Planejamento, 10 de abril de 2007.

TENTATIVA DE COMPREENSÃO DA "LEI DE RECURSOS HÍDRICOS": ESTRATÉGIAS DO CAPITAL E "NOVAS" FORMAS DE PRIVATIZAÇÃO DA ÁGUA

Joaquim Shiraishi Neto*

RESUMO

A Lei de Recursos Hídricos (Lei n.9.433) promulgada no Brasil, em 1997, acendeu uma polêmica em torno da forma de como vem sendo realizado a gestão e o uso da água. A despeito desse intenso debate, tem-se observado um enorme consenso existente entre os chamados interpretes do "direito das águas " , que se verifica, sobretudo, por causa de uma leitura extremamente apaixonada do referido dispositivo, vinculado a uma discussão do problema a partir da noção de "crise" do recurso. Percebe-se que esse processo delineado, tem prejudicado , pelo menos no Brasil, a possibilidade de uma análise mais acurada da própria Lei, bem como das implicações desse dispositivo na vida social brasileira. Os usos da água realizado por diversos indivíduos e grupos sociais se opõem à noção de uso "múltiplo" e "integrado" contida na Lei, revelando distintas temporalidades e racionalidades, que se encontram referidas a uma forma de representar e de usar desse recurso. Assim, o presente artigo pretende compreender o processo de construção desse instrumento legal, apropriando-se do que ele tem de "arbitrariedade" e, desta forma, "fugir" de um certo preciosismo técnico , que tem focalizado a descrição comentada e a efetividade da denominada Lei de Recursos Hídricos.

PALAVRAS-CHAVE: LEI DE RECURSOS HÍDRICOS, DIREITO DAS ÁGUAS, USOS DA ÁGUA

ABSTRACT

The Hídricos Resources Act (Act n.9.433) promulgated in Brazil, in 1997, has started a controversy around the form of how it has being carried through the management and the use of the water. Despite of this intense debate, it has been observed an enormous existing consensus between the so called interprets of the "right of waters ", which verified, over all, because of an extremely passionate reading of the related device, tied to a quarrel of the problem from the notion of "crisis" of the resource. It has been perceived that delineated process has harmed, at least in Brazil, the possibility of an accurate analysis of the Act itself, as well as of the implications of this device in the Brazilian social life. The uses of the by diverse individuals and social groups to the

* Advogado. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Coordenador do Grupo de Pesquisa "Direito, Comunidades Tradicionais e Movimentos Sociais". Pesquisador do Projeto de Pesquisa "Nova Cartografia Social da Amazônia" (UFAM-FFORD).

notion of “multiple” and “integrated” use contained in the Act, disclosing to distinct temporalities and rationalities, that are find cited to a form to represent and to use of this resource. Thus, the present article intends to understand the process of construction of this legal instrument, assuming itself of what it has of “arbitrariedade” and, in such a way, “to run away” from a certain excessive straight , who has focused the commented description and the effectiveness of the called Hídricos Resources Act.

KEYWORDS: HÍDRICOS RESOURCES ACT, RIGHT OF WATERS, USES OF DE WATER

Introdução

Muito tem sido escrito sobre a denominada “Lei de Recursos Hídricos” (Lei n.9.433) [1], promulgada no Brasil em 1997.

No contexto desses debates jurídicos, é possível perceber um enorme consenso dos intérpretes do “direito das águas”, que se evidencia numa leitura extremamente “apaixonada” do referido dispositivo[2].

Essa leitura, que se vincula a uma noção de “crise”, aqui entendida como um poderoso instrumento explicativo da realidade, contém em si uma ambigüidade, pois traz consigo a idéia de um tempo transitório entre dois estados estáveis passíveis de serem superados[3].

Para esse tipo de interpretação, observa-se um empobrecimento das possibilidades de análise, pois trata-se o problema da água estrutural, importando lembrar que a gama de situações que coloca em risco as possibilidades de uso, resulta de processos inadequados de intervenção, que comprometem o seu ciclo de renovação.

As interpretações que tomam essa noção de “crise” tem prejudicado , pelo menos no Brasil , uma análise mais acurada do próprio instrumento legal pelo fato de apresentar sérias dificuldades de se adequar às situações vivenciadas pelos diversos

[1] Apesar das noções de água e de recursos hídricos não serem conceitos idênticos (POMPEU, 2006: p. 71-71), vamos empregar esses conceitos como se fossem sinônimos, pois entendemos que não é necessário esse preciosismo técnico para as questões aqui referidas.

[2] Entre os diversos teóricos que vêm comentando e analisando de forma exaustiva a denominada “Lei de Recursos Hídricos”, podemos nos referir: Granziera (2001); Machado (2002); Pompeu (2006). Além desses autores, podemos identificar estudos mais localizados , que se encontram circunscritos a realidade Amazônica como o de Benatti (2003).

[3] Miaille (2002: p.14).

povos e comunidades tradicionais no país, já que esses grupos sociais se utilizam e se apropriam de forma diferenciada desse precioso recurso[4].

Nesse imenso país, a água adquire múltiplos e complexos significados e representações, que se encontram para além daqueles instituídos pelo dispositivo legal em que a água é tratada como mercadoria.

Os usos múltiplos e complexos da água realizados pelos diferentes grupos sociais são evidenciados com força diante das dificuldades operacionais de aplicação do referido dispositivo legal. Os usos da água por esses grupos se opõem à noção de uso "múltiplo" e "integrado" contida na Lei n.9.433/ 97, revelando distintas temporalidades e racionalidades; afastando qualquer possibilidade de compreender o uso da água como se fosse um dado natural, desprovido de quaisquer significados e representações[5].

Ao contrário do entendimento usual dos intérpretes que insistentemente afirmam haver no âmbito do direito ambiental interesses que possam ser considerados "difusos" ou de todos indistintamente, os usos múltiplos e complexos da água servem para contestar essa noção tomada previamente. Verifica-se a impossibilidade da pretensão "universalista" e "idealista" do direito e da própria Lei. Neste sentido, os "particularismos" contrariam a "universalização".

Para essa forma de compreender o direito e a Lei, que entende as coisas como naturais, não haveria lugar para as diferenças e nem espaço para a existência de contrastes e, por isso mesmo, o direito tem servido como um poderoso instrumento para acobertamento dos interesses que possam estar em jogo[6].

---

[4] Hodiernamente, há uma tendência em adotar medidas legais que possam atender às demandas mais localizadas, que se relacionam com o reconhecimento dos povos e das comunidades tradicionais e envolvem diferentes "práticas jurídicas". Essas medidas legais se apresentam no bojo das discussões em torno das noções de "multiculturalismo" e do "pluralismo" , isto é , do reconhecimento da alteridade e das diferenças existentes nos interior dos Estados. A propósito dessa discussão de reconhecer as diferenças, ver o Relatório do Desenvolvimento Humano de 2004 do PNUD intitulado "Liberdade Cultural num Mundo Diversificado".

[5] Para se ter uma idéia do significado do que seja esse processo de "naturalização" da água e de seu uso basta ler dois importantes intérpretes: Machado (2002: p.12-14) e Granziera (2001). Para essa última: "A questão é que a relação que existe entre homem e **água antecede ao direito**. É um elemento intrínseco à sua sobrevivência." G.M (GRANZIERA, 2001: p.232). É importante enfatizar que o fato da água ser elemento vital para o Homem, não implica que seja usada e apropriada da mesma forma por todos os grupos sociais, pois ela pode ter diferentes significados e representações o que implica em diferentes formas de uso e apropriação.

[6] Para esta discussão do direito como o "reino de um único direito", ver Rancière (1996: p.110). Segundo esse autor, o direito tem um papel relevante no período que denomina de pós-democracia – estado idílico do político onde impera a noção de consenso, pois ele é colocado como se fosse um "regime de identidade da comunidade". "A identificação entre democracia e Estado de direito serve para produzir um regime de identidade em si da comunidade, para diluir a política sob um conceito do direito que a identifica ao espírito da comunidade." (RANCIERE, 1996: p.110).

O exercício aqui proposto sobre uma análise crítica dos discursos formulados em torno da Lei de Recursos Hídricos é uma tentativa de compreendê-la, afastando-se de qualquer tentação de tentar descrever e interpretá-la ou de pensá-la alternativamente às situações da região Amazônica. Trata-se, no caso específico deste trabalho, de submeter a Lei n.9.433/ 97 a uma crítica, que se alicerça na história social de sua formulação e da sua utilização, onde é possível observar os interesses que convergiram para a sua edição[7].

Nesse sentido, tomo como pressuposto o fato de que os usos da água se encontram inscritos num processo de construção social e que não são naturais, importando diferentes formas de representação e apropriação.

Desta forma, trata-se de uma tentativa de compreender o processo de construção desse instrumento legal, apropriando-se do que ele tem de arbitrariedade e, nesse sentido, "fugir" de um certo preciosismo técnico[8] , que tem focalizado a descrição comentada e a efetividade da denominada Lei de Recursos Hídricos.

Aproveito para salientar que não se trata aqui de negar o "problema da água" e muito menos ainda a relevância dos estudos jurídicos para a disciplina do direito, cujos méritos são inegáveis para se refletir a problemática de uso e gestão da água. É necessário colocar o problema sob um outro olhar, numa tentativa de aprofundar as discussões jurídicas que se encontram em curso, cuja relevância é inquestionável. Neste sentido, o objetivo do trabalho é o de realizar uma leitura crítica do referido dispositivo legal e suas implicações na vida social.

Neste sentido da discussão do direito, há também um longo debate que se inicia, o de tentar "encontrar" o papel do direito na atualidade. Enquanto alguns enfatizam a importância do direito como mediador dos conflitos sociais, buscando a harmonização de interesses conflitantes, outros vêm relativizando esse papel: "enquanto o **processo judicial é uma espécie de guerra** que afasta as partes, a arbitragem tenta manter as relações entre elas de modo que possam continuar a atuar em conjunto nos contratos de longo prazo, quer como fornecedores, quer como clientes." G.M (WALD, MARTINS, 2006: p. A3). Tornam-se preocupantes essas tentativas de procurar afastar o direito das disputas a despeito de como tem sido utilizado e de quem tem sido beneficiado.

[7] A despeito da pressão exercida pelas agências multilaterais para que os Países reformem suas legislações de água, esses têm se colocado de forma distinta. Enquanto que o Chile foi o primeiro País a alterar a sua legislação, em 1981 (Dourojeanni; Jouravlev, 2001: p. 13), o Uruguai submeteu essa discussão a um plebiscito, realizado em 2004. Nele votaram, afirmando que a água é um recurso que deve pertencer a todos e não um privilégio de quem pode pagar. Para Eduardo Galeano, o povo uruguaio confirmou que sabe votar , pois "...num mundo sedento, as reservas de água serão mais ou tão mais cobiçadas do que as reservas de petróleo." (GALEANO, 2004).

[8] Miaille enfatiza a necessidade de se tomar o direito de forma reflexiva, afastando-se de um aprendizado calcado no conhecimento e reprodução de técnicas tidas como universais e naturais (MIAILLE, 1994).

Escassez Anunciada: o discurso da necessidade

Neste contexto em que se formula a relevância da Lei, é importante trazer à tona os argumentos mais velados e que não estão explicitados nos discursos formulados pelos intérpretes. O exercício aqui proposto seria de encontrar no "dito" o "não dito", o que implica em colocar em "suspensão" os argumentos comumente acionados para explicitar a relevância da Lei, que se encontram referidos a um discurso da necessidade[9], o qual se distingue de um discurso do direito[10].

Os argumentos de uma "crise" vivenciada pela má utilização e gestão dos recursos hídricos, isto é, da iminente "falta de água" no planeta Terra, tem servido para justificar a imediaticidade de "reformas", cujo objetivo precípuo seria a realização de uma gestão integrada do recurso[11].

Para esse tipo de análise, haveria um total descompasso entre a situação vivida e as respectivas legislações dos países, que além de serem "dispersas" e atrasadas, estariam "desarticuladas" e "desordenadas" entre si, não permitindo um aproveitamento racional desse recurso natural[12].

Na esteira desses argumentos, diagnosticam que a simplificação das medidas legais tomadas ao longo dos anos de forma simplificada e parcial pelos governos[13] não elidiu os conflitos pelo acesso e uso do recurso e trouxeram uma ordem de problemas, que podem ser pressentidos pela iminência de um conflito agudo pelo recurso, em virtude de uma possibilidade de escassez que se avizinha.

Os "profetas" da "crise da governabilidade da gestão da água" se opõem a qualquer possibilidade de uma análise mais rigorosa das situações, enraizada em contextos e nas diferenças nacionais e regionais. Por isso, têm dificuldade para sugerir

---

[9] A respeito dessa discussão, orientada para a necessidade dos Estados criarem capacidades de governabilidade para a gestão dos recursos hídricos, ver Dourojeanni; Jouravlev (2001). Trata-se de um estudo que foi desenvolvido no âmbito da CEPAL/ División de Recursos Naturales e Infraestructura.

Os intérpretes do direito das águas têm feito ecoar esse discurso sobre os problemas do mau uso e da escassez do recurso e, portanto, da necessidade de instrumentos legais para disciplinar as formas de uso (GRANZIERA, 2001: p.13-16; 226-234; POMPEU, 2006: p.35-38).

[10] Petrella, ao relatar esse processo que torna a água mercadoria, enfatiza essa passagem de uma cultura de direitos para a da lógica da necessidade : "Todo 'direito' eventualmente adquirido é reversível. Variáveis segundo os indivíduos , os grupos sociais, os locais e o tempo, **as necessidades básicas devem ser satisfeitas por um sistema de serviços universais correspondentes a um preço 'razoável e acessível',** de maneira a conciliar os usos concorrenciais e divergentes com os recursos disponíveis."G.M (PETRELLA, 2003: p. 16).

[11] Ver Dourojeanni; Jouravlev (2001).

[12] Dourojeanni; Jouravlev (2001: p.07-14).

[13] Dourojeanni; Jouravlev (2001: p.7).

medidas que possam potencializar o aproveitamento "racional" do recurso, que se encontra referido ao que se tem denominado de "gestão integral do recurso".

Um dos efeitos desse discurso em torno da "crise da água" é o de ignorar as contradições inerentes ao próprio sistema, onde grandes empreendimentos agrícolas e industriais vêm sistematicamente provocando a destruição e contaminação das nascentes e dos rios[14], colocando em risco a sobrevivência do próprio recurso.

A lógica desse processo é que o "problema da água" se apresente como um dado "novo" no interior da "problemática ambiental", pois além de incorporar as dimensões que envolvem as questões ambientais, incorpora, também, a da "gestão racional" do recurso, aqui compreendida como harmonizadora dos diferentes interesses conflitivos que porventura estariam em situações de oposição. Portanto, a Lei teria idealmente a capacidade de resolver esses antagonismos.

As questões relacionadas aos "problemas da água" vêm sendo focalizadas como "naturais" ou mesmo "autoevidentes" e, por esse motivo, têm se apresentado de forma indistinta a todos.

A água, enquanto recurso natural, é dada como "natural". É tratada como se tivesse um único sentido, independentemente das posições sociais e do uso e dos significados que distintos sujeitos possam fazer dela. Ou melhor, a água é destituída dos diversos significados e representações que comportam usos múltiplos e complexos.

É possível observar que se trata de um problema construído, sobretudo pelas agências multilaterais[15], que objetivam uma "homogeneização jurídica". Ela é um elemento caro às estratégias empresariais. Daí a dificuldade de incorporá-lo a uma agenda ambiental mais localizada. Tanto isto parece verdadeiro que, uma das recomendações para aplicação da Lei, seria a criação de instrumentos que possam sensibilizar a sociedade em torno do "problema água", ou melhor, tratá-la como

---

[14] A respeito desse processo de destruição dos recursos naturais, em especial dos recursos hídricos causados por grandes empreendimentos voltados para as atividades da soja, pecuária, plantio de eucalipto, além de atividades mineradoras e siderúrgicas, ver Almeida ; Shiraishi Neto; e Martins (2005).

[15] O discurso da escassez e da necessidade de uma gestão integrada dos recursos não resulta de um processo espontâneo, mas representa os interesses que se direcionam no sentido sistemático de produzir e difundir essas idéias. A propósito desse processo que se relaciona com a água, consultar Petrella (2003: p.12-15).

Vale lembrar que a "vulgata neoliberal" tal como a "ortodoxia econômica política" tão universalmente aceita, como afirma Bourdieu: "É produto de um trabalho prolongado e constante de uma imensa força de trabalho intelectual, concentrado e organizado em verdadeiras empresas de produção, difusão e invenção" (BOURDIEU, 2001: p.07-08).

problema social[16]. Configura-se uma enorme pressão em torno da incorporação dessa agenda pelos Estados, que o fazem por meio da adoção de medida legal. As recomendações têm se centrado na necessidade de criar , sobretudo através de dispositivos jurídicos, o que pode ser denominado de uma "cultura da água", capaz de sensibilizar a todos.

A forma indistinta como o problema é construído e o respectivo instrumento normativo edificado para "resolvê-lo" não pode se constituir no próprio fundamento da pesquisa jurídica, que deve ser pensada de forma crítica e reflexiva. Ademais, não custa lembrar a singularidade do direito, onde a Lei é tratada como se verdade o fosse e essa "verdade jurídica", por ser produto das "práticas sociais" inscritas no jogo de relações de poder, é exterior à "verdade científica"[17].

Os resultados mais visíveis desse processo que absolutiza a verdade da Lei são os próprios procedimentos adotados pela maioria dos intérpretes de se ocuparem com a simples constatação e o testemunho; afinal, a água, desde os primórdios, sempre foi utilizada pelo Homem.

Aqui, é necessário romper com esse esquema de pensamento dominante que se impõe aos intérpretes do direito de incorporar unicamente as questões legais sem qualquer reflexão prévia a respeito do processo de construção do discurso e da Lei.

A análise crítica e reflexiva implica num processo de organização das formas, onde é possível controlar as diferentes posições e os respectivos discursos que são produzidos, reproduzidos e difundidos em torno da Lei. A análise deveria incorporar uma reflexão do significado de um objeto significante para o direito ambiental .

Observa-se que a Lei de Recursos Hídricos deve ser compreendida a partir do que se tem denominado de processo de globalização. Ele tem imposto aos diversos

---

[16] Para Dourojeanni; Jouravlev "se deve construir 'uma' cultura da água, edificar 'uma' consciência ou estabelecer 'uma' política sobre a importância do recurso, com o fim de que a população adote decisões 'racionais' sobre o uso (DOUROJEANNI; JOURAVLEV, 2001: p. 7-8).

[17] Para Foucault, haveria duas histórias da verdade: "A primeira é uma espécie de história interna da verdade, a história da verdade que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação: é a história da verdade tal como se faz na ou a partir da história das ciências. Por outro lado, parece-me que existem, na sociedade , ou pelo menos, em nossas sociedades, vários outros lugares onde a verdade se forma, onde um certo número de regras do jogo são definidas – regras de jogo a partir das quais vemos nascer certas formas de subjetividade, certos domínios de objeto, certos tipos de saber – e por conseguinte podemos, a partir daí, fazer uma história externa, exterior da verdade." (FOUCAULT, 1996: p.11).

países uma mesma ordem legal, que tem a pretensão de conferir determinado "padrão jurídico". É o que Pierre Bourdieu denomina de "homogeneização jurídica"[18].

Os objetivos da difusão de um "padrão legal" mundial devem ser refletidos para além da mera noção de "segurança jurídica", e se vincularem às discussões mais amplas, que estariam relacionadas a uma exigência de construção de instrumentos legais mais homogêneos para permitir uma maior facilidade dos fluxos e da livre circulação dos capitais.

A própria noção de "segurança jurídica", apropriada indistintamente pelos intérpretes do direito, passa pela difusão da necessidade dos Estados de construírem uma ordem legal mais universal[19], passível de ser compreendida e apropriada pelo capital.

Neste caso, a noção de "segurança" está ancorada nas formas e estratégias de controle dos instrumentos legais[20]. Ele se encontra afeto aos ganhos e perdas de capital. Para a situação focalizada na presente pesquisa, tem-se ainda a possibilidade de apropriação da água.

Observa-se que há toda uma estratégia do capital em se apropriar das discussões relacionadas às questões ambientais, incorporando às suas ações um discurso ambientalista[21], sendo que o direito, por ser colocado como se fosse de toda comunidade, é um importante instrumento para a realização desses propósitos.

---

[18] Bourdieu (2001: p.107).

[19] Neste contexto, é possível observar, por exemplo, a Reforma do Poder Judiciário no Brasil. Ao longo da última década, tem sido formulado em toda América Latina e Caribe um discurso para justificar a necessidade de implementação de reformas no Poder Judiciário. Os *experts* acusam uma ordem de problemas no Judiciário que tem provocado a sua ineficiência. Eles vão da simples demora do trâmite dos processos à falta de transparência e previsibilidade nas decisões. A constatação desses problemas por parte desses *experts* vincula suas análises à necessidade de realização de reformas no Poder Judiciário. A propósito dessas discussões em torno da necessidade da realização de reformas no Poder Judiciário, conferir o Documento Técnico do Banco Mundial n 319S intitulado: "O setor judicial na América Latina e no Caribe", de Dakolias (1997).

[20] A título de ilustração, vale recuperar o relato de Pablo Solon sobre a revolta popular em Cochabamba , na Bolívia, que fez romper um contrato de privatização dos serviços da água. Desse processo resultou uma ação proposta pela empresa concessionária, Bechtel, de origem norte americana, que passou a reclamar uma indenização de 25 milhões de dólares como forma de indenização pelos prejuízos presentes e futuros. Para Solon, o verdadeiro fundamento desta ação não é a indenização , mas "O que na verdade a Bechtel e toda a irmandade multinacional perseguem é plantar um precedente, dar um exemplo para que ninguém mais siga o caminho de Cochabamba. Eles querem advertir todos os governos que, caso cedam às pressões sociais, sofrerão como castigo o pagamento de indenizações milionárias, definidas em reuniões de arbitragem privadas e secretas." (SOLON, 2003: p. 32-33).

[21] Lopes ressalta que as questões atinentes ao meio ambiente são construídas, incorporadas e naturalizadas por toda a sociedade, sendo que esse processo é percebido de forma diferenciada pelas pessoas e grupos sociais que o externalizam de diversas formas (LOPES, 2004: p.17-20).

Estratégias de uma Ação Despretensiosa: o discurso jurídico da autoridade

Nesta abordagem insisto em compreender o papel desempenhado pelos intérpretes do "direito das águas"[22] no conjunto da produção, reprodução e difusão da denominada Lei de Recursos Hídricos, pois entendo que o campo jurídico é o *locus* privilegiado, sobretudo porque reafirma a existência da Lei e sua efetivação.

O fato dos intérpretes focalizarem indistintamente em suas análises o instrumento legal a partir de um "ideal", bloqueia o caminho para a compreensão de sua real dimensão. A Lei de Recursos Hídricos pode esconder objetivos menos nobres e que estariam muito mais vinculados às necessidades do capital do que necessariamente da preservação, como tem sido propagado.

No interior do campo, aqueles que se encontram "autorizados" ou mesmo legitimados[23] a interpretarem o referido dispositivo afirmam insistentemente que se trata de um texto envolvente, significativamente avançado, posto que a *água* passa a ter "novo" tratamento legal, diferentemente do regime anterior do denominado Código de Águas (Decreto n.24.643/ 1934), no qual era considerada como bem de domínio público(artigo 1° , inc. I, da Lei).

As discussões em torno da "problemática da água" têm se ocupado em revelar a atualidade e inovação do instrumento legal e, para isso, têm contrastado com os instrumentos legais anteriores a ele, sem qualquer reflexão maior acerca desses instrumentos.

Este procedimento analítico que se opera por contraste, colocando um dispositivo em face do outro, têm sido um relevante instrumento para "inculcar" uma idéia de que o direito, ainda que de forma lenta e gradual, se atualiza e inova. Nesta

---

[22] As questões são por demais complexas para serem compreendidas a partir de uma única disciplina ou matéria, além do mais, não se pode esquecer que este tipo de especialidade, que enseja uma "carreira jurídica", sempre está a sujeitar-se aos padrões determinados pela própria disciplina, acabando por restringir as possibilidades de interpretação e análise, isto é: "Para ser um especialista, você tem de ser credenciado pelas autoridades competentes; elas ensinam a falar a linguagem correta, a citar as autoridades corretas, a sujeitar ao território correto" (SAID, 2005: p.81).

[23] A noção de "autoridade" ou de "legitimidade" do intérprete da Lei aqui utilizada refere-se a noção de campo jurídico de Bourdieu (1989: p. 209-254).

No caso específico do direito, há uma tendência "natural" em classificá-lo a partir de duas grandes áreas (direito público e direito privado). Elas, por sua vez, se dividem em ramos do direito (no direito público: direito constitucional, direito administrativo, direito tributário... no direito privado: direito civil, direito comercial, direito do consumidor....), os quais se dividem em disciplinas (no direito civil: direito das coisas, direito de família, direito de sucessões...), as quais se fracionam em temas. Daí é possível observar que existem *experts* dos *experts* dos *experts* dos *experts*, como é o caso do que se tem denominado de "direito das águas", direito urbanístico ambiental, direito internacional ambiental, "direitos dos povos", e teoria geral do direito ambiental entre outros...

modalidade de gradualismo seria possível perceber o processo evolutivo do direito nas sociedades contemporâneas[24] . De outra forma, esse procedimento tem servido, sobretudo, para omitir na análise os porquês da não efetividade de determinados instrumentos legais. É como se o problema da Lei fosse inerente à própria Lei.

A extensão dessa leitura compreende, também, a descrição de sua aplicação e comentários exaustivos ao texto legal. Esta leitura procura focalizar todos os aspectos e vertentes que dizem respeito às modificações em torno do uso e da gestão da água. Isso implica na impossibilidade de qualquer exercício especulativo a respeito da Lei, isto é, se é possível aplicá-la e quais as conseqüências de sua aplicação.

Nesse sentido, as referidas descrições e comentários nem sempre são de fácil compreensão, pois dizem respeito ao que se denomina de doutrina do direito. As descrições e os comentários, por sua vez, tratam as questões de forma "geral", em consonância com a Lei, tornando difícil e, às vezes, quase impossível, perceber a aplicação concreta do dispositivo, ainda mais quando se está diante de situações que se apresentam "fora" dos grandes centros do País. Os efeitos concretos desse procedimento são o de um distanciamento entre a "teoria jurídica" e a "prática".

O "modus operandi" que se encontra inscrito na "cultura jurídica" dificulta extrapolar as reflexões para além do que é usualmente dito pelos intérpretes "autorizados" ou "legitimados". A recorrência deste tipo de prática jurídica serve para ratificar determinadas "verdades jurídicas", que já se encontram inscritas na Lei. No caso, os interpretes ficam reféns e estão submetidos a um "padrão" de análise ditado pelo próprio campo jurídico . Como as discussões são travadas no plano das idéias, dos argumentos jurídicos, tem-se um enorme vazio, embora esse processo sirva para "inculcar" o entendimento que se possa ter do texto legal.

A mobilização dos intérpretes em torno de uma prática de repetição dos mesmos argumentos oferece uma sensação da evidência do discurso, ou melhor, da veracidade dos argumentos construídos e de toda sua força, que tem se relevado inquestionável.

As reflexões jurídicas consideradas mais críticas a respeito do tema, contudo, têm se ocupado em reafirmar a necessidade de construir "modelos" alternativos aos que estão sendo apresentados, de maneira que possam estar referidos à realidade localizada.

[24] A idéia de consagrar determinado texto legal a partir da noção de "evolução legislativa" está ancorada num modelo explicativo poderoso. No âmbito do "pensamento social brasileiro", Almeida chama a atenção para uma tendência que procura explicar a realidade brasileira a partir da noção de "evolução", que tem como das suas maiores expressões o "darwinismo social" (ALMEIDA, 2005: pp.9-27).

Entretanto, essas análises, por mais críticas que possam parecer, se restringem ao plano formal de adequação da Lei, não contemplando as diferentes formas de representação e apropriação do recurso, as quais criam situações nem sempre conciliáveis.

Para uma análise da Lei, faz-se necessário tentar recuperar como é elaborado o discurso jurídico ambiental, que tem se ocupado, por sua vez, e prevalentemente, em tutelar o "bem ambiental".

Prevalência do "Bem Ambiental": retorno ao determinismo ambiental ?

O direito ambiental busca transformar o recurso natural em bem, passível de ser transacionado, objeto de transações mercantis. No caso da Lei de Recursos Hídricos, esse processo se faz evidente quando se atribui à água "valor econômico" (artigo 1, inciso II, da Lei). Por tal razão, as discussões em torno da Lei deveriam passar por uma discussão inicial dos motivos e das conseqüências desse processo de transformação de um recurso natural em mercadoria.

O fato do objeto da tutela ser o "bem ambiental" e de que a "bacia hidrográfica é a unidade territorial para a implementação da Política" (artigo 1, inciso V), da Lei) tem como pressuposto uma forma de compreender e de organizar o mundo social, onde os dados geográficos e ambientais prevalecem.

A despeito do dispositivo garantir a participação dos "usuários e das comunidades" na gestão dos recursos hídricos (artigo 1, inc.VI, da Lei), fica evidente a diminuta importância que se atribui ao sujeito, que seria mero gestor dos recursos hídricos.

Essa compreensão, que subordina as ações humanas às condições do bem ambiental, inverte as relações, na medida que impõe ao Homem condicionamentos geográficos e ambientais.

O fato de tutelar o bem ambiental em detrimento do Homem tem provocado acalorados debates entre os intérpretes no interior do campo jurídico; ao mesmo tempo, tem servido para que as chamadas "comunidades tradicionais" relativizem o papel do direito ambiental, que em muitas situações têm servido como empecilho à sua própria reprodução física e cultural. O direito ambiental tem impedido que alguns grupos sociais se utilizem dos recursos naturais da forma como compreendem e se relacionam com o meio ambiente, mesmo que tal forma esteja assegurando por séculos uma preservação / conservação dos recursos naturais.

Os chamados interesses difusos do meio ambiente, que têm uma tendência de tratá-lo como um "dado natural", evidenciam-se nessas situações como algo idealizado, pois não admitem na ordem ambiental interesses difusos diversos. Afinal, o meio ambiente seria, segundo o receituário homogeneizante: "bem de uso comum do povo" (artigo 225 da Constituição Federal).

Uma disposição dessa natureza, de tal ordem, onde o "bem ambiental" prevalece sobre o Homem, faz lembrar as análises geográficas datadas do início do século XX, quando os instrumentos analíticos buscavam explicar a realidade a partir do determinismo da natureza sobre o Homem[25].

Para esse tipo de análise, o Homem seria tributário da natureza[26]. Aliás, essa literatura é farta para explicar o processo de desenvolvimento da região Amazônica, tida como "atrasada" e "primitiva", já que o Homem na Amazônia teria sido totalmente incapaz, diante da "imensidão da floresta", de vencer e domesticar a natureza[27].

Esses instrumentos analíticos, que seriam dotados de uma certa pretensão de objetividade científica, têm servido para explicar as relações existentes entre os Homens e a natureza e, no caso da região Amazônica, para justificar todo tipo de medidas que têm importado no descaso para com os povos e as comunidades tradicionais aí existentes.

As implicações acerca desse modelo explicativo têm enfatizado a incapacidade do "Homem Amazônico" de pensar a sua própria existência individual e coletiva. Disso decorrem políticas públicas formuladas a partir de "fora" da região quando os *experts* mobilizariam seus conhecimentos ditos "racionais" para melhor concebê-la[28].

Um dos tantos resultados nefastos desse tipo de interpretação, é sua incapacidade de compreender os processos mais localizados, que se relacionam com as

---

[25] Para Almeida, a ênfase no "quadro natural" gerou três formas proeminentes para compreensão da realidade Amazônica: o "biologismo", o "geografismo" e os "dualismos". Essas formas de pensamento se tornaram um verdadeiro "obstáculo epistemológico" que necessita ser superado para uma compreensão da Amazônia (ALMEIDA, 2005: p.15), sob o signo de uma diversidade não reduzida aos ecossistemas.

[26] A importância teórica e explicativa que se atribui à região tem no geógrafo Friedrich Ratzel, um dos seus principais sustentáculos. À época de suas análises , seus estudos permitiram substituir os estudos "evolucionistas" em moda pela descrição das regiões. Isto levou às afirmações correntes de que as condições geográficas podem dar respostas a determinadas explicações (LOWIE, 1946: pp.149-158).

[27] Essas noções pré-concebidas de que o Homem foi impotente diante da imensidão da natureza ou de que a natureza é quem determina o ritmo da vida podem ser identificadas na vasta literatura sobre a Amazônica brasileira, a exemplo das expressões "inferno verde" e "o rio comanda a vida", que se naturalizaram e servem como poderoso instrumento explicativo da realidade Amazônica.

[28] A propósito da discussão dos técnicos e planejadores em torno da necessidade do desenvolvimento da região amazônica e de sua incorporação à economia nacional, ver Oliveira (1994).

formas específicas de organização social e econômica da região, onde os recursos naturais disponíveis não são objetos de apropriação privada e muito menos passíveis de mercantilização.

A Lei de Recursos Hídricos: "nova" forma de privatização?

Segundo os intérpretes[29], a Lei 9.433/ 1997 trouxe profundas transformações e implicações em relação ao domínio da água ao prescrever que "a água é um bem de domínio público" (artigo I, inc. I) [30]. Ela não transforma o Poder Público Federal e Estadual em proprietário, mas em gestor desse bem; e o fato do bem ser um dos elementos que compõe o meio ambiente, faz incidir o disposto no caput do artigo 225 da Constituição Federal. Trata-se a água, portanto, de um bem de domínio público de uso comum do povo[31].

Ao mesmo tempo que a água é elevada à condição de bem de domínio público de uso comum, essa mesma Lei passa a tratá-la como bem "dotado de valor econômico" (artigo 1, inciso II da Lei), pois afinal esse recurso natural seria limitado e não ilimitado como sempre se pensou.

Os elementos que justificariam a necessidade de se atribuir "valor econômico" a um recurso natural e, portanto, de se instituir uma cobrança pelo seu uso, tem como pressuposto a imediaticidade de sua escassez, explicitada a partir de uma teoria econômica (frisa-se: de uma teoria). Esta teoria se vincula a uma leitura dos recursos a partir de um modelo de análise da capacidade de demanda e oferta do recurso, centralizando a discussão em torno do mercado.

Em resumo, diante da possibilidade da escassez do recurso pela má utilização ou demanda, urge a necessidade de se instituir cobrança pelo uso do recurso[32] a fim de que

---

[29] Ver Pompeu (2006: p.67-71), Machado (2002: p.24-32), Granziera (2001: p.90-97).

[30] Os bens são classificados de acordo com o Código Civil Brasileiro em públicos e privados, sendo que o bens privados são considerados todos os bens que não são públicos (artigo 65 do CC). O nosso Código Civil classifica os bens públicos de acordo com uso e domínio : "os de uso comum do povo"; "os de uso especial"; e os "dominicais" (artigo 66 do CC).

[31] Machado (2002: p.24).

[32] No caso, é importante recuperar as discussões em torno do processo de cercamento das terras comunais na Inglaterra, que serviram às teses de Garret Hardin sobre a "tragédia dos comuns". Thompson lembra que os argumentos de Hardin de que como ninguém possui e protege os recursos mantidos em comum haveria uma lógica que condena esse recurso a superexploração, não tem fundamento, pois ignora o autor que os camponeses não eram desprovidos de bom senso e tinham conhecimento da importância dos recursos para a garantia de reprodução social (THOMPSON, 1998: p. 86-105). Ademais, lembra Thompson que esses argumentos da "tragédia dos comuns" estão inscritos

se possa dotar as empresas concessionárias, segundo os intérpretes desse modelo, de uma gestão mais eficaz, capaz de penalizar aqueles que desperdiçam o próprio recurso.

As implicações que decorrem desse modelo referem-se ao fato de que a água, enquanto recurso natural, pode ser mensurada consoante valores econômicos. Assim, pode-se atribuir à água um determinado "valor" ou um "preço", ainda que não se possa utilizá-la ao seu bel prazer[33]. Enquanto recurso ambiental , o seu uso deverá ser orientado para a vida, o desenvolvimento econômico e o bem estar social[34].

Para além dessa prática discursiva, que focaliza a importância de uma "gestão racional" do recurso, é possível observar que as transformações formais em torno dele se deram no sentido de garantir a sua "apropriação" e a sua "privatização". A apropriação se dá pela possibilidade que se tem de separá-lo da natureza, ou melhor, de individualizá-lo enquanto bem. Já a privatização pode ser compreendida enquanto possibilidade de cobrança pelo uso do recurso.

Essa transformação da água permite que alguns agentes (concessionárias) possam se apropriar individualmente do bem e transformá-lo em bem de troca. A despeito do recurso natural água não ser produto das relações sociais de produção, transforma-se em mercadoria[35].

---

numa prática discursiva daqueles que são favoráveis ao cercamento e a uma variante malthusiana específica (THOMPSON, 1998: p.93).

[33] Machado (2002: p. 32).

[34] Granziera (2001: p. 99).

[35] Oliveira chama atenção para o fato de que Marx já relatava à época, processos desse tipo, em que o trabalho não é o único produtor de riqueza, a primazia sendo da natureza (OLIVEIRA, 1994: p.12).

Observa-se que nas discussões em torno do meio ambiente há toda uma formulação jurídica orientada no sentido de transformar os recursos naturais e os conhecimentos tradicionais em bem, passível de ser apropriado e valorado economicamente. Configura-se numa forma de representar e de se apropriar da natureza, medida pela capacidade e potencialidade econômica de cada recurso.

Nesta última década, os debates jurídicos têm se orientado no sentido de criar instrumentos legais que possam servir para apropriação dos chamados "conhecimentos tradicionais", sendo que as pesquisas jurídicas voltadas a esse problema, vêm se tornando reféns das discussões, pois o fazem a partir da "utilidade" ou "necessidade" dos instrumentos, ou seja, se vinculam a uma discussão já dada, sem qualquer tipo de questionamento acerca de sua própria necessidade, de mercantilização do "conhecimento tradicional".

Esta forma de compreender o mundo, alicerçada numa racionalidade econômica, que tem o direito como instrumento de sua realização, parece não deixar margem às outras formas de saber, que por não ser formalizado e se encontrar mais localizado, enraizado, tem se insurgido, é o que Foucault denomina de 'insurgência dos saberes" (FOUCAULT, 1999: pp. 3-48).

Nesse processo, onde se encontra inscrita uma concepção de mundo dotada de determinada racionalidade econômica, o Homem não teria outro significado além de mero instrumento para a realização dos propósitos do capital (EDELMAN, 1999).

Nesse sentido, é necessário relativizar as transformações que fizeram do Poder Público o titular de seu domínio.

Observa-se que para o que está em jogo, é indiferente a titularidade ou domínio do bem, tal como tem sido realçado pelos intérpretes como se constituísse um dado inovador da "Lei de Recursos Hídricos".

Verifica-se pois, que tem havido um processo de mobilização do capital no sentido de se apropriar da riqueza nos diversos países[36].

Ao transformar um recurso natural em bem dotado de "valor econômico", ainda que seja para os objetivos previstos (artigo 2° da Lei), possibilita uma cobrança pelo uso do recurso. Tal processo ensejou profundas transformações relacionadas à água, como o de permitir a extração de renda dos sujeitos. Os sujeitos são obrigados a entregar parte de seu rendimento, que é fruto de seu trabalho, para o pagamento de um recurso natural oriundo da própria natureza.

Nesse sentido, evidenciam-se as estratégias do capital para acumular mais capital, por meio de um recurso natural, na medida em que se atribui à água determinado "valor econômico".

Como visto, a usurpação da água permite, sem nenhum custo, aumentar o ganho do capital, cujo investimento foi de simplesmente transformar, por meio da denominada Lei de Recursos Hídricos, um recurso da natureza, de uso comum , em mercadoria. Karl Marx já havia chamado atenção para esse processo que denominou de "acumulação primitiva", que é "o processo histórico que dissocia o trabalhador dos meios de produção. É considerada primitiva porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção capitalista"[37].

---

[36] Oliveira vem ressaltando o fato do capital financeiro vir tentando incluir no seu circuito recursos sobre os quais não tinha controle. Para ele, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que tem sido festejada pelos intérpretes como um importante instrumento legal para a melhor gestão dos recursos públicos: "é um 'garrote vil' que inclui os poderes locais necessariamente no circuito financeiro globalizado, e essa inserção é o instrumento mais poderoso de controle político e, pois, social. Quem pensa que a LRF saneará as finanças municipais e estaduais, livrando-se das dívidas, não entendeu nada do capitalismo financeirizado." (OLIVEIRA 2001: p. 28).

[37] Marx (1989: p. 803). Marx está preocupado em analisar como se dá o processo de "acumulação de capital", que vai permitir que alguns detenham o controle dos meios de produção. No caso específico, focaliza a passagem das "terras comunais" para o domínio privado: "O roubo assume a forma parlamentar que lhe dão as leis relativas ao cercamento das terras comunais, ou melhor, os decretos com que os senhores das terras se presenteiam com os bens que pertencem ao povo, tornando-os sua propriedade particular, decretos de expropriação do povo" (MARX, 1989: p.841).

Considerações Finais

É interessante observar que essa transformação de um recurso natural em um bem ambiental dotado de "valor econômico" é orientado no interior de um discurso ambientalista, que advoga pela possibilidade de esgotamento do recurso e, portanto, da necessidade de instituir meios que possam tornar viável a cobrança para entre tantas razões organizar racionalmente a sua exploração, evitando o monopólio ou mesmo o uso indevido.

O apelo de um discurso ambiental tem sido um poderoso instrumento de convergência de idéias, sobretudo porque se tem uma "naturalização" do recurso e de seu uso. O discurso ambiental tem servido para apagar as divergências e acertar as prescrições que são contidas na Lei, as quais se impõem quase sem nenhum questionamento.

Neste contexto em que estratégias do capital se apropriam de mais capital não se pode afirmar que a simples instituição de cobrança da água permitirá às empresas concessionárias um melhor redirecionamento da gestão do recurso. Ademais, quem pode garantir que esse recurso recebido pelo pagamento do uso da água será revertido para uma melhor gestão do recurso ? Além disso, ninguém também assegurar que as empresas concessionárias do serviço venham a dispor o recurso para outros países, mediante uma escassez aguda.

Afinal, diante de uma imediata tragédia de escassez da água, ninguém se colocaria contrário à instituição de cobrança para evitar possíveis abusos e para melhor organizar a gestão do recurso. Contudo, é importante lembrar que esses discursos são acionados para justificar as "práticas jurídicas", cujos objetivos nem sempre estão explicitados. Importa salientar que no caso específico, trata-se a água de um recurso bastante valioso e que tem sido designado como "ouro azul".

O fato de ser um bem extremamente valioso precisa ser tratado com a devida cautela a fim de não embarcar cegamente no discurso do mercado, cujos interesses são muito específicos e que não têm a ver com os interesses da coletividade. Mais do que isso, é necessário ser cuidadoso no sentido de tratar o "problema da água" de modo a contemplar as diferentes representações e significados que cercam esse bem .

REFERÊNCIAS BIBILIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Biologismo, Geografismo e Dualismos**: notas para uma leitura crítica de esquemas interpretativos da Amazônia que dominam a vida intelectual. Manaus, 2005. Mimeo. 42p.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Darwin e Marx: diálogos nos tópicos para uma interpretação do Brasil. **Somalu**: Revista de Estudos Amazônicos do PPGSCA, ano 1, n.1, pp. 9-27, 2006.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de; SHIRAISHI NETO, Joaquim; MARTINS, Cynthia Carvalho. **Guerra Ecológica nos Babaçuais**: o processo de devastação dos palmeirais, a elavação do preço de commodities e o aquecimento do mercado de terras na Amazônia. São Luís: Lithograf , 2005.

AXEL, Dourojeanni; JOURAVLEV, Andrei. **Crisis de governabilidad en la gestión del água** (Desafios que enfrenta la implementación de las recomendaciones contenidas en el capítulo 18 del Program 21). Chile: CEPAL/ División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2001.

BENATTI, José Heder. Comentários sobre a "Legislação e os sistemas institucionais de gestão dos recursos hídricos no Brasil e sua relevância para a Amazônia" de Augusto Setti. ARAGON, Luis E; CLUSENER, Miguel. **Problemática do uso local e global da água da Amazônia**. Belém: NAEA, 2003. pp.377-382.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**; trad. Fernando de Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil S.A, 1989. pp.17-58; 209-254.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos 2**: para um movimento social europeu; trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

DAKOLIAS, Maria. **El sector judicial em América Latina y el Caribe**: elementos de reforma. Estados Unidos: Banco Mundial, 1997.

EDELMAN, Bernard. **La Persona en Danger**. 1° Ed. França: PUF, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**; trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídica**. Rio de Janeiro: NAU, 1996.

GALEANO, Eduardo. Águas de Outubro. **Jornal Sem Terra**, ano XXII, n.246, novembro-dezembro de 2004. (Retirado do site http://www.mst.org.br/informativos/JST/246/internacional.html, em 14 de outubro de 2006.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito das Águas**: disciplina jurídica das águas doces. São Paulo: Atlas, 2001.

LOPES, José Sérgio Leite. Introdução. A "ambientalização" dos conflitos sociais. LOPES, José Sérgio Leite; ANTONAZ, Diana; PRADO, Rosane; SILVA, Gláucia (orgs.). **A ambientalização dos conflitos sociais**. Rio de Janeiro: Relume Dumará , 2004. pp. 17-38.

LOWIE, Robert H. **Historia de la Etnologia**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1946. pp. 149-158.

MACHADO, Paulo Affonso Leme Machado. **Recursos Hídricos**. Direito Brasileiro e Internacional. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARX, Karl. A Chamada Acumulação Primitiva. **O Capital**: crítica da economia política. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil S A , 1989. Livro I O Processo de Produção do Capital, vol. II. pp.828-882.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2° Ed. Portugal: Estampa, 1994.

MIAILLE, Michel. Desordem, Direito e Ciência. **Revista da Faculdade de Direito da UFF**, vol.6, pp. 09-24, 2002.

OLIVEIRA, Francisco. A Reconquista da Amazônia. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n.38, pp.03-14, março de 1994.

OLIVEIRA, Francisco. **Aproximações ao Enigma**: que quer dizer desenvolvimento local? São Paulo: Polis; Programa de Gestão Pública e Cidadania/ EAESP/ FGV, 2001.

Relatório do Desenvolvimento Humano 2004. **Liberdade Cultural num Mundo Diversificado**. Portugal: Programa das Nações Unidas (PNUD), 2004.

PETRELLA, Riccardo. Uma necessidade vital se torna mercadoria. **Cadernos Diplô (A Disputa pelo Ouro Azul)**, n.3, pp.12-15, 2003.

PETRELLA, Riccardo. A Conquista da Água. **Cadernos Diplô (A Disputa pelo Ouro Azul)**, n.3, pp. 16-17, 2003.

POMPEU, Cid Tomanik. **Direito das Águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANCIERE, Jacques. **O Desentendimento**; trad. Ângela Leite Lopes. São Paulo: ed. 34, 1996.

SAID, Edward W. **Representações do Intelectual**: as conferencias Reith de 1993; trad. Milton Hatoum. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SOLON, Pablo. A Lição de Cochabamba. **Cadernos Diplô (A Disputa pelo Ouro Azul)**, n.3, pp.32-33, 2003.

THOMPSON, E. P. **Costumes em Comum**; trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

WALD, Arnoldo; MARTINS, Ives Granda da Silva. Dez anos da Lei de Arbitragem. **Folha de São Paulo**, 24 de setembro de 2006, A3.

O MEIO AMBIENTE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Leandro Causin Alves*

RESUMO

A Constituição, além de organizar o exercício do poder político e estabelecer fins públicos a serem alcançados, cuida também de definir os direitos fundamentais do povo, podendo se coordenar em três categorias: o político, o individual e o social.
Através da participação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, juntamente com toda a população, muito se pode fazer para preservar o meio ambiente. A conscientização das pessoas é fator primordial para a diminuição da poluição no âmbito internacional, haja vista que a poluição ultrapassa localidades.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUIÇÃO, POPULAÇÃO, MEIO AMBIENTE, CONSCIENTIZAÇÃO, POLUIÇÃO.

ABSTRACT

The contitution organizes the political power exercise and sets public aims to be reached; besides it defines the people's fundamental rights. It can coordenate itself in three categories such as the political, the individual and social one.
Throught the Executive, Legisltive and Judiciary, with the population, plenty of things can be done to preserve the environment. People's awareness is a deterninant factor to decrease the pollution in an international ambit because the pollution goes to farther boundaries.

KEYWORDS: CONSTITUTION, POPULATION, ENVIRONET, AWARENSS, POLLUTION.

* Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos - FDC. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho. Integrante do Grupo de Pesquisas Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da Faculdade de Direito de Campos – FDC. Integrante do Grupo de Pesquisas Direito Ambiental da Faculdade de Direito de Campos – FDC. Advogado. Professor titular da graduação da Faculdade de Administração de Cataguases/MG – FACAT (FUNJOB).

1. INTRODUÇÃO

A preocupação do homem com o meio ambiente é muito antiga, talvez nem tanto quanto sua existência, e fruto da ligação de sua percepção interna com a natureza. Recentemente, a partir do momento em que se constatou que o crescimento humano desordenado e o capitalismo exacerbado comprometeriam à saúde e a qualidade de vida no planeta, aquela preocupação agigantou-se, principalmente entre os círculos daqueles mais sensíveis e conscientes da trajetória catastrófica a que tal processo poderia nos levar.

Em conseqüência disso, no decorrer do século XX e XXI diversas Convenções Internacionais foram e continuam sendo realizadas em vários países para tratar de um assunto que preocupa toda a humanidade, a poluição do Planeta Terra.

O presente trabalho terá como enfoque o Capítulo VI, artigo 225 da Constituição Federal de 1988, tendo como conteúdo a ser trabalhado a postura do Estado Democrático de Direito frente aos Tratados e Convenções referentes aos direitos humanos, abordando princípios do meio ambiente consagrando-o como prerrogativa fundamental do cidadão. O Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de que a coletividade tem como dever preservar o meio ambiente, e como privilégio, gozar de suas benesses; enfim visa-se ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não só para esta como também para as gerações vindouras.

Afinal, em se tratando de meio ambiente, o que está em jogo é um bem de valor incalculável e indissociável, ou seja, a vida de todas as formas de espécies vivas do planeta.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA PREOCUPAÇÃO MUNDIAL COM O MEIO AMBIENTE

Através da história da humanidade podemos constatar que a degradação do Meio Ambiente é tão antiga quanto a existência das sociedades primitivas. No início os homens utilizavam os recursos naturais apenas para sua subsistência, mas com o passar do tempo e a formação das sociedades, viu-se que a natureza poderia produzir bens de consumo e que riquezas poderiam ser acumuladas.

No século XIX ao surgirem as sociedades industriais, inicia-se uma era de degradação ambiental em decorrência do uso irracional dos recursos naturais e da emissão desenfreada de poluentes tóxicos. Nasce então a ideologia do liberalismo econômico.

Nesta época o petróleo e o carvão passaram a ser fontes geradoras de energia para as indústrias, e a atmosfera, recebendo assim, imensa carga de gás carbônico, teve, a partir de então, a camada de ozônio gradativamente destruída o que vem gerando alterações climáticas em todo mundo, sendo este um dos problemas mais sérios na esfera ambiental devido às suas conseqüências.

O crescimento da economia do século XX agravou essa situação porque entendeu-se serem inesgotáveis os recursos naturais. Todavia vários segmentos doas sociedades civis viram o perigo que paira sobre todos nós a ameaçar a continuidade da vida no planeta. Passou-se então a refletir sobre a necessidade da tutela dos recursos ambientais.

Em 1972, foi realizada em Estocolmo, na Suécia, a Primeira Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, visando à preservação ambiental e o equilíbrio ecológico global, tendo como resultado deste encontro a Declaração sobre o Ambiente Humano, consagrando os direitos fundamentais do homem perante o meio ambiente.[1]

A Conferência de Estocolmo representa o instrumento pioneiro em matéria de Direito Internacional Ambiental tendo em seu texto um preâmbulo de vinte e seis princípios que abordam as principais questões que prejudicam o planeta e a recomendação de critérios para minimizá-los. Este documento serviu para inserir no

[1] A Declaração sobre o Ambiente Humano se compõe de 26 Princípios considerados como um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem: "o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigações de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o "apartheid", a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira permanecem condenadas e devem ser eliminadas. Os recursos naturais da Terra, incluindo o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados. Deve ser mantida e, sempre que possível, restaurada ou melhorada a capacidade da Terra de produzir recursos renováveis vitais. O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judicialmente o patrimônio representado pela flora e fauna silvestre, bem assim o seu "habitat", que se encontra atualmente em grave perigo, por uma combinação de fatores adversos. Em conseqüência, ao planificar o desenvolvimento econômico, deve ser atribuída importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestre" (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo. Atlas, 2006. p. 749,750).

plano internacional a dimensão ambiental como condicionadora e limitadora do modelo tradicional econômico e dos recursos naturais do planeta.[2]

Novas relações jurídicas foram surgindo em todo o mundo, as quais passaram a exigir regulamentações a fim de preservar o equilíbrio social ambiental.

No ano de 1982 aconteceu em Nairóbi um encontro para a formação de uma Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento, a fim de se fazer uma avaliação dos dez anos da Conferência de Estocolmo, dando como resultados já no ano de 1987 do Relatório Nosso Futuro Comum.[3]

No Brasil a Constituição Federal de 1988 consagrou dois princípios fundamentais com relação ao cidadão em face do meio ambiente que são: a proteção ambiental, instituído no artigo 225, assegurando a todos o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado; e a função social da propriedade, estabelecida no artigo 186, que para o exercício desse direito, exige o aproveitamento racional e adequado dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

Em junho de 1992, foi realizado no Brasil, mais precisamente na cidade do Rio de Janeiro, outro evento da "Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento", sendo este mundialmente conhecido como Rio 92, onde reuniu mais de 80% dos países do mundo. A Conferência realizada no Rio de Janeiro foi um ato de afirmação do Direito Ambiental, que obteve como fruto um verdadeiro manual de recomendações de proteção ambiental para toda a humanidade. Trata-se de uma declaração de 27 Princípios Ambientais que ficou conhecida como Carta da Terra. Esta por sua vez, reafirmou os princípios da Declaração de Estocolmo e adicionou outros sobre o Desenvolvimento Sustentável e o Meio Ambiente.[4]

Posteriormente, no ano de 1997, na cidade de Nova York nos EUA, foi realizada a 19ª Sessão Especial da Assembléia Geral das Nações Unidas, conhecida como Rio + 5, no intuito de avaliar os cinco primeiros anos da implementação da Agenda 21 elaborada na Convenção da Rio 92.

Outro marco importante com relação aos aspectos históricos do Direito Ambiental, foi a realização em 1997 de uma conferência no Japão, na cidade de Quioto,

---

[2] GUERRA, Sidney, GUERRA, Sérgio. Direito Ambiental. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2005. p. 216
[3] *Ibdem*, p. 217
[4] MAGALHÂES, Juracir Perez. A evolução do direito ambiental no Brasil. 2ª ed. aum. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 92

decorrente da Convenção-Quatro assinada na Rio-92 sobre Mudanças do Clima, vindo a receber o nome de Protocolo de Quioto.

O Protocolo de Quioto foi elaborado com a presença de 39 países, e incluiu metas e prazos relativos à redução ou à limitação das emissões futuras de dióxido de carbono e outros gases responsáveis pela degradação do efeito estufa, tendo como objetivo um desenvolvimento mundial mais limpo e saudável.

No ano de 2002 ocorre a Conferência de Joanesburgo, na África do Sul, que procurou a adoção de medidas concretas e identificações de metas quantificáveis para por em ação de forma concreta a Agenda 21[5]. Nesta conferência os Estados reafirmam o compromisso com o desenvolvimento sustentável, propondo-se a construírem uma sociedade global humanitária, eqüitativa e solidária.

Recentemente, em 2007 foi realizada na França uma conferência para tratar do aquecimento global do planeta em decorrência da destruição da camada de ozônio e o aumento da temperatura em todo o Planeta Terra.

É importante ressaltar que em relação à questão ambiental, hoje já existe um Direito Internacional Ambiental visando a proteger todas as formas de vida existentes no planeta.

3. O MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Meio ambiente é o complexo de relações entre o mundo natural e os seres vivos. A Carta Magna reconhece o meio ambiente como bem jurídico autônomo e confere a todos – Poder Público e cidadãos – direitos e responsabilidades para com ele.

A Constituição é um documento jurídico, caracterizado como um sistema de normas. As normas constitucionais sobre meio ambiente devem ser interpretadas sob a perspectiva de sua efetividade, designando a atuação prática, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. As normas de tutela ambiental são encontradas difusamente ao longo do texto constitucional de natureza processual, administrativa, penal, civil, dentre outros mais.

[5] GUERRA, Sidney, GUERRA, Sérgio. *Op. cit*., p. 219

Para José Afonso da Silva[6], diante da tutela do meio ambiente, "o que se protege é um valor muito maior: a qualidade da vida humana". Esse é o contexto que deve nortear a interpretação das normas constitucionais pertinentes que consubstanciam o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com uma conseqüência relevante para a garantia de sua eficácia e aplicabilidade, qual seja, a sua inserção no rol das matérias componentes dos limites materiais ao poder de reforma (art. 60, § 4º, CF). Quer dizer, a Carta Magna, ao abraçar a causa do direito à vida, decidiu sobre o valor de um meio ambiente equilibrado, agindo assim em conformidade com a proibição de que essas cláusulas sejam eliminadas ou alteradas por meio de emendas constitucionais.

Ao instituir o Estado, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais do povo e estabelece princípios e traça fins políticos a serem alcançados. Por conseqüência, as normas constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias: normas constitucionais de organização – traçam a estrutura do Estado; normas constitucionais definidoras de direitos – geram direitos subjetivos; e normas constitucionais programáticas – traçam fins sociais a serem alcançados pelos poderes públicos.[7]

Édis Milaré elucida ao dizer que foi através da Constituição Brasileira de 1988 que nós, brasileiros, passamos a nos preocupar mais com o meio ambiente,

> "marco histórico de integral valor, dados que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nelas sequer uma vez foi empregada a expressão "meio ambiente", a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos".[8]

A Constituição Federal de 1988 inovou e criou o Capítulo VI, intitulado "Do Meio Ambiente", proclama o artigo 225, *caput*, que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Arrola, no parágrafo primeiro, as providências que o Poder Público deverá tomar para "assegurar a efetividade desse direito" como, por exemplo, "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente,

[6] SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente. Revista de Direito Ambiental, vol. 27. p. 51-57.
[7] BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição Brasileira. Revista Forense, vol. 317.
[8] MILARÉ, Edis. Legislação ambiental do Brasil. São Paulo: APMP, 1991. p.3.

estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade" (inciso IV) e "aplicar às pessoas físicas e jurídicas as sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados" (§ 3º).

Uma diferença marcante do sistema de proteção ambiental é a distribuição de competências legislativas e administrativas, entre a União, os Estados e os Municípios.

A Constituição, além de organizar o exercício do poder político e estabelecer fins públicos a serem alcançados, cuida também de definir os direitos fundamentais do povo, podendo se coordenar em três categorias: o político, o individual e o social. Os direitos políticos traduzem-se, essencialmente, na capacidade eleitoral e na capacidade eletiva pessoal da composição dos órgãos do Estado. Os direitos individuais são dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade privada. Os diretos sociais criam para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção de igualdade social material.

A Legislação Brasileira infraconstitucional inseriu a exigência da elaboração de estudos ambientais como condicionante para o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente.

Indica-se ainda que o licenciamento ambiental no Brasil é "cumulativo", isto é, todas as obras, instalações ou atividades capazes de afetar negativamente a qualidade do meio ambiente devem ser licenciadas, ao mesmo tempo e dependendo do impacto, por órgãos estaduais, municipais, e às vezes também por órgãos federais. Ou seja, mesmo que o respectivo órgão estadual licencie um empreendimento, a prefeitura municipal pode avaliar os impactos do mesmo projeto e, se chegar à conclusão de que aquela atividade é danosa ao meio ambiente ou à sua população, prevalecerá a decisão negativa da prefeitura. Todavia, na prática, há poucos governos locais que possuem capacidade técnica para estabelecer um sistema próprio de licenciamento ambiental; por isso, os Municípios normalmente autorizam as atividades licenciadas pelo órgão estadual.

A tutela dos interesses difusos de cunho ambiental exige ações específicas. Duas delas têm sede constitucional e têm operado como os principais instrumentos de proteção dos direitos desta natureza: a ação popular e a ação pública.

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A Ação Civil Pública ficou consagrada como instrumento fundamental à proteção dos interesses difusos e coletivos, tendo sido arroladas entre os itens da seção dedicada às competências do Ministério Público atribuindo-se a ele, como função institucional, promover o inquérito civil e a ação pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente e de outros interesses.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário possuem papéis importantes na esfera da Proteção Ambiental, tais como: ao Poder Executivo foi reservada uma ampla gama de competências na efetivação da tutela ambiental, como por exemplo, o estudo de impacto ambiental; ao Legislativo foi acentuado o seu papel de controle do Poder Executivo, o poder de polícia; ao Poder Judiciário como o guardião supremo da efetividade das normas constitucionais. Os direitos assegurados constitucionalmente são suscetíveis de tutela jurisdicional.[9] Uma certeza, entretanto temos: se tais competências forem utilizadas para o bem comum, para real proteção, preservação, conservação, uso racional, sustentável e equilibrado dos recursos naturais, muitos pontos de discórdia deixarão de existir.

Toda alteração no meio ambiente provocada exclusivamente pela conduta ou atividade humana, atingindo direta ou indiretamente a saúde, a segurança e o bem estar da população, atividades socioeconômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente ou a qualidade dos recursos ambientais é considerada impacto ambiental.

Na tentativa de chegar ao desenvolvimento sustentável, a educação ambiental é parte vital e indispensável, pois é a maneira mais direta e funcional de se atingir pelo menos uma de suas metas: a participação da população. Assim, desenvolvimento sustentável pressupõe a expansão econômica permanente, com melhorias nos indicadores sociais e a preservação ambiental.

Só mesmo com a prática equilibrada, ponderada e equânime dos valores dos entes políticos na execução diária das suas competências materiais comuns e nas legislativas concorrentes é que serão delineados os tênues limites – horizontal e vertical – que separam suas responsabilidades.

---

[9] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit*. v. 317

4. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os Direitos Fundamentais foram constituídos através das liberdades individuais em face do Estado, num dualismo entre o Estado e a Sociedade Civil. Estes direitos uma vez inscritos na Norma Constitucional, têm eficácia imediata. A prática efetiva dos direitos fundamentais, portanto, está estritamente ligada ao Estado Democrático de Direito. Sendo que a democracia material proporciona a efetiva atuação conjunta do Estado com a sociedade civil na concretização dos direitos humanos fundamentais.

Os direitos fundamentais da pessoa humana são aqueles que todas as pessoas devem ter, em todo lugar e a qualquer tempo, e cuja privação causaria uma grave ofensa à justiça.

O direito ao meio ambiente foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 através do artigo 225, fazendo-se necessária à interação entre o Estado e a Sociedade Civil, para que pudessem laborar juntos, atribuindo a todas as pessoas a responsabilidade pela defesa de uma vida saudável para a presente e a futura geração. Segundo Paulo Affonso Leme Machado, "o artigo 225 consagra a ética da solidariedade entre as gerações. Cria-se um novo tipo de responsabilidade jurídica: a responsabilidade ambiental entre gerações".[10]

O desenvolvimento econômico e a preservação ambiental são temas fundamentais para a sociedade e que devem conviver em perfeita harmonia, de maneira que haja um maior equilíbrio e uma melhor justiça social entre os seres humanos.

A Carta Magna declara em seu preâmbulo que temos um Estado Democrático de Direito, tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III, sendo este um valor de direito fundamental social assumindo uma postura coerente com o desenvolvimento da idéia da objetivação da responsabilidade em relação ao dano ambiental.

O artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceitua a Ação Popular, consagrando como Direito Fundamental de todos os cidadãos brasileiros a proteção ambiental. Estabeleceu que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, assegurando a todos um meio ambiente

[10] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Meio Ambiente e Constituição Federal. Em Direito Ambiental em Debate v. 1. Coord. Guilherme Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro. Esplanada, 2004. p. 225.

ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à Coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo perante a presente e as futuras gerações e ampliou as ações judiciais na tutela ambiental.

O direito ao meio ambiente insere-se na terceira geração de direitos fundamentais, sendo dotado de alto teor de humanismo e universalidade. O Direito Fundamental à preservação do meio ambiente revela-se na definição de ordem econômica, suas finalidades e os princípios que ele informa, encontram-se inseridos no artigo 170 da Lei Maior.

Por fim, a noção de Direito Fundamental ao meio ambiente está centralizada no desenvolvimento social, econômico e cultural do homem, devendo ser respeitada e protegida para que o Estado Democrático de Direito tenha prosseguimento, já que a democracia só existe se houver um estreito comprometimento com a efetivação dos direitos humanos, restando a cada indivíduo, sociedade civil, empresas privadas, públicas e Estado, ter consciência de seus atos, a fim de salvaguardar o direito maior – a vida e a perpetuação das espécies no Planeta.

5. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO

Os direitos de terceira geração sobrevieram à Segunda Guerra Mundial, reagindo aos extermínios em massa da humanidade praticados na primeira metade do século XX, tanto por regimes totalitários como democráticos.

A geração de direitos ajustada sobre a fraternidade passa a existir dotada de um elevado grau de caráter de humanismo e universalidade, extrapolando a abrangência dos demais direitos fundamentais que se destinam à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Fruto da consciência contemporânea da melancólica realidade de extrema pobreza de determinadas nações, contrastando com a riqueza e o desenvolvimento de outras, nasce a reflexão sobre temas concernentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, ao direito de propriedade e ao patrimônio comum da humanidade.

A Carta Magna estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever e direito fundamental de toda coletividade, tratando-se, pois de direito difuso, enquadrando-se como direito de terceira dimensão ou geração.

Os direitos de primeira geração são aqueles onde o Estado visa resguardar os direitos fundamentos ligados à liberdade, à vida e à propriedade. São os direitos que têm por titulares o indivíduo. São oponíveis ao Estado, e se traduzem como faculdades ou atributos da pessoa, valorizando primeiro o homem singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista, que compõe a sociedade civil, tendo dominado o século XIX. Os direitos de segunda geração possuem *status* positivo, ou seja, demandam comportamento ativo do Estado, visando à realização da justiça social, cultural e econômica que dominaram o século XX. Nasceram juntamente com o princípio da igualdade, dominando, por completo, as Constituições do segundo pós-guerra. Na terceira geração dos direitos fundamentais encontramos os direitos de fraternidade, de caráter altamente humano e universal, tendo como objetivo a proteção dos interesses difusos, da coletividade. Que na concepção de Karel Vasak, é identificado em número de cinco direitos, tais como, direito ao desenvolvimento, direito da paz, direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e, finalmente, o direito de comunicação. Por fim temos os direitos fundamentais de quarta geração que são os direitos de solidariedade, direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, sendo que deles dependem a concretização da sociedade aberta ao futuro.

Em suma, são direitos fundamentais de primeira geração os direitos individuais e políticos, os de segunda geração os direitos sociais, os de terceira geração os transindividuais e dos povos e, finalmente, os de quarta geração, os das gerações futuras.

Colhendo a lição de Norberto Bobbio[11] vemo-lo ressaltar que as referidas gerações evolutivas dos direitos fundamentais evidenciam sua característica materialmente aberta e mutável, revelando a historicidade e relatividade dos direitos fundamentais.

Elucida Bonavides[12] ao descrever que “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado”. “Um sistema

[11] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
[12] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 10 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 516.

de direitos se faz conhecido e reconhecido, abrem-se novas regiões da liberdade que devem ser exploradas".

A terceira geração dos direitos fundamentais, segundo Pérez Luño[13], atualmente tende a se polarizar em torno de temas como o do direito à paz, o dos direitos dos consumidores, o do direito à qualidade de vida ou à liberdade de informática (controle sobre o indivíduo e sua liberdade e intimidade, em função dos bancos de dados pessoais, meios de comunicação). Cresce, com intensidade, a convicção de que se trata de geração de direitos complementadora das fases anteriores, que se apresenta como resposta à chamada "poluição das liberdades", que significa, no entender de alguns setores da teoria social anglo-saxã como uma erosão e degradação dos direitos fundamentais ante determinados usos das novas tecnologias. Isto por que a revolução tecnológica têm redimensionado as relações tanto do homem com o semelhante, como com a natureza e alterando as relações com seu próprio contexto, onde certamente estas mutações não têm deixado de influir na esfera dos direitos humanos.

Paulo Bonavides faz esclarecimento à Terceira Geração dos direitos fundamentais - o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida. Trata-se de uma "questão de grande importância que tem suscitado inquietação, é o trato do homem com o meio ambiente em que está inserido, que condicionou sua existência e que pode, juntamente com ele, vir a ser destruído. As novas tecnologias concebem o domínio e a exploração da natureza, cujos resultados agora se constituem em preocupação cotidiana. A exploração acelerada das fontes de energia, a contaminação e a degradação do meio ambiente têm apresentado repercussão no habitat humano e no próprio equilíbrio psicossomático dos indivíduos. Um progresso técnico irresponsável move forças da natureza que não são possíveis de serem controladas, o que causa preocupação com a possibilidade de um suicídio coletivo". [14]

O Supremo Tribunal Federal, através do voto do Min. Celso de Mello (relator) já se posicionou no sentido de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito da coletividade, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o

---

[13] SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente. Revista de Direito Ambiental, vol. 27. Cit., p. 182. Também é o entendimento do ilustre jurista hispânico, LUÑO, A. E. P. *Los Derechos Fundamentales.* 5ª ed. Madrid: Ed. Tecnos. p.15

[14] BOBBIO, Norberto. *Op. cit.*, p. 523

gênero humano, portanto, de terceira geração, incumbindo ao Estado e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.[15]

Para concluir, o direito de terceira geração deve envolver a todos, não adiantando um só indivíduo ou país lutar por um meio ambiente equilibrado. É fundamental a participação da coletividade, visando à proteção em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término da análise o que se procurou apresentar é que o meio ambiente no âmbito dos direito fundamentais não se limita à poluição advinda da industrialização, mas abrange um universo muito mais complexo, que envolve todo o planeta, podendo colocar em risco a saúde mundial. Importa ressaltar que a democracia material proporciona a efetiva atuação conjunta do Estado com a sociedade civil na concretização dos direitos humanos fundamentais.

Através da participação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, juntamente com toda a população, muito se pode fazer para preservar o planeta. A conscientização das pessoas é fator primordial para a diminuição da poluição no âmbito internacional, haja vista que a poluição ultrapassa localidades.

A Carta Magna estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever e direito fundamental de toda coletividade, tratando-se, pois, de direito difuso, enquadrando-se como direito de terceira dimensão ou geração. Tal direito visa conservar a integridade do ser humano, cuidando dos valores da dignidade, da cidadania

---

[15] "A Questão do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. Direito de Terceira Geração. Princípio da Solidariedade.
O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação de direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não a indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social.
Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (MS - 22.164-0/SP, rel. o Min. Celso de Mello, in DJU 17/11/95, p. 39206. Sobre a referida jurisprudência veja: SAMPAIO, José Adércio L. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 701).

e dos outros valores que o leve a um estado de vida melhor e de convivência pacífica com o Planeta Terra.

O desenvolvimento econômico e a preservação ambiental são temas fundamentais para a sociedade devendo conviver em perfeita harmonia, de maneira a tocar um maior equilíbrio ambiental e justiça social entre os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 8ªed. Revista, ampliada e atualizada. Lumen Júris ed.: Rio de Janeiro, 2005.

_____. A Tutela Judicial do Meio Ambiente. Lumen Júris ed.: Rio de Janeiro, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Forense* v. 317.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 10 ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 35ª ed. Atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2005.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito à Educação Ambiental e à Conscientização Pública, Revista de Direito Ambiental, ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 18 – abril-junho de 2000.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Curso de Direito Ambiental (Interesses Difusos, Natureza e Propriedade). Rio de Janeiro: Portal Jurídico (GAZETAJURIS), 2006.

GALINDO, Bruno. Direitos fundamentais. Curitiba. Juruá, 2003.

GUERRA, Sídney e GUERRA, Sérgio. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUERRA, Sidney. Direito internacional ambiental. Rio de Janeiro. Maria Augusta Delgado, 2006.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 9º ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Meio Ambiente e Constituição Federal*. Em Direito Ambiental em Debate v. 1. Coord. Guilherme Purvin de Figueiredo. Rio de Janeiro. Esplanada, 2004.

MAGALHÃES, Juraci Perez. A evolução do direito ambiental no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 4ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SAMPAIO, José Adércio L. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional, Belo Horizonte, Del Rey, 2002

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente. *Revista de Direito Ambiental* v. 27.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. Livraria do Advogado Editora: Porto Alegre, 2004.

A POLÍTICA NACIONAL DE CONTROLE DA DESERTIFICAÇÃO E O ZONEAMENTO ECOLÓGICO-ECONÔMICO

Lívia Gaigher Bósio Campello*

RESUMO

A presente pesquisa tem por fim analisar o Zoneamento Ecológico-Econômico (ZEE), importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demonstrando a necessidade de sua formulação, implementação e monitoramento, de acordo com os objetivos da Política Nacional de Controle da Desertificação, aprovada pela Resolução 238/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA -, nas áreas brasileiras atingidas ou suscetíveis ao fenômeno da desertificação.

PALAVRAS-CHAVES: DESERTIFICAÇÃO; POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE; ZONEAMENTO ECOLÓGICO – ECONÔMICO; POLÍTICA NACIONAL DE CONTROLE DA DESERTIFICAÇÃO.

ABSTRACT

The research presented in the next pages aims at the analysis the Ecological-Economic Zoning, important instrument in the National Environment Policy, created by the Brazilian Law number 6.938, 31 of August of 1981, demonstrating the necessity of its institution, implementation and accompaniment, in accordance with the objectives of the National Desertification Control Policy, approved in the Resolution 238/1997 of the CONAMA, in the regions affected or submitted to desertification process.

KEYWORDS: DESERTIFICATION; NATIONAL ENVIRONMENT POLICY; ECOLOGICAL-ECONOMIC ZONING; NATIONAL DESERTIFICATION CONTROL POLICY.

*Mestre em Políticas Públicas e Processo pela FDC. Doutoranda em Direito e Estado: Internacionalização e Regulação pela UGF. Professora de Metodologia da Pesquisa em Direito na FDC.

Introdução

O zoneamento ambiental surge como uma proposta preventiva em longo prazo. Esse instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tenciona compatibilizar o desenvolvimento das atividades econômicas com a utilização dos recursos naturais, por isso também pode ser chamado de zoneamento ecológico-econômico (ZEE).

Pode-se dizer, portanto, que o ZEE se insere no debate em que o foco está no desenvolvimento sustentável e na noção de gestão integrada dos recursos naturais, tendo como objetivo conciliar preservação do meio ambiente e desenvolvimento econômico.

José Heder Benatti[1] salienta que é por meio dessa gestão que há a "possibilidade de antever e prevenir os problemas ambientais; regular as relações entre os sistemas socioculturais e o meio ambiente físico; e garantir a renovação e preservação desses recursos".

Esse instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, que em princípio conforma os resultados de estudos acerca das fragilidades e potencialidades ambientais de um determinado espaço geográfico[2], é alvo de discussões jurídicas, especialmente quando se quer determinar a sua natureza, meramente indicativa ou vinculante.

Por outro lado, subsiste uma reflexão que não pode deixar de ser mencionada, que é a lógica da participação cidadã para preservação do meio ambiente. Nesse sentido, o ZEE participativo e descentralizado, ou seja, constituído, sobretudo a partir de um canal de diálogo com a sociedade, merece um tratamento jurídico flexível no intuito de atender as novas demandas ambientais e sociais das populações de um determinado espaço geográfico, sob pena de ter comprometida a sua eficácia.

Desde a década de 1970, a desertificação chamou a atenção mundial, visto que, entre as importantes degradações ambientais que estão afetando os países que possuem regiões áridas, semi-áridas e subúmidas secas, tal fenômeno constitui a maior ameaça.

---

[1]BENATTI, José Heder. Aspectos legais e institucionais do zoneamento ecológico-econômico. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 29, ano 8, jan. - mar., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 104.

[2]MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.* 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 416. Esse autor ainda aduz que o ZEE "se ocupa das bases de sustentação das atividades humanas que requisitam os espaços naturais de cunho social, como é o solo, em geral, e os grandes biomas, em especial".

A despeito de o problema ter sido reconhecido em amplitude mundial e, desde 1977, ano em que foi celebrada a "I Conferência das Nações Unidas sobre Desertificação", houver sido praticados planos de ação e combate ao fenômeno, há de se considerar que a desertificação está, ativamente, em marcha.

Em 1991, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA – informou que a aplicação de recursos e a reversão dos processos de desertificação haviam sido bastante modestos. Oportunamente, sugeriu-se a elaboração de uma Convenção das Nações Unidas, especificamente para tratar do tema, ela foi acordada em 17 de junho de 1994, data que ficou marcada como o "Dia Mundial da Luta contra a Desertificação".

O problema atinge o Brasil, principalmente a Região Nordeste, onde se localizam os núcleos em avançado processo de degradação (Gilbués- PI, Irauçuba – CE, Seridó – RN e Cabrobó – PE), se estendendo para Minas Gerais e Espírito Santo, e a Região Sul (deserto dos pampas).

O governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação da "Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afetados por Seca Grave e/ou Desertificação, Particularmente na África", em 25 de junho de 1997, passando então a vigorar, para o Brasil, em 24 de setembro de 1997. Desde então, o governo nacional tem adotado medidas para o controle da desertificação, tais como a Resolução CONAMA 238, de 22 de dezembro de 1997 e o Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação (PAN-Brasil), finalizado em 2004.

Isso posto, convém examinar o Zoneamento Ecológico – Econômico – ZEE – importante instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, posteriormente regulamentado pelo Decreto do Executivo n° 4.297, de 10 de julho de 2002 – em conjunto com o problema da desertificação.

1. Aspectos conceituais do zoneamento ambiental ou ZEE

O ordenamento territorial visa à aproximação genérica e integrada do meio físico como um todo, na qual se realça a relação entre este e as atividades humanas, com base nos estudos das compatibilidades e incompatibilidades existentes, propondo-se, assim, um novo modelo de desenvolvimento e as medidas para alcançá-lo. Nessa

perspectiva, o zoneamento ambiental (ou ZEE) se insere pela análise de setores específicos com foco em ecossistemas próprios, nos quais se descortinam as degradações e os impactos que os afetam, bem como as atividades humanas que colaboram para a diminuição de sua potencialidade.

O zoneamento ambiental, tido como um processo de cognição do meio ambiente natural, existe em função do ordenamento territorial que, por sua vez, o engloba. Desse modo, o zoneamento ambiental tende a aproximar os objetivos do ordenamento à gestão integrada dos recursos naturais.

Importa salientar que o ZEE não equivale ao zoneamento do direito urbanístico que tem conotação normativo-vinculante. Infere-se que este instrumento não objetiva, especificamente, o parcelamento do território a fim de determinar que atividades serão ou não autorizadas.[3]

Nesse sentido, está deturpada a definição do governo do estado de Rondônia, cujo Zoneamento Socieconômico-Ecológico (ZSEE) foi aprovado pela Lei Complementar Estadual 233, em 06 de junho de 2000. Para o referido governo, o zoneamento é um instrumento que tem como "objetivo principal a divisão de uma unidade geográfica em áreas homogêneas visando ordenar a ocupação desse espaço territorial e indicar políticas públicas e ações governamentais consentâneas". [4]

Para Benatti[5], o ZEE assume uma concepção não-prescritiva e conforma apenas uma etapa do planejamento. Este autor assinala que o ZEE consiste "na produção, coleta, análise e sistematização de informações sobre o território, para que o poder público, em todas as suas esferas (municipal, estadual e federal) e poderes (legislativo, executivo e judiciário) possa ter elementos para implementar políticas dentro das suas competências constitucionais visando ao adequado ordenamento territorial".

---

[3]Vale reproduzir a crítica feita no ZEE do Acre: "Nos Estados amazônicos onde se elaborou *leis estaduais de zoneamento*, têm ocorrido dificuldades consideráveis. As leis estaduais de zoneamento tipicamente são baseadas em mapas com escalas muito genéricas (1:1.000.000 e 1:250.000) que dividem o Estado inteiro em diferentes .zonas., estipulando as atividades permitidas e proibidas em cada uma delas. Esse tipo de macrozoneamento normalmente comete equívoco, em função da falta de informações sobre as características específicas de cada local, inclusive em relação às realidades e aspirações de populações locais. Enquanto isso, as leis de zoneamento muitas vezes acabam servindo como uma *cortina de fumaça.*, ocultando a necessidade de reformas urgentes entre políticas governamentais que têm contribuído para problemas de degradação ambiental e conflitos sociais na região amazônica". (ACRE. Governo do Estado do Acre. Programa Estadual de Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Acre. Zoneamento ecológico-econômico: indicativos para a gestão territorial do Acre - documento final. Rio Branco: SECTMA, 2000. V. 3.)

[4] RONDÔNIA. Governo do Estado de Rondônia. *Zoneamento Socioeconômico-Ecológico (ZSEE)*. Porto Velho: Governo de Rondônia, 2000. Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/revistas/zoneamento/port/index.htm>. Acesso em 10 de maio de 2006.

[5]BENATTI, José Heder. Aspectos legais e institucionais do zoneamento ecológico-econômico. In: *Revista de Direito Ambiental*, n. 29, ano 8, jan. - mar., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2003. p. 104.

Acrescente-se a definição de Schubart, citado por André Lima[6], para ele o zoneamento é "o resultado de um processo político-administrativo, que utiliza o conhecimento técnico, ao lado de outros critérios, para fundamentar a adoção de diretrizes e normas legais, visando atingir objetivos socialmente negociados, que implicam em um conjunto de sanções ou incentivos sociais que regulam o uso de recursos e a ocupação do território".

As duas definições acima transcritas caracterizam o ZEE como um instrumento indicativo, ou, nos dizeres de André Lima[7], como "referencial informativo para a adoção de diretrizes e normas que visem o ordenamento do território em bases sustentáveis". Nessa razão, apreende-se que a edição das normas deve estar de acordo com as diretrizes do ZEE, que, por sua vez, as justificam ou fundamentam.

Destarte, o ZEE funciona como um instrumento técnico-político de orientação para a tomada da decisão. Assim é reconhecido pela Secretaria de Desenvolvimento Sustentável do Ministério do Meio Ambiente para a qual "o ZEE torna-se um importante instrumento para subsidiar a formulação de políticas territoriais da União, Estados e Municípios, orientando os diversos níveis decisórios na adoção de políticas convergentes com as diretrizes de planejamento estratégico do país. Busca-se, assim, conservar o capital natural e diminuir os riscos dos investimentos".

De fato, um dos objetivos do ZEE é dotar o Governo de bases técnicas para que este decida a melhor forma de uso e ordenação do território, portanto, a palavra final sobre as restrições de certos usos da terra caberia ao Governo ou à Assembléia Legislativa, mediante a elaboração de leis. Desse modo, o zoneamento está de acordo com a finalidade prevista pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República (SAE/PR)[8], ou seja servindo-se de um instrumento técnico de informação sobre o território, indicativo, portanto, mas também um instrumento político por excelência, de regulação do uso do território, e de negociação entre os vários setores do governo, o setor privado e a sociedade civil. Como tal, a implementação dos resultados do ZEE deve traduzir-se em normas legais de diversos níveis, que em seu conjunto, compõem o ordenamento territorial.

---

[6] LIMA, André. Zoneamento Ecológico-Econômico à luz dos direitos socioambientais. Curitiba: Juruá, 2006. p. 96.
[7] *Id. Ibid*., p. 96.
[8] BENATTI, José Heder. Direito de Propriedade e Proteção Ambiental no Brasil: *apropriação e o uso dos recursos naturais no imóvel rural*. Tese de dourado. Belém: Núcleo de Altos Estudos Amazônicos/ Universidade Federal do Pará, 2003. p. 299.

Para além da concepção normativista de zoneamento, utilizada no direito urbanístico, e da concepção indicativa ou informativa, já explicitada, acrescente-se a proposta de Benatti[9], que, por sua vez, defende um modelo de zoneamento participativo, pautado pela "descentralização" e "flexibilização normativa". Na visão deste autor, o zoneamento assume um papel de destaque na construção de um canal de diálogo entre os órgãos públicos, o setor privado e a sociedade civil, podendo influir nas políticas de proteção ambiental e de desenvolvimento de uma determinada região, sendo, portanto, também um espaço importante de composição dos conflitos sociais sobre as distintas formas de uso e manejo do solo e dos recursos naturais. Nessa concepção, o ZEE e, conseqüentemente, as atribuições desempenhadas pelas demais instâncias, não seria fundamentalmente "normativista", nem simplesmente "indicadores de condutas". Na realidade, haveria a superação dessas duas vias.

A descentralização facilita a participação dos interessados nas fases de elaboração, implementação e monitoramento do ZEE. É indubitável que os Zoneamentos Ecológico-Econômicos Estaduais representam a descentralização. Desse modo, a orientação de Benatti[10] segue ainda no sentido de prolongar a discussão aos foros locais, isto é, em níveis mais próximos dos cidadãos. Para ele, não se pode desconsiderar a ação do indivíduo (seringueiro, agricultor, pecuarista, madeireiro, garimpeiro etc.) incorporado à dimensão de uma coletividade, que pode viabilizar ou inviabilizar a política de gestão dos recursos naturais de uma determinada área.

Atinente à "flexibilização normativa", esta significa um ponto de equilíbrio entre a visão normativista e a visão meramente indicativa. No entendimento de Benatti[11] "o zoneamento não pode ter como resultado principal a divisão do Estado em zonas que definem o que pode e não pode ser feito em uma determinada área".

---

[9] *Id. Ibid.*, p. 300.

[10] *Id. Ibid.*, p. 300. Ainda vale extrair da explicação de Benatti: "Quando se consolidam níveis de participação, que vão do federal ao local, ou vice-versa, em cada instância há a possibilidade da participação de novos sujeitos sociais. A Comissão Estadual é constituída por órgãos e entidades de representação estadual ou nacional; nas Comissões Regionais ou Municipais conta-se com a presença de órgãos e entidades locais ou regionais, tais como sindicatos, associações de âmbito municipal ou regional, prefeituras, secretarias municipais etc. Na prática, essa descentralização permite que mais atores sociais "tenham voz", apresentem reivindicações e propostas para seu cotidiano, como também conheçam seus direitos e deveres. Esse processo possibilita, pois, que esses atores sociais sejam informados de outras opções que escapam à sua compreensão no seu dia-a-dia (podemos dar como exemplo a própria discussão sobre a importância de se realizar um ZEE regional ou local, sob a orientação das diretrizes estaduais e federal)".

[11] BENATTI, José Heder. Direito de Propriedade e Proteção Ambiental no Brasil: *apropriação e o uso dos recursos naturais no imóvel rural.* Tese de dourado. Belém: Núcleo de Altos Estudos Amazônicos/ Universidade Federal do Pará, 2003. p. 300. Nas palavras desse autor, "de fato, a ação do zoneamento deve ser pautada pelas informações que serão levantadas nos diversos estudos já elaborados, em andamento e os que serão produzidos. Podemos citar o levantamento fundiário, os estudos sobre os conflitos socio-ambientais; os estudos e levantamentos básicos de solo, geomorfologia, geologia, vegetação, hidrografia, climatologia, fauna, sensoriamento remoto etc. Esse material técnico servirá de subsídio para a tomada de decisão do ZEE".

A participação é um processo constante, realizando-se por meio do debate político, da participação "cidadã", que também ocorre por meio de eventos integrados (reuniões, seminários, audiências públicas, instâncias colegiadas etc.). Por isso, justifica-se uma metodologia flexível do zoneamento, para se ter a capacidade de incorporar novos elementos que vão surgindo como produto da participação.

A idéia sugerida é trabalhar com diretrizes normativas, voltadas para o manejo ou preservação dos recursos naturais. Tais diretrizes poderiam definir o conteúdo de decretos, resoluções ou instruções normativas. Ademais, as diretrizes normativas previstas no ZEE vinculariam o poder público e as atividades privadas, na medida em que conformassem o princípio da função social da propriedade, desde que houvesse ainda a compatibilidade entre os instrumentos normativos que dão vigência às diretrizes previstas pelo ZEE e a ordem jurídica em vigor. [12]

2. O ZEE e a Política Nacional do Meio Ambiente

Paulo de Bessa Antunes[13] corrobora o entendimento de que a Carta Constitucional brasileira de 1988 reconhece o zoneamento. Para este autor, "o artigo 21, inciso IX, da Constituição Federal fornece uma primeira referência do poder-dever da União em relação ao zoneamento".

Com efeito, no direito ambiental brasileiro, o zoneamento ambiental (ou ZEE) representa uma providência importante, visto que ostenta a condição de princípio e instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938, de 1981, recepcionada pela CRFB de 1988. Como um dos princípios, o zoneamento ambiental está prescrito no artigo 2°, inciso V, e deverá ser implementado em consonância com os objetivos gerais previstos na referida Lei. Adiante, o artigo 9°, inciso II, indica o zoneamento ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Finalmente, o Decreto do Executivo n° 4.297, de 10 de julho de 2002, regulamentou o artigo 9°, inciso II, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981,

[12]LIMA (2006). *Op. cit.* p. 159. Ademais, André Lima elucida que: "A concretização do ZEE opera pelo estabelecimento pelo Estado de diretrizes gerais, planos de ação e de políticas públicas, assim como, de diretrizes normativas para, com fundamento no poder de polícia e na função socioambiental da propriedade [imóvel e dos meios de produção], disciplinar as possibilidades de uso dos recursos ambientais condicionando-as aos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente e aos Direitos Socioambientais Constitucionais".

[13]ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 8. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005, p. 159.

estabelecendo critérios mínimos para o Zoneamento Ecológico – Econômico (ZEE) do Brasil.

Logo, o artigo 2° do Decreto em análise traz a definição de ZEE como "instrumento de organização do território a ser obrigatoriamente seguido na implantação de planos, obras e atividades públicas e privadas, estabelece medidas e padrões de proteção ambiental destinados a assegurar a qualidade ambiental, dos recursos hídricos e do solo e a conservação da biodiversidade, garantindo o desenvolvimento sustentável e a melhoria das condições de vida da população".

Em seguida, nos termos do artigo 3°, o ZEE tem por objetivo geral organizar, de forma vinculada, as decisões dos agentes públicos e privados quanto a planos, programas, projetos e atividades que, direta ou indiretamente, utilizem recursos naturais, assegurando a plena manutenção do capital e dos serviços ambientais dos ecossistemas. Mais ainda, apreende-se do parágrafo único deste dispositivo que o ZEE estabelecerá "vedações, restrições e alternativas de exploração do território e determinando, quando for o caso, inclusive a relocalização de atividades incompatíveis com suas diretrizes gerais".

A leitura desses preceitos suscita dúvidas acerca da natureza do ZEE, se diretriz mandamental ou indicativa, já que tais dispositivos determinam a obrigatoriedade de observância desse instrumento pelo Poder Público e pelo particular. Ademais, sublinhe-se que o ZEE, tal como descrito na Lei supra, vincula as decisões dos agentes públicos e privados, podendo, inclusive, estabelecer limitações à exploração do território.

Como enfatizado anteriormente, constam, no ZEE, diretrizes normativas, entretanto, convém acrescer que dependendo do grau de clareza e objetividade [especificidade] que tais diretrizes apresentam, influenciam diretamente na eficácia desse instrumento.

André Lima[14] lembra que diretriz pode significar o "caminho, rumo, direção, critérios e procedimentos para o alcance de uma finalidade", bem como, "denota o sentido de comando, regra, norma". Conforme a especificidade da diretriz, esta pode ensejar um comando (regra específica) ou um dispositivo indicativo, assumindo um caráter principiológico.

[14]LIMA (2006). *Op. cit.*, p. 123.

Desse modo, à luz da interpretação dos dispositivos acima mencionados, admite-se que o ZEE, além de indicativo, pode traçar diretrizes específicas vinculantes ao poder público (em suas políticas públicas) e ao particular (nas atividades econômicas de impacto ambiental), desde que tais diretrizes mandamentais sejam bastantes em si para delimitar uma conduta e estejam em plena consonância com o princípio da função socioambiental da propriedade e com o ordenamento jurídico em vigor. Nesse sentido, André Lima[15] aduz que "a depender da escala de intervenção de suas diretrizes e diagnósticos, o ZEE pode se transformar em um importante instrumento para a aferição e conformação dos indicadores e da materialidade dos critérios para o cumprimento da função socioambiental das propriedades".

No que tange aos princípios aplicáveis ao ZEE, apontados no artigo 5° da Lei supra, são eles: função socioambiental da propriedade, prevenção, precaução, poluidor-pagador, usuário-pagador, participação informada, acesso eqüitativo e integração.

Acrescente-se o princípio da utilização racional do território e gestão responsável dos recursos naturais, que, por sua vez, implica três premissas: 1) Conservar os processos ecológicos essenciais, vez que o desenvolvimento sustentável, como uma estratégia mundial para a conservação se pauta pela idéia de que existem limites para a utilização de recursos, a fim de que se mantenha em longo prazo o potencial de utilização do solo e de seus recursos; 2) Respeitar os critérios ecológicos de sustentabilidade, que devem ser arrolados em análise e diagnóstico do meio ambiente; 3) Evitar a localização de atividades em regiões de alto risco ambiental, a saber, o uso racional dos recursos ambientais deve levar em conta os processos naturais como inundação, vulcanismo, sísmica, entre outros.

3. A Política Nacional de Controle da Desertificação: o Brasil e as suas respectivas Áreas Suscetíveis à Desertificação – ASD's

Em congruência com as definições apresentadas pela "Convenção de Combate à Desertificação", em vigor desde 1996, as Áreas Suscetíveis à Desertificação – ASD's - concentram-se, em sua maior parte, no Nordeste brasileiro, onde predominam os espaços semi-áridos e subúmidos secos. Ao lado dessas áreas, também existem outras,

[15] *Id. Ibid.*, p. 178.

de igual forma, afetadas pelos fenômenos das secas, localizadas, porém, nas regiões adjacentes ao Nordeste, especificamente, nos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo.

Nos dados apresentados pelo Sumário Executivo do PAN (Brasil) - Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca, em conjunto, as ASD's representam 1.338.076 quilômetros quadrados, ou 15,72% do território brasileiro, abrigando uma população de mais de 31,6 milhões de habitantes, isso corresponde a 18,65% da população do país. [16]

Acrescente-se aos processos de desertificação ocorridos nessas áreas, segundo o Ministério do Meio Ambiente, que há uma "variada gama de unidades geoambientais, em sua maioria bastante vulneráveis à ação humana, ocorre uma uniforme e inadequada distribuição fundiária, aliada a uma expansão urbana desordenada, sobre as quais incidem, também uniformemente, a destruição da cobertura vegetal, o manejo inadequado de recursos florestais, o uso de práticas agrícolas e pecuárias inapropriadas e os efeitos socioeconômicos da variabilidade climática".[17]

Como resultados estampados desse fenômeno no Brasil, têm-se a ampliação das mazelas sociais e a redução da capacidade produtiva, que, de certa maneira, faz com que as ASD's apresentem, apesar das pressões antrópicas, um quadro de baixo dinamismo ou estagnação da atividade econômica. [18]

Nos espaços semi-áridos do Brasil, o fenômeno da desertificação foi identificado cientificamente a partir de 1970. Na ocasião, João Vasconcelos Sobrinho[19] publicou um estudo pioneiro explicando que estava a se formar "um grande deserto" com todas as características ecológicas que conduziram à formação dos grandes desertos hoje existentes em outras regiões do mundo. O autor informou que se tratava de um "deserto atípico", diferenciado do típico deserto saariano, pela incidência de precipitações e natureza do solo, mas com as mesmas implicações de inabitabilidade.

No Nordeste, as áreas mais afetadas pelas secas, reconhecidas oficialmente, foram delimitadas em 1936 sob a denominação de "Polígono das Secas", conforme a Lei 175, de 1° de janeiro de 1936. Importante ressaltar que, naquela época, a área do

[16]MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (SRH). *Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: PAN – Brasil.* Brasília: MMA e Centro de Informação, Documentação Ambiental e Editoração, 2004. p. xxiv.
[17] *Id. Ibid.*, p. xxiv.
[18] *Id. Ibid.*, p. xxiv.
[19] VASCONCELOS SOBRINHO, João. *O deserto brasileiro*. Recife: UFPE/ Imprensa Universitária, 1974. p. 07.

referido Polígono compreendia uma superfície de 672.281.098 quilômetros quadrados. Essa delimitação espacial perdurou até 1989. [20]

A figura do "Polígono das Secas" foi substituída pela "Região Semi-Árida do Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste – FNE", em conformidade com a Lei n° 7.827, de 27 de setembro de 1989[21]. Desde então, a Região Semi-Árida do FNE representa a área de atuação da "Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE".

Em 2000, a superfície compreendida como Região Semi-Árida do FNE correspondia a 895.254,40 quilômetros quadrados, sendo integrada por 1.031 municípios. Nessa área, viviam 19.326.007 habitantes, desse total, 56,5 % habitavam em áreas urbanas e 43,5%, em áreas rurais.

Com efeito, as ações do PAN (Brasil) se inserem nas regiões climaticamente caracterizadas por semi-áridas e subúmidas secas. Saliente-se, portanto, que os estados abrangidos pelo Programa são: Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia e norte de Minas Gerais.

Convém mencionar que, em 1983, João Vasconcelos Sobrinho[22] observou, como evidência da desertificação nos solos nordestinos, o aparecimento de determinadas manchas que, em suas palavras: " [...] apresentam-se descarnadas, como espécies de erupções epidérmicas. São áreas de solos rasos, quase que reduzidas ao afloramento rochoso, sem capacidade de retenção de água, pois, cessadas as chuvas, elas ficam imediatamente desidratadas. Os solos dessas áreas também apresentam deficiências em matéria de nutrientes, que contribuem para potencializar sua vocação para a desertificação".

Portanto, com base na ocorrência dessas manchas, Vasconcelos Sobrinho apontou a existência de "Núcleos de Desertificação", sendo locais onde, mesmo em períodos de chuva, a vegetação pouco ou não se recupera. [23]

Com a contribuição de Sobrinho, foi possível identificar as áreas mais atingidas pelo fenômeno, como áreas-piloto. Nesse seguimento, a partir de 1990, o

[20]MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (SRH). *Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: PAN – Brasil.* Brasília: MMA e Centro de Informação, Documentação Ambiental e Editoração, 2004. p. 09.
[21] BRASIL. Lei 7.827 de 27 de setembro de 1989. Regulamenta o art. 159, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, institui o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte - FNO, o Fundo Constitucional de Financiamento do Nordeste - FNE e o Fundo Constitucional de Financiamento do Centro-Oeste - FCO, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 27.03.2006.
[22]VASCONCELOS SOBRINHO, João. *Processos de desertificação no Nordeste do Brasil: sua gênese e sua contenção.* Recife: Sudene. 1983. p. 25-26.
[23] *Id. Ibid.*, p. 25-26.

"Núcleo Desert", da Universidade Federal do Piauí – UFPI -, produziu novos estudos nessas áreas com vistas à Conferência Internacional e Seminário Latino-Americano da Desertificação – CONSLAD. [24]

Entre março e novembro de 1996, foram feitas visitas de campo em quatro áreas, dentre as destacadas como áreas-piloto, para investigação sobre a desertificação no semi-árido brasileiro. Desse fato, constatou-se que a principal causa para a intensa degradação dessas áreas foi a substituição da caatinga pela agricultura e pecuária, bem como pela mineração, extração de argila de solos aluviais e retirada de madeira para lenha. Desde então, tais áreas foram identificadas como de "alto risco à desertificação" ou "núcleos desertificados", a saber: Gilbués, Irauçuba, Seridó e Cabrobó.

4. Resolução CONAMA n° 238 de 22 de dezembro de 1997

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA -, conforme as atribuições que lhe foram conferidas pela Lei n° 6.938/81 e pelo Decreto regulamentador n° 99.274, de 06 de junho de 1990, aprovou em 22 de dezembro de 1997, na 49ª Reunião Ordinária do Plenário, através da Resolução n° 238, a Política Nacional de Controle da Desertificação.

Nesse documento, foram estipulados, como "Marcos Referenciais para uma Política Nacional de Controle da Desertificação", o Capítulo 12 da Agenda 21, vez que traz diretrizes específicas para o enfrentamento do problema, e a Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação e à Seca, que enfatizou a necessidade de se tomarem medidas para combater o problema, familiarizadas em programas de ação nacionais.

Como objetivos básicos da Política Nacional em análise, com a finalidade de alcançar o premente desenvolvimento sustentável nas regiões propensas à desertificação e à seca, incluem-se, entre outros: a formulação de "propostas de curto, médio e longo prazo para a prevenção e recuperação das áreas atualmente afetadas pela desertificação"; o empreendimento de "ações de prevenção da degradação ambiental nas áreas de transição entre o semi-árido, o subúmido e o úmido, com vistas à proteção de

[24] Vale aditar que, nos termos do PAN (Brasil): "Este foi um momento importante do ponto de vista político e de inserção do bloco da América Latina na CCD, pois havia certo grau de dificuldade em se englobar outras áreas do planeta, além das áreas do continente africano. Esta situação abriu novas perspectivas para que outras regiões, com base no Anexo da América Latina, formulassem e incluíssem seus próprios anexos, como foi o caso do norte do Mediterrâneo e da Ásia".

diferentes ecossistemas"; articulação da ação governamental, em todas as esferas do governo, aspirando à "implementação de ações locais de combate e controle da desertificação e dos efeitos da seca"; contribuição para o "fortalecimento do município", para que sejam desenvolvidas estratégias locais de controle da desertificação; e, finalmente, contribuição para a articulação entre os órgãos do governo e os não governamentais, no intuito de buscar um "modelo de desenvolvimento econômico e social compatível com as necessidades de conservação dos recursos naturais e com a eqüidade social".

Para a consecução dos objetivos acima citados, a Política Nacional de Controle da Desertificação identifica sete componentes e estabelece algumas ações prioritárias, "cuja responsabilidade de implementação alcança vários setores governamentais", devendo estar assentada em um sólido processo participativo da sociedade civil e das ONG's.

São identificados como componentes: a) "Fortalecimento e Interação Institucional", com a finalidade de criar uma articulação institucional para elaboração e implementação do Plano Nacional de Combate à Desertificação, que depende de cooperação técnica; b) "Fortalecimento da comunicação e fluxo de informação sobre a desertificação", no intuito de se criar uma rede de informações e documentação sobre o assunto, em todos os seus aspectos; c) "Capacitação gerencial e técnica de pessoal em gestão de recursos naturais em áreas sujeitas à desertificação", tendo em vista que essas pessoas deverão atuar em pesquisas sobre o controle e recuperação de áreas em processo de desertificação, inclusive articuladas com as comunidades locais, para absorverem as suas práticas e conhecimentos empíricos; d) "Conscientização, sensibilização e mobilização dos atores do desenvolvimento sustentável em áreas sujeitas a risco de desertificação". Nesse sentido, a população informada sobre a prevenção, controle e recuperação do fenômeno, se torna apta a participar efetivamente da elaboração de projetos e programas de implementação de combate ao problema; e) "Criação de uma capacidade operacional de controle da desertificação em nível local", para que haja um contato permanente entre as autoridades locais e a sociedade civil organizada, capaz de formular as propostas imediatas de ação para combater a desertificação. Sendo assim, a orientação segue também pela necessidade de formação dos Conselhos Municipais nas áreas desertificadas ou sujeitas à problemática; f)

“Elaboração de estratégias de monitoramento, prevenção e recuperação das áreas em processo de desertificação”, para tanto, é extremamente oportuno sublinhar a orientação a fim que se realize o zoneamento ecológico-econômico, visando à racionalização do uso dos recursos naturais, em áreas sujeitas à desertificação, bem como se elabore planos diretores municipais que contemplem as variáveis ambientais que propiciam esse processo; g) “Definição de projetos e ações prioritárias”, no intuito de prevenir, recuperar ou controlar a desertificação em áreas sujeitas a ela.

Considerações Finais

Sobremodo, o Zoneamento Ecológico - Econômico (ZEE) configura um instrumento imprescindível para as regiões afetadas ou suscetíveis à desertificação, visto que, é necessário para a adequação da utilização dos recursos naturais, bem como para nortear as políticas de desenvolvimento nessas áreas.

A partir do Zoneamento Ecológico-Econômico – ZEE -, instrumento fundamental para a gestão territorial, os entes governamentais (nas diversas áreas da federação) poderão balizar suas opções e iniciativas, servindo ao mesmo tempo como elemento orientador para as ações do setor privado e das parcerias entre os agentes sociais e econômicos (públicos e privados).

Por outro lado, sua disponibilidade permite identificar e monitorar os processos de desertificação, pressões, estados e respostas das ações de combate à desertificação e mitigação dos efeitos da seca, oferecendo, pontanto, toda a base necessária a uma eficiente gestão ambiental.

No que tange à disponibilidade de informações sobre os elementos caracterizadores da desertificação no Brasil, tem-se um elevado grau de desconhecimento por parte das populações afetadas. Paradoxalmente, há um volume relativamente grande de informações acerca dos aspectos especificamente socioeconômicos e ambientais nas regiões brasileiras de climas semi-árido e subúmido seco, porém estas ainda se encontram dispersas.

A conjunção desses fatores se revela como um grande desafio para o ZEE. Nesse sentido, exprime-se que esse instrumento terá efetividade limitada se a institucionalidade da gestão ambiental e sua descentralização não forem reestruturadas e

fortalecidas. Essa diligência inclui a "capacitação do pessoal" e "melhoria na rede de informações". [25]

Incita a discussão o fato de que, como ocorre nas ASD's brasileiras "[...] ocupações seculares geraram tradições, culturas, comportamentos e modelos de padrões de desenvolvimento que, mesmo que possam ser considerados, do ponto de vista científico, inapropriados, apresentam forte resistência a um tipo de ordenamento impositivo". [26]

Por isso, não se pode deixar de mencionar que o ZEE (processo de ordenamento territorial e definição de prioridades), deve ser construído a partir de uma metodologia que combine a realização de amplos processos de consulta e negociação com os agentes econômicos e sociais já presentes na área e com os estudos técnicos e científicos. Assim, os subsídios serão oferecidos como orientadores aos processos de tomadas de decisão governamental.

A Convenção das Nações Unidas para o Combate à Desertificação enfatiza a forte aproximação das comunidades locais aos processos de tomada de decisão. Nesse passo e sabendo-se que, tradicionalmente, as comunidades locais foram participantes relativamente passivos em relação aos projetos de desenvolvimento da ONU, a referida Convenção as trata como atores de inigualável importância no combate à desertificação.

As comunidades locais e seus líderes, assim como as organizações não governamentais deverão trabalhar em conjunto na formulação e execução dos programas de ação. Para tanto, os governos devem promover campanhas de conscientização, especialmente em relação aos termos propostos pela Convenção.

Em geral, os peritos do governo iniciam os projetos, definindo imediatamente, sem consulta, os seus objetivos e as atividades necessárias. Às vezes, visitam as comunidades locais para publicizar seus planos, formulando, assim, um convite para participação dessas comunidades na execução dos seus projetos. No entanto, a Convenção trouxe uma proposta distinta, de baixo para cima, na qual os programas para combater a desertificação devem originar-se em nível local.

Assim, as comunidades diretamente afetadas devem participar de todas as iniciativas para deter ou prevenir a evolução do problema. Tais diligências,

[25]MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (SRH). *Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: PAN – Brasil.* Brasília: MMA e Centro de Informação, Documentação Ambiental e Editoração. 2004. p. 76-84.
[26] *Id. Ibid.*, p.76-84.

compartilhadas com a comunidade local, constituem a chave para a sustentabilidade, porque quando os peritos cultores dos programas se retiram da comunidade, é ela quem deve fazer com que os projetos sobrevivam. Além disso, quem está de fora não tem a mesma capacidade de identificar as prioridades locais.

As comunidades locais possuem uma valiosa experiência e compreensão do seu próprio ambiente, sendo que, se os projetos e instrumentos de uso da terra, bem como de outros recursos naturais forem elaborados sem a sua participação, correrão o risco de se tornarem ineficientes.

Destarte, o problema da desertificação merece a atenção da sociedade civil e dos gestores de políticas públicas. Há necessidade de uma diligência voltada para a gestão democrática, justificada pelo fato de que, durante décadas, apenas um pequeno número de pesquisadores e gestores públicos estiveram familiarizados e envolvidos com as questões atinentes à desertificação, sua prevenção e combate.

Por outro lado, o ZEE é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente indispensável para embasar as decisões do governo que se referem à orientação de processos de desenvolvimento, ao ordenamento territorial, à conservação da biodiversidade e à gestão e monitoramento das áreas suscetíveis ou afetadas pela desertificação.

Referências

ACRE. Governo do Estado do Acre. Programa Estadual de Zoneamento Ecológico-Econômico do Estado do Acre. Zoneamento ecológico-econômico: indicativos para a gestão territorial do Acre - documento final. V. 3, Rio Branco: SECTMA, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BENATTI, José Heder. Aspectos legais e institucionais do zoneamento ecológico-econômico. In: *Revista de Direito Ambiental*, n.29, ano 8, jan. - mar., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BENATTI, José Heder. Direito de Propriedade e Proteção Ambiental no Brasil: *apropriação e o uso dos recursos naturais no imóvel rural*. Tese de dourado. Belém: Núcleo de Altos Estudos Amazônicos/ Universidade Federal do Pará, 2003.

LIMA, André. *Zoneamento Ecológico-Econômico à luz dos direitos socioambientais*. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário.* 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (SRH). *Programa de Ação Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca: PAN – Brasil.* Brasília: MMA e Centro de Informação, Documentação Ambiental e Editoração, 2004.

RONDÔNIA. Governo do Estado de Rondônia. *Zoneamento Socioeconômico-Ecológico (ZSEE).* Porto Velho: Governo de Rondônia, 2000. Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/revistas/zoneamento/port/index.htm>. Acesso em 10 de maio de 2006.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional.* 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VASCONCELOS SOBRINHO, João. *O deserto brasileiro.* Recife: UFPE/ Imprensa Universitária, 1974.

VASCONCELOS SOBRINHO, João. *Processos de desertificação no Nordeste do Brasil: sua gênese e sua contenção.* Recife: Sudene, 1983.

APLICAÇÃO DA AGENDA 21 PELOS MÚNICÍPIOS: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SADIA QUALIDADE DE VIDA

Nívia Sarmento Duarte*

Luís Felippe Ferreira Klem de Mattos*

RESUMO

Proteger o meio ambiente implica respeito ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, resulta na sadia qualidade de vida. O Município, através do Plano Diretor e da Agenda 21 Local pode e deve focar no de desenvolvimento sustentável, implementando políticas públicas de proteção ambiental.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade da pessoa humana; Desenvolvimento Sustentável; Município; Plano Diretor; Agenda 21 Local.

ABSTRACT

Protecting the environment implies respect to the essential right of the human being dignity and, consequently, results in the healthy quality of life. The Borough, through out the Director Plan and the Local Agenda 21 can and must focus on a sustainable development, implementing public policies of environment protection.

KEYWORDS: Human being dignity; Sustainable Development; Borough; Director Plan, Local Agenda 21.

* Mestranda em Políticas Públicas e Processo na Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental desta Instituição.

* Mestrando em Políticas Públicas e Processo na Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental desta Instituição.

Introdução

Não obstante a despretensão deste modesto, mas dedicado estudo, tem-se por objetivo demonstrar de forma cristalina, calcada em sólidos argumentos jurídicos, não só a importância da proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, como também ressaltar que o Município tem o dever de buscar através da Agenda 21 Local e Plano Diretor uma política pública ambiental realmente efetiva.

Iniciando o presente trabalho, faz-se importante traçar uma retrospectiva histórica a respeito da dignidade da pessoa humana, transcendendo nesse ponto o aspecto do direito fundamental, esculpido na Carta de 1988, para se tocar também na proteção da sadia qualidade de vida.

Na seqüência do estudo do tema enfocado, destacar-se-á uma evolução histórica a respeito da Política Nacional do Meio Ambiente.

Nesse aspecto, demonstrar-se-á que o axioma defendido, desde o início, era o crescimento, que só deixou de ser o tema central, quando os ambientalistas trouxeram o princípio do desenvolvimento sustentável para fazer parte dos grandes debates ambientalistas mundiais.

Nessa linha, é traçado um breve epítome das origens e evoluções dos municípios brasileiros, enfocando a autonomia municipal (política, financeira e administrativa), além da competência para legislar sobre meio ambiente.

Após isso, mostrar-se-á a importância do desenvolvimento sustentável para o crescimento, tanto econômico, quanto social de uma dada localidade, visto que procurar-se-á extirpar aquela velha frase de que meio ambiente e desenvolvimento não podem caminhar lado a lado.

Na parte final desse trabalho torna-se imprescindível uma pesquisa sobre a Agenda 21 e sua importância, inclusive dentro do Município, a fim de que o Plano Diretor Municipal siga as diretrizes d Agenda 21 Local, para se construir uma cidade, cujo meio ambiente seja favorável a uma sadia qualidade de vida, e falar em dignidade da pessoa humana não seja uma utopia.

1. Breve evolução da dignidade da pessoa humana - marco importante na construção do valor essencial do homem.

Para o presente trabalho, não é dispensável traçar uma breve evolução histórica sobre a dignidade da pessoa humana, visto que, hodiernamente, esse tema é palco de grandes pesquisas, não só no mundo jurídico, mas também, estudado pelos sociólogos, políticos, psicólogos e antropólogos, etc.

Nesse sentido, vislumbra que a valorização do homem passou por vários caminhos, que se pode destacar desde o pensamento cristão, passando pelo século XVIII, século das luzes, perpassando pelas Guerras Mundiais, até chegar no século XXI.

Naquela época, Jesus Cristo trouxe pela primeira vez em suas pregações o valor do homem como ser único e individual, sua mensagem também estava relacionada com os sentimentos de amor ao próximo, solidariedade, fraternidade, além da compaixão. E o que, conseqüentemente, pode se extrair dessa circunstância é o ideário de igualdade entre os homens.[1]

Nessa seqüência, veio a era iluminista, no século XVIII, onde o homem, depois de vivenciar um período de escuridão, retoma a construção e afirmação do valor da pessoa humana. Os direitos individuais referentes à liberdade e à limitação do poder público passam a ser imprescindíveis para a construção da dignidade humana.[2]

Aquele século marcou a posição do homem como sujeito de direitos, e dotado de razão, o homem passou a ser o centro das idéias da época, o que implicou para o Estado o respeito às liberdades já adquiridas pelo cidadão e o dever de serem preservadas pelo mesmo.

O século da luzes foi marcado, não só, por extinguir o período absolutista do soberano, como também veio trazer a preocupação com os direitos individuais frente ao Estado, preservando a autonomia individual.

---

[1] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 104-105

[2] GUERRA, Sidney; PESSANHA, Érica de Souza. O núcleo fundamentador do direito constitucional brasileiro e do direito internacional dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana. In: GUERRA, Sidney (Coord.). *Temas Emergentes de Direitos Humanos*. V. 5. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006. p. 18.

Seguindo o curso histórico, percebe-se um Estado Liberal enfraquecido, com a industrialização veio a superexploração da mão-de-obra, consumismo exacerbado, quadros de miséria e fome contracenavam com o surgimento do capitalismo selvagem.

Paralelo a esse cenário, o comprometimento com a dignidade humana foi esquecido, apenas aquelas garantias de liberdade não eram suficientes para manter a valorização do homem, da sua dignidade, precisava-se ir mais além, o Estado não poderia mais ficar inerte, diante da necessidade do bem estar do indivíduo.

Assim, para promover esse bem ao homem, o Estado necessitava agir, sair da posição de abstenção, para tomar uma posição de prestação positiva, a fim de promover a dignidade da pessoa humana que se encontrava abalada. É nesse período que se pode falar do Estado Social ou *Welfare State*, onde se preocupava com os direitos sociais como o direito à saúde, educação e trabalho.

Depois de angariar várias conquistas no campo da dignidade humana, o homem ainda teria que passar, no século XX, por vários infortúnios advindo das grandes guerras mundiais.[3]

Nessa linha, depois desse momento, no final do século XXI, numa tentativa de reconstrução dos valores dantes perdidos, vários países passaram a adotar em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava.[4] Não poderia deixar de ser diferente o Brasil que também introduziu o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso, III na Carta de 1988.

Na verdade, não existe uma definição precisa e correta do que seja a dignidade da pessoa humana, assim Sarlet relata que:

> [...] não há como negar que uma definição clara do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser possível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. [...] constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceitua-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. [5]

[3] GUERRA, Sidney; PESSANHA, Érica de Souza. *Op.cit.* p. 20
[4] BARCELLOS, Ana Paula de. *Op.cit.* p. 109
[5] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 115.

Nesse sentido, Sarlet afirma que o art. 1º, III da CF, que trata do princípio da dignidade da pessoa humana, além de construir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando de tal sorte sua íntima relação com o art. 5º parágrafo 2º da Magna Carta de 1988.[6]

Salienta-se, portanto, à luz do exposto, que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o ponto intangível de cada indivíduo, o que não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intocável imposto pela dignidade da pessoa humana.

Por fim, faz mister ressaltar que é inconcebível a transgressão no que tange à preservação da essência da dignidade, por se inerente ao homem, está na essência do indivíduo.

Portanto, como direito fundamental que é, a dignidade da pessoa humana tem íntima ligação com o meio ambiente, visto que a sadia qualidade de vida é também um direito fundamental do ser humano que precisa ser respeitado sob pena de o Planeta Terra estar ameaçado de morte.

2. A Política Nacional do Meio Ambiente

Diante do exposto acima, não se pode abordar o atributo da dignidade da pessoa humana sem fazer menção à sadia qualidade de vida. Faz-se mister de antemão traçar uma evolução da Política Nacional do Meio Ambiente, a nível mundial, para se chegar às primeiras linhas de direito ambiental no Brasil.

Após a Primeira Guerra Mundial, os Estados Unidos junto com a Inglaterra começaram a planejar o que no futuro viria a ser denominado de "A Nova Ordem Mundial", claro, com enfoque pra as áreas econômicas e políticas, a supremacia americana

[6] *Id. Ibid.,* p. 109.

imperava, e essa experi6encia criou a Organização das Nações Unidas (ONU), onde o Brasil foi um dos signatários[7].

Depois da Segunda Guerra Mundial, os EUA passaram a financiar a reconstrução da Europa, e logo depois do Japão, sob os auspícios do Plano Marshall, iniciado em julho de 1947.[8]

No Brasil, o fim da II Guerra Mundial coincidiu com o fim do primeiro governo de Getúlio, que tendo funcionado ao lado dos países aliados, recebera alguns dividendos como Cia. Siderúrgica Nacional e o axioma que melhor identificava a tônica da época era o crescimento.[9]

Em 1953, no segundo governo de Getúlio, é criado um dos ícones da economia nacional: Petrobrás. Já no governo de Juscelino Kubitschek, ênfase foi dada ao desenvolvimento industrial, atraindo capital estrangeiro e iniciaram-se grandes obras de infra-estrutura telecomunicações, estradas, etc[10].

Logo em seguida, em 1965 surge o atual Código Florestal, em 1967 a Lei de Proteção à Fauna, mal conhecida como o Código de Caça, o Código de Pesca e o Código de Mineração. De 1968 a 74, época conhecida como milagre econômico, iniciado na Ditadura Militar, a expansão privilegiava as indústrias de base (metalurgia e siderurgia). Era enfim, a época do Médici, da Ponte Rio Niterói, da Transamazônica, do Tricampeonato[11].

Nesse contexto, no mundo, dois grandes marcos haviam se tornado relevantes na história do direito ambiental, o primeiro é que os EUA em 1969 havia editado a Lei de Política Ambiental Americana, que previa, entre outras novidades, a Avaliação de Impacto ambiental (AIA) para projetos, planos e programas e propostas legislativas de intervenção no meio ambiente, de forma interdisciplinar, sendo que o documento resultante da AIA passou a denominar-se Declaração de Impacto Ambiental. O segundo marco relevante foi

[7] ARAÚJO, Ubiracy. Notas sobre a política nacional do meio ambiente. In: *Revista de Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 7, jul-set, 1997. p. 119.
[8] *Id. Ibid.*, p. 120.
[9] *Id. Ibid.*, p. 120.
[10] *Id. Ibid*., p. 121.
[11] *Id. Ibid*., p. 121.

que a ONU havia realizado em Estocolmo, em 1972 a 1º Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente[12].

É nesse contexto que a preocupação não só com o meio ambiente, mas precipuamente, com sua qualidade passou a fazer parte do dia a dia de um grande contingente de cidadãos comuns, bem como de alguns dirigentes. Portanto, o foco do axioma agora não era o crescimento, mas o desenvolvimento sustentável – modelo de desenvolvimento que considera, além dos fatores econômicos, aqueles de caráter social e ecológico, assim como as disponibilidades dos recursos vivos e inanimados e as vantagens e os inconvenientes, a curto e longo prazo, de outros tipos de ação[13].

Na verdade, aquela preocupação com o crescimento mascarava de forma conivente, para não falar de forma ilícita, a destruição ou o aproveitamento desordenado dos recursos naturais dos países.

Porém, foi sem dúvida, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, de 1972, que aconteceram grandes debates formais sobre o tema "desenvolvimento sustentável" e é solicitada a realização de estudos sobre a preservação da qualidade de vida. Nessa conferência passou a preocupar-se com a Terra como um todo, percebeu-se que a problemática envolvia todos, ou seja, pela primeira vez pensou-se no meio ambiente com suas implicações planetárias, o que afetaria a qualidade de vida de todos os habitantes sejam pobres ou ricos. [14]

Ressalta-se nesse contexto, que a idéia da realização dessa Conferência acima citada não teve uma repercussão positiva entre os países em desenvolvimento, pelo contrário, a posição de alguns países foi de oposição, como ocorreu com o Brasil, onde as questões ambientais se enquadravam em segundo plano, cujos desafios em tais países eram a pobreza, a fome, a falta de moradia, de roupa de educação.

Um outro avanço se deu em 1987, onde foi apresentado ao mundo o relatório "Nosso Futuro Comum", originário da comissão Mundial sobre Meio ambiente e Desenvolvimento, formada pela ONU em 1983, e que foi presidida pela primeira ministra

[12] ARAÚJO, Ubiracy. *Op. cit.*, p. 121.
[13] *Id. Ibid.*, p. 122.
[14] *Id. Ibid.*, p. 123.

da Noruega, onde participou também entre os 20 membros o Dr. Paulo Nogueira Neto, na época, Secretário da Secretaria Especial de Meio Ambiente da Presidência da República[15].

Nesse relatório preconizava a idéia de que o "desenvolvimento sustentável" previa a satisfação das necessidades presentes, sem prejuízo da capacidade de futuras gerações exercerem os mesmos direitos. Diante disso, a ONU passa, então, através de seus organismos financiadores, a incorporar e solicitar novos mecanismos de aferição pra o financiamento de projetos como a Avaliação dos Impactos Ambientais[16].

Foram submetidos a estudos ambientais as usinas hidrelétricas de Sobradinho/BA e Tucurí/PA e o terminal Porto-Ferroviário Ponta da Madeira, no Maranhão, ponto de exportação do minério extraído pela Cia. Vale do rio Doce, na Serra dos Carajás. Contudo, em razão das exigências internacionais esses projetos foram desenvolvidos no fim da década de 70 e início da de 80 do século passado e financiados pelo BIRD e pelo BIB, segundo as normas das agências internacionais, já que o Brasil ainda não dispunha de normas ambientais próprias.[17]

Tornou-se imprescindível, diante desses fatos históricos, que o Brasil, com suas peculiaridades e atributos incomparáveis da sua biodiversidade, não poderia sujeitar-se indefinidamente a normas estritamente internacionais na avaliação de impactos ambientais gerados no país, buscando dessa forma a sua própria lei de política ambiental.

Para tanto, ressalta-se que o Princípio 21 da Declaração de Estocolmo (Conferência de 1972), rezava que os Estados tinham o direito soberano de explorar seus próprios recurso, de acordo com a sua política ambiental.

E assim, foi criada a Lei 6.938 de 31/08/1981 que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, traz conceitos, princípios, objetivos, instrumentos, penalidades, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação, e instituindo o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

Dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente, destaca-se como gerais a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida,

[15] ARAÚJO, Ubiracy. *Op. cit.*, p. 123.
[16] *Id. Ibid*., p. 124.
[17] *Id. Ibid*., p. 124.

visando assegurar condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. [18]

3. Aplicação da Agenda 21 Local pelos Municípios

3.1. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável: o papel do Município com o meio ambiente

Em breve epítome das origens e evoluções dos municípios brasileiros verifica-se a presença da autonomia municipal em todos os textos das Constituições do Brasil, entretanto, até a Constituição de 1946, essa autonomia era apenas nominal[19].

O conceito de Município oscilava de acordo com o regime da época. No período da monarquia, os municípios brasileiros não comungavam com o instituto da autonomia municipal, vez que a descentralização governamental não fazia parte dos interesses do imperador[20].

Não foi diferente o período que marca os quarenta anos da Constituição de 1891, no qual se debruçaram os hábitos da centralização e a tirania do *coronelismo*, marcando a opressão da liberdade municipal, onde os políticos oprimiam o eleitorado com seus poderes soberanos[21].

Nessa mesma linha, de 1930-1934, período que ficou conhecido pelos brasileiros como revolucionário também não gozou da autonomia municipal devido ao discricionarismo político instaurado no Brasil naquela época[22].

A Constituição de 1934, por ter sido breve a sua vigência, não permitiu uma apreciação segura do delineamento da autonomia e discriminação das rendas municipais introduzidas na esfera municipal. [23]

---

[18] ARAÚJO, Ubiracy. *Op. cit.* 125.
[19] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 45.
[20] *Id. Ibid*., p. 45.
[21] *Id. Ibid*., p. 39.
[22] *Id. Ibid*., p. 45.
[23] *Id. Ibid*., p. 40.

Com o golpe ditatorial em 1937, também não houve autonomia municipal, visto que os prefeitos eram nomeados pelo governador do Estado[24].

Depois de 1946, com o advento da Constituição, os municípios brasileiros passam a ganhar autonomia de fato e de direito nas administrações locais, assim, deposto o período ditatorial, nasce para o Brasil a era democrática em que se sedimentou no município o tríplice aspecto político, administrativo e financeiro[25].

Em 1967 com a Constituição Brasileira e posteriormente com a Emenda Constitucional em 1969, a autonomia municipal não deixou de existir, pelo contrário foi mantida, além disso, suas normas ganharam um sentido centralizador maior e reforçaram-se os poderes do Executivo, nessa linha, o regime federativo e a autonomia estadual e municipal foram assegurados, mas em termos mais restritos do que as anteriores Constituições da República[26].

Finalmente, analisando a Constituição de 1988 ressalta-se como característica fundamental a ampliação da autonomia municipal nos três tripés, ou seja, político, administrativo e financeiro, de acordo com os artigos 29-31, 156, 158 e 159. Essa Constituição corrigiu defeitos das anteriores e integrou o Município na Federação como entidade de terceiro grau nos artigos 1º e 18. Ademais, a Carta Magna de 1988 outorgou ao município o poder de elaborar sua lei orgânica e dentro de sua competência privativa está a de legislar sobre assuntos de interesse local (art.30, I), o que melhor delimita as atribuições da Municipalidade[27].

Inovando a história política brasileira, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedicou um capítulo exclusivo para o meio ambiente, considerando-o como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (art. 225).

[24] *Id. Ibid.*, p. 41.
[25] *Id. Ibid.*, p. 42.
[26] *Id. Ibid.*, p. 43-44.
[27] *Id. Ibid.*, p. 44.

Somando-se a tantos avanços, o município, consagrado como ente federativo, também tem competência legislativa concorrente com União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre meio ambiente[28].

Nessa direção, o direito ambiental aparece na Carta Cidadã sob o enfoque de quatro questões.

Primeiramente é um direito indisponível vez que se trata de direito fundamental - direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, é um dever, portanto, não apenas moral, como também jurídico e de natureza constitucional. Num segundo momento, o meio ambiente é considerado bem de uso comum do povo, não pertence a um indivíduo isolado, tendo em vista o uso coletivo. Em terceiro plano, o meio ambiente é elevado a bem essencial à sadia qualidade de vida, portanto, o desrespeito a ele importa em má qualidade de vida. Muito importante, ainda, figurando como quarta questão, é o dever constitucional, geral e positivo de zelar, defender e preservar o meio ambiente imposto ao Poder Público o que sai da esfera discricionária para a vinculada[29].

Portanto, o Poder Público não atua sob a mera conveniência e oportunidade, a partir da Constituição de 1988 ele não tem escolha se vai ou não proteger o meio ambiente, ele vai atuar porque lhe é imposto e determinado pelo legislador maior[30].

O Município dispõe de inúmeros instrumentos jurídicos para o seu desenvolvimento, um deles é o Plano Diretor, que está inteiramente relacionado com as políticas públicas locais e que contempla conflitos sociais, econômicos, culturais e traça diretrizes para o enfrentamento dessas questões com base na opinião da sociedade civil organizada ou não.

Porque é importante o planejamento urbano das cidades? E, ainda, quais as expectativas para a proteção do meio ambiente nesse contexto?

Norma e espaço físico, compreendido nesse termo o meio ambiente, prosseguem juntos como aliados. O plano diretor é o complexo de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento municipal, estabelecem as prioridades nas realizações do governo

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit*. p. 567-568
[29] MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 187-188
[30] *Id. Ibid*., p. 188.

local, conduz e ordena o crescimento da cidade, disciplina e controla as atividades urbanas em benefício do bem estar social[31].

O meio ambiente é um tema imprescindível para a eficácia do Plano Diretor. A propósito, é de grande relevância a menção ao equilíbrio ambiental como um dos fatores condicionantes do uso da propriedade urbana. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito assegurado a todos pela CRFB/88 em seu artigo 225, *caput* e a implantação de uma política urbana, hoje, não pode ignorar a questão ambiental, sobretudo nas cidades de grande porte, onde adquirem maior dimensão os problemas relativos ao meio ambiente, como por exemplo: a poluição do ar, da água, sonora, visual, o lixo, a ausência de áreas verdes, etc.

Nesse contexto, dentre os vários princípios constitucionais do meio ambiente, o princípio do desenvolvimento sustentável, está eivado de vício gramatical denominado de pleonasmo, visto que desenvolver significa crescimento sem prejuízo, ausência de degradação do meio ambiente, logo o desenvolvimento já traz consigo o caráter de sustentabilidade.[32]

O caput do art. 225 da Carta Maior de 1988 resguarda o desenvolvimento sustentável, de modo que a gestão ambiental se torne racional, compatibilizando o exercício da atividade produtiva com o respeito ao meio ambiente, preservando-o para as gerações presentes e futuras.

Edis Milaré, diz que é falso, de fato, o dilema *ou o desenvolvimento ou o meio ambiente,*na medida em que um sendo fonte de recursos para o outro, ambos devem harmonizar-se e complementar-se[33].

A idéia, então, ultrapassada de que desenvolvimento resulta em degradação ambiental deve ser afastada, pois uma boa política, clara e abrangente, envolvendo em conjunto o governo, empresários e comunidade, com o intuito de impedir degradações

[31] MILARÉ, Édis. *Op. Cit*. p.538-539.
[32] RIBEIRO, Ana Cândido de Paula; CAMPOS, Arruda. O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. In: *Revista de Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 26, abril-junho. 2002, p. 81.
[33] MILARÉ, Édis. *Op. cit*. p. 53.

inconseqüentes e continuadas ao meio ambiente deve ser uma conquista de todo o Planeta Terra.

3.2. Uma aproximação com as Agendas 21 Locais

Paralelamente ao sistema interno de proteção ambiental brasileiro, tem-se uma Agenda 21 Global de interesse internacional.

Sobreleva considerar que o preâmbulo da agenda 21 Global afirma que ela tem como objetivo preparar o mundo para os desafios do século XXI. Além disso, a edição dessa agenda resultou de relatórios, experiências e posicionamentos anteriores das Nações Unidas, enriquecidos por documentos e posições das ONGS do meio ambiente. Nela são tratados assuntos relativos ao desenvolvimento econômico-social e suas dimensões, à conservação e administração de recursos para o desenvolvimento, ao papel dos grandes grupos sociais que atuam nesse processo. Meios de implementação de planos, programas e projetos que visem ao desenvolvimento sustentável e preocupação com aspectos relacionados aos recursos naturais e à qualidade ambiental, são alguns pontos indicados nessa cartilha básica de desenvolvimento sustentável. [34]

Nessa linha, faz-se mister ressaltar que é imprescindível o estímulo à cooperação tanto internacional quanto dentro dos países, assim a gestão ambiental deve ser descentralizada e participativa, com grande valorização e incremento do poder local, parcerias para o desenvolvimento sustentável e mudança de padrões de consumo e nos processos produtivos.[35]

Ainda nessa linha de pensamento, é importante destacar que a agenda 21, em seu capítulo 28, relata que é imprescindível a participação das autoridades locais para a elaboração de estratégias que empeçam, interrompam e revertam os efeitos da degradação ambiental, a fim de promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente saudável.[36]

---

[34] *Id. Ibid.*, p. 78-79.
[35] *Id. Ibid.*, p. 79.
[36] RODRIGUES, José Eduardo Ramos; SALLES, Cíntia Philippi; JR, Arlindo Philippi. Agenda 21 – Estágio do compromisso brasileiro para o desenvolvimento sustentável do país. In: *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 23, julho-set, 2001, p. 285.

Portanto, para que a Agenda 21 Global tenha êxito, ou seja, ganhe efetividade, apesar de seu caráter de documento de ordem internacional, dependerá da existência das agendas nacionais que por sua vez dependerão das agendas locais. Isso significa que é de grande importância a existência da agenda nacional no Brasil cujo objetivo é subsidiar ações do Poder Público e da sociedade em prol do desenvolvimento sustentável[37].

Nesse diapasão, já que não se trata de um documento de boas intenções, a Agenda 21 é de suam importância, pois põe em sintonia ações ambientalistas realizadas no Brasil ou em outro país signatário, promovendo uma globalização mundial[38].

Ainda nesse sentido, torna-se imprescindível que a Administração Pública local trave um diálogo com seus cidadãos, considerando e analisando seus anseios, como também não desconsiderando os aspectos econômicos, políticos, culturais e sociais do município, para que a proposta de desenvolvimento sustentável ganhe maior eficácia.

Para que se possa falar em Agenda 21 local é preciso avançar no nível de consciência ambiental da sociedade local, os empresários bem como toda sociedade civil deve buscar o bem estar social, dentro de uma ordem justa, comprometendo-se com as questões de cunho social, econômico, cultural, trabalhista, ambiental, etc, a fim de que a sociedade como um todo tenha uma sadia qualidade de vida e, portanto, estado de completo bem estar físico e mental.

Assim, além do Plano Diretor, surge uma nova expectativa para os municípios que pretendem equacionar as demandas sociais, ambientais, culturais, administrativas e até econômicas. Desde 1992 quando o Brasil sediou a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, foi elaborada a Agenda 21 Global e houve recomendação para que os países implementassem as agendas 21 nacionais e inclusive locais.

Ocorre que desde 1992, poucos municípios tiveram a iniciativa de confeccionar a sua própria agenda 21, apesar de serem fortes as indicações e recomendações do Governo para sistematizar os assuntos ambientais municipais nas agendas 21 locais. Desse modo,

---

[37] MILARÉ, Édis. *Op. cit*. p. 81.

[38]RIBEIRO, Ana Cândido de Paula; CAMPOS, Arruda. O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. In: *Revista de Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 26, abril-junho.2002. p. 85.

pretende-se demonstrar que como instrumento hábil a nortear Políticas Públicas, a Agenda 21 pode inspirar, e trazer novos rumos junto ao Plano Diretor Urbano.

Diante disso, perguntam-se quais caminhos poderão ser trilhados tendo como premissa a intrínseca relação entre o Plano Diretor e a legislação municipal?

No próprio âmbito municipal, o Plano Diretor deve observar não só as condições gerais estabelecidas na Lei Orgânica, que é a Lei Maior do Município, mas também a Agenda 21 local, a fim de dar maior exeqüibilidade e eficácia às políticas de proteção ambiental.

Nesse momento, importa sobrelevar as diretrizes e recomendações dadas nas Agendas 21 locais, vez que tratam da questão ambiental com especificidade. Daí que se defende, nesta pesquisa, a aproximação das agendas 21 locais com os Planos Diretores como forma de impulsionar o premente desenvolvimento municipal.

Considerações Finais

O meio ambiente como sinal de evolução da própria sociedade, foi, com o passar dos tempos, tornando-se foco de pesquisas, reflexões e estudos não só na esfera jurídica como também em outras áreas sociais. A necessidade de proteger a natureza e de preservar o equilíbrio ecológico tornou-se imprescindível para a manutenção da qualidade de vida, visto que o meio ambiente é um direito fundamental.

Nesse passo, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana, por ser um direito fundamental, está intrinsecamente ligada ao meio ambiente equilibrado, já que não se pode falar em sadia qualidade de vida, sem pensar na construção e afirmação do valor da pessoa humana, protegido pela Carta Magna de 1988.

Nessa linha, diante das circunstâncias, não há dúvida de que a questão ambiental é uma questão de vida ou morte, porém não só de animais ou plantas, mas do próprio homem e do seu Planeta.

Prevaleceu, por um tempo, a versão do crescimento a qualquer custo em que a degradação e a poluição do meio ambiente eram vistas como um mal menor. Porém, na Conferência das Nações Unidas para ao Meio Ambiente, em 1972, que aconteceram os

primeiros debates sobre desenvolvimento sustentável e, mais tarde, com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81).

Diante disso, passou a se preocupar com a Terra como um todo, percebeu-se que a problemática que envolvia o meio ambiente afetaria a qualidade de vida de todos os habitantes sejam pobres ou ricos.

Ressalta-se que as gerações atuais não devem colocar em perigo a sobrevivência da humanidade e o direito à vida das futuras gerações, mediante a exploração irracional e destruidora do meio ambiente.

Para tanto, o Município, consagrado como ente federativo, tem competência legislativa concorrente com a União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o meio ambiente e, portanto, não atua sob a mera conveniência e oportunidade, pelo contrário, a Carta Maior lhe impõe o dever de proteger o meio ambiente.

Ainda nesse sentido, um dos instrumentos jurídicos que o Município dispõe é o Plano Diretor, que está vinculado às políticas públicas e que contempla conflitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, além de traçar diretrizes para o enfrentamento dessas questões com base na opinião da sociedade civil.

Mais ainda, o Plano Diretor deve observar não só a Lei Orgânica do Município, mas também a Agenda 21 Local, instrumento norteador das políticas públicas e que pode inspirar novos rumos às políticas de proteção ambiental.

Por fim, resta claro que é preciso uma maior conscientização ambiental de todos, visto que a sadia qualidade de vida depende do respeito à dignidade da pessoa humana e, para caminhar no sentido do desenvolvimento sustentável o Município, através do Plano Diretor, inspirado pela Agenda 21 Local, tem o dever de desenvolver políticas públicas de proteção do meio ambiente.

Referências

ARAÚJO, Ubiracy. Notas sobre a política nacional do meio ambiente. In: *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 7,jul-set.,1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUERRA, Sidney; PESSANHA, Érica de Souza. O núcleo fundamentador do direito constitucional brasileiro e do direito internacional dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana. In: GUERRA, Sidney (Coord.). *Temas Emergentes de Direitos Humanos*. v. 5. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org*.). Direitos Sociais e Políticas Públicas desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

RIBEIRO, Ana Cândido de Paula; CAMPOS, Arruda. O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. In: *Revista de Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, nº 26, abril-junho, 2002.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos; SALLES, Cíntia Philippi; JR, Arlindo Philippi. Agenda 21 – Estágio do compromisso brasileiro para o desenvolvimento sustentável do

país. In: *Revista de direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, nº 23, julho-set., 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*: *meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MEIO-AMBIENTE E ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL: UMA ABORDAGEM DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO NA GESTÃO DE ÁGUAS DOCES NO BRASIL

Patrícia Borba Vilar Guimarães[*]

Yanko Marcius de Alencar Xavier[**]

RESUMO

Este trabalho aborda a implementação de técnicas interpretativas do ordenamento jurídico nacional, no âmbito dos princípios de proteção ambiental que caracterizam a ordem econômica constitucional brasileira, para verificar a possibilidade de compatibilização entre o desenvolvimento e a proteção do meio-ambiente, com seus reflexos na proteção jurídica da água. Partimos do pressuposto segundo o qual, uma vez tendo a Lei n 9.433/97 determinado que a gestão da água deve contemplar seu uso múltiplo, devendo por isso ser integrada e descentralizada e contar com ampla participação social, os recursos hídricos são um ambiente legal e institucional marcado pela presença do conflito e da subsidiariedade como princípios basilares. Pretendemos fornecer subsídios à análise jurídica do conflito entre desenvolvimento e proteção ambiental, perpassando a aplicação da legalidade positivada em nosso ordenamento, do princípio da subsidiariedade, dos princípios ambientais e, em especial do princípio da precaução, tendo em vista alguns elementos da hermenêutica principiológica no ambiente *neoconstitucional* marcado pelo uso da ponderação.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO AMBIENTAL, DIREITO DAS ÁGUAS.

ABSTRACT

This work approaches the implementation of interpretative techniques of the Brazilian national juridical system, in the extent of the environmental protection principles that characterizes the constitutional economical order, to verify the possibility of interactive interpretation between the development and the protection of the environment, with their reflexes in the juridical protection of the water resources. We left of the second presupposition that the Law n° 9.433/97, regulates the administration of the water and can contemplate its variety of means that characterizes the water use. The owing for

[*]Aluna do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRN. Aluna do Doutorado em Recursos Naturais da UFCG. Mestre em Ciências da Sociedade.

[**] Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN. Doutor em Direito.

water usage is that it has to be integrated and decentralized and to count with wide social participation. Water resources management is a legal and institutional atmosphere marked by the presence of the conflict and of the subsidiarity as basic beginnings. We intended to supply subsidies to the juridical analysis of the conflict between development and environmental protection, using the application of the legality, subsidiarity and the environmental principles for that.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW, ENVIRONMENTAL LAW, WATER RESOURCES LAW.

INTRODUÇÃO

Investigamos neste trabalho, no âmbito dos princípios de proteção ambiental ínsitos à caracterização constitucional da ordem econômica brasileira, a implementação de técnicas interpretativas compatíveis com o ordenamento jurídico nacional que permitam a compatibilização entre o desenvolvimento e a proteção do meio-ambiente, com reflexos na proteção jurídica da água. Estes princípios são conformadores de uma *política ambiental*, que possui íntimo relacionamento com a Política Nacional de Águas e que compõem o quadro maior de políticas nacionais que objetivam ao desenvolvimento, todas presentes no contexto da Carta Magna brasileira. Esta coexistência corriqueiramente conduz à situações de conflito principiológico na aplicação destas políticas. Especificamente no tocante à política de águas, como a Lei nº 9.433/97 determinou que a gestão da água deve contemplar seu uso múltiplo, devendo por isso ser integrada e descentralizada e contar com ampla participação social, de forma a incorporar representantes do poder público, dos usuários que dela fazem uso econômico e das diversas comunidades, enxergamos no setor de recursos hídricos, um ambiente legal e institucional marcado pela presença da subsidiariedade como princípio basilar. Partimos da premissa segundo a qual, especificamente em se tratando da proteção do meio-ambiente e dos direitos humanos, essenciais para a digna, indiscutível será o valor da participação da sociedade e da descentralização decisória para que seja alcançado um elevado nível de desenvolvimento, ressalte-se de caráter qualitativo,

como têm reforçado as mais recentes teorias econômicas e indicadores de desenvolvimento ora consensualmente adotados[1].

1 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Observamos na história do século XX o surgimento de novas reivindicações de proteção e garantia de direitos pelo ordenamento jurídico de diversos Estados nacionais, bem como na ordem internacional. Ao lado dos tradicionais direitos individuais, cerne de uma visão do poder público de caráter liberal e espaço de baixa intervenção do Estado na vida de cada cidadão, surgiram reivindicações que alteravam os pressupostos tradicionais da atuação pública. Este fato exigiu novas formas de articulação, seja pela substituição dos particulares pelo Estado em atividades antes consideradas meramente privadas, seja pela colaboração entre este e o indivíduo, dentro de um processo que ultrapassa o senso comum da oposição entre *status* positivo e negativo na delimitação do espaço de atuação de cada um. Dentre esta nova categoria de direitos, destacaram-se os chamados direitos difusos. Os direitos difusos possuem uma peculiaridade bastante interessante frente às idéias tradicionais do direito: são transindividuais, uma vez que as questões e os bens que envolvem interessam a todo conjunto da sociedade e não a uma parcela restrita ou de indivíduos considerados em abstrato. Com o processo de industrialização e de urbanização intensificado, uma categoria de direitos difusos que ganhou destaque é a do direito ambiental. A temática do meio ambiente se torna bastante presente trazendo problemas de degradação ambiental e má utilização dos recursos naturais, poluição de mananciais e conseqüente redução da qualidade de vida das pessoas. O meio ambiente passa a se constituir como arma política de crítica aos governos, juntando-se a pautas de proteção de direitos sociais e minorias. Frente a estas questões, surge a demanda por tutela jurídica específica, a cuidar do bem jurídico ambiental.

[1] Até mesmo o IDH – índice de desenvolvimento humano adotado pela ONU, que é a síntese de quatro indicadores: Produto Interno Bruto (PIB) per capita, expectativa de vida, taxa de alfabetização de pessoas com 15 anos ou mais de idade e taxa de matrícula bruta nos três níveis de ensino (relação entre a população em idade escolar e o número de pessoas matriculadas no ensino fundamental, médio e superior), denota a multidisciplinariedade com o qual o tema do desenvolvimento é enfocado.

No Brasil, de uma legislação pouco incisiva e abrangente, preocupando-se com aspectos parciais – o Código Florestal é um bom exemplo - passa-se, a partir da Constituição Federal de 1988, com a devida recepção da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei Federal nº 6.938/81, a haver uma preocupação maior no plano jurídico. Aumenta consideravelmente o seu escopo de proteção, submetendo ao seu crivo, vários setores da atividade humana, notadamente a economia[2]. A Constituição Federal de 1988, juntamente com tratados e declarações posteriores, passou a consagrar uma estrutura principiológica que forneceu estrutura ao direito ambiental nacional.

Após a Conferência sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento ocorrida no Rio de Janeiro, em 1992, a RIO-92, a conscientização da problemática ambiental tomou foro mundial, embora em alguns países como no Brasil a questão ambiental já se apresentava importante, o que se prova pela existência em nossa Constituição Federal – surgida pouco antes do encontro - de dispositivos relativos à matéria[3].

Toda uma pressão crescente sobre os recursos naturais, a conscientização da problemática ambiental e a legislação existente refletem diretamente na gestão dos espaços urbanos e rurais e remete às questões desenvolvimentistas, de análise comum pelos economistas e sociólogos. Recentemente, entretanto, o desenvolvimento tem se inserido nos objetos de estudo dos juristas, preocupados com a efetividade de pautas constitucionais e de programas de direitos humanos. Mas a proteção referenciada por Título próprio na Constituição Federal[4] não se esgota ali, pois o artigo 170 eleva a proteção ao meio-ambiente à condição de princípio da ordem econômica, expressando a necessidade de compatibilização entre a exploração dos recursos naturais e o desenvolvimento econômico do país, nos moldes do *desenvolvimento sustentado*, ou seja, sem o comprometimento destes recursos para a utilização pelas gerações futuras[5]. Neste sentido, uma das principais referências recentes ao Direito e Desenvolvimento surgiu com a *Declaração sobre o*

[2] A definição de direito ambiental que utilizamos é de "um direito fundamental que cumpre a função de integrar os direitos à saudável qualidade de vida, ao desenvolvimento econômico e à proteção dos recursos naturais". ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.
[3] Cf. art 225 da CF.
[4] Cf. Capítulo VI do título VIII da CF.
[5] TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2 ed. São Paulo: Método, 2006. p. 188.

Direito ao Desenvolvimento[6], com dez artigos que ressaltam aspectos orientadores dos processos de desenvolvimento globais – enfatizando a tolerância e autonomia - e ao mesmo tempo reconhecendo que o desenvolvimento é um processo abrangente, de natureza econômica, social, cultural e política[7].

Utiliza-se de alguns dos argumentos da Declaração da ONU para defender na atualidade, determinadas premissas em torno do direito ao desenvolvimento como mecanismo de promoção dos direitos humanos[8]. Nestes trabalhos são enfocados a participação popular, o papel das mulheres, o respeito e tolerância como itens essenciais na agenda do direito ao desenvolvimento. Um das suas maiores contribuições é tentar mostrar que o desenvolvimento de um país está essencialmente ligado às oportunidades que ele oferece à população de fazer escolhas e exercer sua cidadania. E isso inclui a garantia dos direitos sociais básicos, como saúde e educação, como também segurança, liberdade, habitação e cultura. O grande alargamento das discussões sobre direitos humanos e suas relações com o desenvolvimento se caracteriza pelo ceticismo em relação a algumas abordagens, especialmente acarretado pelos seguintes pontos da análise no campo dos direitos humanos: Legitimidade: os seres humanos não nascem com direitos, que têm que ser adquiridos pela legislação; (habilitação ética originária); Coerência: direitos requerem deveres correspondentes, sob a forma de instância que os proporcione; Cultural: ética cultural de cada povo. A justificação dos direitos humanos requer universalidade, mas segundo os críticos, não existem valores universais. É melhor, portanto, enxergar os direitos humanos como conjunto de exigências éticas que não necessitam ser identificadas com instrumentos jurídicos legislados[9]. Sobretudo se

---

[6] ONU – Organização das Nações Unidas. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

[7] Especificamente no artigo 6 do documento referido, é reforçada a idéia segundo a qual os Estados "devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais." Além destes aspectos aponta o artigo 8 que os "Os Estados devem [...]assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos [...] Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. [...] devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos." Idem. (grifos nossos).

[8] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

[9] Cf. SEN. Op. cit. p. 262-263. O autor complementa e exemplifica sua argumentação ressaltando aspectos culturais de alguns grupos, afirmando que no Budismo dá-se grande importância à liberdade, com espaço aberto para a vontade e a livre-escolha. Se expressa também no âmbito cultural do islamismo, ressaltando a necessidade de respeito às especificidades culturais dos países árabes. As formas culturais

afirma que a liberdade e o desenvolvimento devem ser conceitos que envolvem a participação popular[10]. As pessoas devem se responsabilizar pelo desenvolvimento e mudança do mundo, considerando seu entorno e reconhecer sua capacidade de intervir.

Sob um prisma constitucional, em nosso país há uma pauta a ser seguida na qual, embora haja uma enunciação de direitos sociais básicos, estes reclamam efetivação para que seja configurado um ambiente de desenvolvimento, uma vez que o mesmo é descrito pelo texto como princípio constitucional [11]. No mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana tanto é adotada pela Constituição Federal como fundamento da República, quanto como fim da ordem econômica. Constitui a dignidade, expressa na Carta, o núcleo essencial dos direitos humanos, juntamente com o direito à vida, e que não se situa apenas no campo dos direitos fundamentais. Isso significa que as relações econômicas devem ser dinamizadas tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem usufruir. Este tema remete ao conceito de Constituição dirigente, que Gilberto Bercovici[12] define como "a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade". Neste sentido a Constituição brasileira vem definir os "fins e programas de ação futura, no sentido de melhoria das condições sociais e econômicas da população".

A idéia de desenvolvimento implica numa dinâmica social constante, posto que se trata de um processo que visa elevar os níveis social, econômico e cultural da sociedade. Desenvolvimento não se confunde com crescimento, um processo descrito de forma quantitativa, mas sim qualitativa, como têm se referido diversos economistas contemporâneos. Neste contexto, garantir o desenvolvimento implica também na instituição de políticas públicas direcionadas para tal fim, justificadas e fundamentadas no art. 3º, II da Constituição.

---

explicitadas encontram comumente reflexo nas discussões de violação dos direitos humanos nestes países, uma vez reconhecidos como ambientes característicos de intensa movimentação econômica, seja em face de uma industrialização acentuada, seja em razão da exploração de recursos naturais sem preocupações ambientais. Contraditoriamente, são nações que não possuem níveis adequados de desenvolvimento *qualitativo* da população, inclusive no tocante à proteção do meio-ambiente.

[10] Idem, p.283.

[11] BRASIL. Constituição Federal (1988)." Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;II - garantir o desenvolvimento nacional;"

[12] BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Senado Federal, n.142,p.35-51 abril/jun.1999.

Desenvolvimento, portanto, é um processo complexo, de caráter econômico e político, que envolve inúmeras instituições públicas e privadas, além da base legal adequada, no favorecimento da gestão pública. A política pública não deve só tentar cumprir prioridades decorrentes de valores, mas facilitar a discussão, para reforçar as mudanças e estimular os cidadãos a serem participativos e não apenas aguardarem por assistência. O direito ao desenvolvimento passaria a admitir uma correlação entre a proteção dos direitos fundamentais e, nitidamente, os direitos sociais. [13]

No tocante à proteção dos recursos naturais, inserida na categoria ampla da proteção conferida pelo direito ambiental, o uso da água representa hoje uma das questões mais polêmicas a motivarem reflexões acerca do conflito entre o desenvolvimento e o direito ao meio-ambiente equilibrado. O leque de aspectos abrangido pelo uso da água e seu disciplinamento, em consonância com o princípio legal que determina o seu uso múltiplo – dessedentação, saneamento, consumo humano, produção de bens, etc. – reclama uma análise focada no direito ao desenvolvimento, no tocante especificamente à configuração da água como bem público e como recurso natural limitado, de valor econômico[14].

Este trabalho baseia-se no argumento segundo o qual a concretização jurisdicional do direito ambiental, de base constitucional principiológica, está fundada no conflito de interesses econômicos. A razão que justifica abordar o tema sé a importância da aplicabilidade da legislação reguladora do setor de águas para o desenvolvimento estrutural do país, que justifica o aprofundamento teórico das questões ligadas ao meio-ambiente e à gestão dos recursos hídricos[15].

A importância de se discutir o tema à luz da hermenêutica constitucional contemporânea está no fato de que a contraposição entre os princípios que orientam a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico envolve o problema da concretização e ponderação de princípios constitucionais.

---

[13] Cf. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.
[14] Cf. lei 9.433/97, art. 1° e incisos.
[15] Cremos importante ressaltar que não fazemos distinção entre os termos *águas* e *recursos hídricos* ao longo deste trabalho. Neste sentido, ver GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas*. São Paulo: Atlas, 2006. No sentido diverso, veja-se POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: RT, 2006. Para este autor a terminologia comporta a diferenciação dos conceitos.

O cenário analisado se vincula com as discussões metodológicas da hermenêutica constitucional que se ligam aos parâmetros de concretização dos princípios, postos pela pesquisa.

2 PRINCÍPIOS NO DIREITO AMBIENTAL

A hermenêutica constitucional contemporânea tem sublinhado o papel da pré-compreensão na tarefa hermenêutica concretizadora dos princípios, e o pressuposto ideológico da sociedade. Desta maneira, a interpretação verdadeira da Constituição, antes de ser uma tarefa epistemológica, revela-se numa tarefa pragmática, tendo em vista que ela media a comunicação entre os atores sociais. Colocando-se a interpretação da Constituição como um problema que diz respeito à qual direção deve ser dada a condução de um assunto, a hermenêutica nestes termos, antes de ser um conflito de interpretações, será um conflito sobre qual deve ser o rumo da política ambiental.

Enxergamos uma posição de caráter prático da hermenêutica constitucional, analisando a política de proteção dos recursos hídricos, seus mecanismos, princípios e instrumentos de atuação. Uma vez trazendo o foco para os atores sociais, procuramos auferir as incongruências, contradições, compatibilidades e as questões não pensadas que a prática definidora destes princípios tem provocado na execução de uma política ambiental, identificando-se elementos para a construção de temas de consenso e avaliando as estratégias destes atores, bem como custos e possibilidades pra o desenvolvimento de uma ação pública na área de gestão dos recursos hídricos.

A valorização da tutela do meio-ambiente por ser um fenômeno recente, se comparado aos demais movimentos de proteção de direitos, requer ainda uma elevada dose de amadurecimento por parte dos seus intérpretes[16]. A sua constitucionalização aconteceu no mesmo período em que se deu a sua valorização infra-constitucional, mas a prática desta interpretação constitucional ainda carece de

[16] Cf. BENJAMIN, Antonio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro.* São Paulo: Saraiva 2007. "Há, em tal constatação, um aspecto que impressiona, pois na história do Direito poucos valores ou bens tiveram uma trajetória tão espetacular, passando, em poucos anos, de uma espécie de nada-jurídico ao ápice da hierarquia normativa, metendo-se com destaque nos pactos políticos nacionais."p.61.

elementos que a subsidiem, dada a característica sistêmica ou holística, que o bem ambiental como objeto de análise jurídica requer[17].

Por sua vez, o dogmatismo jurídico requer do aplicador uma elevada dose de abstração teórica e um distanciamento das questões ideológicas e contextuais que cercam o intérprete da norma. As situações de forte influência de princípios geradas no âmbito da interpretação jurídico-ambiental requerem um esforço na busca do maior grau possível de objetividade necessária na atividade interpretativa.

A interpretação constitucional está historicamente baseada – segundo o critério da subsunção - na supremacia da Constituição, na presunção de constitucionalidade da norma, na interpretação *conforme* a Constituição, na unidade do sistema, na razoabilidade/proporcionalidade e na efetividade[18]. A postura contemporânea da interpretação constitucional traz uma mudança de premissas na qual o papel da norma é enriquecido pelo exame dos fatos e do contexto de aplicação da mesma. O juiz realiza, portanto, escolhas racionais a partir de desta consideração. Para tanto, novas categoria de critérios interpretativos são eleitas, colocando a ponderação como substitutivo para a mera subsunção, quando a situação de conflito evidente entre princípios constitucionais impedir o abandono de qualquer deles – sob pena de inconstitucionalidade – e impuser a consideração dos valores em conflito[19].

Na adoção das técnicas da ponderação ou razoabilidade, comuns na aplicação da regra principiológica, a análise da dose valorativa do princípio exige uma abordagem mais ampla do fenômeno jurídico, que consideramos no amplo leque da função política da decisão judicial. Essa função, que repercute na questão clássica da tripartição dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos é analisada pela doutrina jurídica contemporânea, sob o ponto de vista da interpretação da lei, nos moldes do pós-positivismo e da relevância dos princípios na atividade interpretativa. Entretanto, com relação aos princípios, estes não

[17] Entretanto, comungamos da opinião segundo a qual "um dos piores erros dos jus-ambientalistas é enxergar, nos 'direitos ambientais', concepções auto-evidentes, para as quais descaberia ou seria desnecessário procurar subsídios dogmáticos ou explicação teórica." Idem. p. 65.

[18] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

[19] Segundo BARROSO, seriam critérios que conduzem à uma sistematização da ponderação : "cláusulas abertas – boa-fé, interesse social, ordem pública – a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, os direitos fundamentais e finalmente, a teoria da argumentação para a legitimação das decisões, mediante demonstração racional." Op. Cit. p. 525.

determinam o alcance do conflito, mas indicam as possibilidades que podem ser seguidas, de acordo com a valoração que se fizer do princípio abordado. De acordo com esta corrente, entre os princípios não há nenhuma ordem obrigatória de subordinação que seja capaz de mostrar como resolver os conflitos, mas estes apenas oferecem critérios para a decisão[20]. Quando há colisão entre princípios, os casos serão decididos de acordo com aquele que tiver um peso maior em um sistema dos valores, de acordo com uma visão de mundo específica. Assim, os princípios de um peso maior flutuam entre mais menos importantes, de acordo com a ordem estabelecida pela visão do intérprete da norma.

O aplicador da norma não deve buscar a verdade teórica, porquanto o direito não é simplesmente um conhecimento teórico aplicado. Esta posição significa que o direito deve ser sempre interpretado mediante um viés filosófico finalístico, que envolve um juízo de valor do intérprete, com base nas circunstâncias da realidade social do fato analisado, tendo como parâmetro para a prolação da decisão, a qual será considerada um ato de poder. Significa dizer que o direito tem que estar conectado com valores e valorações possíveis para cada caso concreto analisado.

Podemos abstrair que enquanto as regras são aplicadas ou então, são violadas - os princípios são ponderados[21]. Na esteira deste pensamento, a conclusão que chegamos é de que se não existem meios para impor nenhuma supremacia entre os interesses em conflito, o caminho a ser seguido será o das concessões recíprocas, na medida do balanceamento dos valores em jogo, para evitar o menor dano possível a qualquer dos princípios jurídico-constitucionais que o caso concreto permitir.

A questão judicial ambiental apresenta elementos de complexidade que exigem muitas vezes a ponderação de princípios que podem apresentar diferentes soluções. É imperativo ressaltar que, tanto o direito ao desenvolvimento quanto o direito ambiental estão inseridos no âmbito dos direitos fundamentais, o que os

[20] Sobre o tema se pronuncia Luiz Guilherme Marinoni, no sentido de que "considerando-se a natureza do direito ambiental e, particularmente, a impossibilidade de se dar conta, por meio das regras, da necessidade de sua preservação e proteção, torna-se relevante, agora, a distinção entre princípio e regras. Para os direitos fundamentais não bastam apenas princípios ou regras. Por isso é possível pensar na norma como gênero e nos princípios e nas regras como espécies. (...) da norma do art. 255 da CF decorre o direito fundamental ao meio ambiente sadio, do qual são conseqüências os princípios da preventividade, da precaução, do poluidor-pagador, da informação e da participação." MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 352-353.

[21] Idem. p. 330.

coloca em situação de colisão - *latu sensu* - permanente. Este fato é justificado especialmente pela insuficiência de critérios tradicionais de solução de conflito, nos casos específicos em que direitos desta natureza forem antagonizados no âmbito jurisdicional. A mera subsunção se mostra insatisfatória, o que caracteriza os típicos *hard cases*, pois certamente haveria mais de uma solução possível ou razoável[22]. As escolhas recaem necessariamente em posições valorativas e/ou políticas, nas quais ao intérprete jurisdicional caberá examinar a "repercussão sobre a realidade das diferentes soluções possíveis e atribuição de pesos aos elementos em disputa"[23].

O conceito-chave para a realização das escolhas, seja mesmo realizando concessões recíprocas, será o da razoabilidade ou proporcionalidade[24]. Este princípio possui grande acolhida na doutrina estrangeira, em especial a alemã, mas discute-se a sua condição expressa na Constituição brasileira, fato que não se opõe à sua aplicação, em face da sua ampla adoção como referência doutrinária, que remete finalmente à uma positivação por via dos tribunais.[25]

Basta para tal, que se tenha a ocorrência de direitos fundamentais em conflito, e um procedimento decisório em curso, "a fim de permitir a necessária ponderação em face dos fatos e hipóteses a serem considerados"[26].

3 DIREITO DE ÁGUAS E SEU CONTEXTO POLÍTICO NO BRASIL

No Brasil, a água tem seu balizamento jurídico na Constituição Federal de 1988, que confere à União a propriedade de rios, lagos e quaisquer correntes de

[22] BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.527.
[23] Idem.
[24] Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre o princípio da proporcionalidade*. In: LEITE, George Salomão. (org.) *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. Para o autor o princípio da proporcionalidade é "entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível, tem um conteúdo que se reparte em três princípios parciais (...) princípio da proporcionalidade em sentido estrito, (...) princípio da adequação e princípio da exigibilidade." O primeiro "determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o ´conteúdo essencial´(Wesensgehalt) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para – digamos - o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens". p. 245-246.
[25] Esta é a posição compartilhada tanto por GUERRA FILHO, op. Cit. p. 250, como por Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
[26] Segundo GUERRA FILHO. Op. Cit. p.251.

água, superficiais ou subterrâneas, ou em território de exclusivo domínio federal ou que banhe mais de um estado, sirvam de limite com outros países ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham[27], com subsídios do Código de Águas e do Código Civil. A Lei n º 9.433, de janeiro de 1997, regulamenta a Política Nacional de Recursos Hídricos e institui a água como sendo um recurso natural limitado e dotado de valor econômico.

Este diploma legal emergiu em período em que os instrumentos econômicos tiveram destaque ampliado em relação a outras alternativas de controle. A referida lei, que estatui acerca da Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos: a água é um bem de domínio público; a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas[28].

No aspecto da fundamentação de uma política que inclui elementos de prevenção de danos futuros, encontramos referência aos objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos, como: assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais[29].

A garantia à dignidade de vida e a um ambiente ecologicamente equilibrado são cláusulas basilares da Carta Magna brasileira, como já nos referimos, sendo o acesso e proteção das águas parte integrante desse direito fundamental. Por outro lado, na doutrina jurídica nacional uma forte corrente vem conferindo à água o status de bem ambiental de uso comum do povo[30].

---

[27]BRASIL.Constituição Federal.(1988) Art. 20 – "São bens da União: [...] III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;".

[28] BRASIL. Lei 9.344/97. Art . 1º .

[29] Idem. Art. 2º.

[30] Os artigos 23, 24 e 26, inciso I da Constituição incluem entre os bens dos estados as águas superficiais ou subterrâneas fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas neste caso as decorrentes de obras da União. Em relação aos municípios, estes não foram contemplados pela Constituição Federal de 1988 com

No que se refere à legislação infraconstitucional específica sobre águas a Lei n. 9.433/97 é considerada um avanço em gestão ambiental, uma vez que regulamenta o artigo 21, inciso XIX, da Constituição Federal, estabelecendo a competência da União para instituir a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos. Sobreveio a edição do Decreto n. 2.612, de 12/02/98, que regulamenta o Conselho Nacional de Recursos Hídricos e da Lei 9.984, de 17/07/2000, que criou a Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal responsável pela implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente - CONAMA editou as Resoluções 20, de 18/06/86, que classifica as águas - como doces, salobras e salinas - assim como estabelece os níveis suportáveis de presença de elementos potencialmente prejudiciais em corpos de água; e de número 6, de 16/09/87, que disciplina o licenciamento ambiental dos empreendimentos das concessionárias de exploração, geração e distribuição de águas e energia elétrica.[31]

Se considerarmos que a construção de indicadores de desenvolvimento sustentável no Brasil, no que diz respeito à relação entre meio ambiente e desenvolvimento, integra-se ao conjunto de esforços internacionais para concretização das idéias e princípios formulados na Agenda 21 global, o contexto sócio-político e econômico de implantação da política nacional de Águas coincide com o cenário mundial. Evoluímos ao longo da última década do século XX da forma direta de intervenção do Estado para a sistemática de retração do mesmo, com a emergência de uma função reguladora típica, que levou à criação de órgãos altamente especializados para o estabelecimento de regras nos mercados, então privatizados. Neste contexto, foi criado um órgão regulador com competência geral para fundamentar o planejamento nacional do setor, a Agência Nacional de Águas -

---

o domínio de rios e lagos, Contudo, poderá ser objeto de regulamentação pelos municípios concorrentemente com os Estados, medidas de combate à poluição, aí incluída a proteção das águas. Em sendo a água um bem ambiental, os recursos advindos de uma sentença condenatória transitada em julgado devem necessariamente ser destinados ao fundo nacional, estadual ou municipal de Meio Ambiente, sendo certa sua aplicação nas demandas desse setor.

[31] Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANA[32], vinculada ao Ministério do Meio Ambiente e em cuja orientação destaca-se que "é fundamental que, na definição de diretrizes e metas do Plano Nacional de Recursos Hídricos, se busque uma concepção adequada de desenvolvimento para o Brasil, a qual não pode se limitar à promoção de um ciclo de expansão econômica, mas deve conter como elemento essencial, um crescente processo de inclusão social e sustentabilidade ambiental."[33]

Toda uma discussão teórica foi criada, do ponto de vista da distribuição eqüitativa dos recursos naturais, em torno do impasse entre o uso múltiplo e a consideração dos limites desta eqüidade. Questões economicamente relevantes como a necessidade de cobrança pela água enquanto insumo produtivo, igualmente se impõem. A análise do regime jurídico da cobrança pelo uso da água revela algumas possibilidades de exploração do tema, em consonância com as premissas constitucionais do direito e desenvolvimento.

Este aparente conflito decorre do antagonismo entre forças políticas que necessitam do *apoio operacional do direito*, seja para o desenvolvimento de atividades econômicas, seja para a existência com dignidade. Esta assertiva encontra reflexo nos pressupostos teóricos do direito e desenvolvimento explicitados no início deste trabalho, quais sejam as regras claras e previsíveis, o tratamento eqüitativo dos cidadãos e a necessidade de participação democrática[34].

A Lei n º 9433/97, ao tentar estabelecer um controle compartilhado da política de recursos hídricos, mediante as decisões colegiadas dos CBH e conselhos superiores, fornece elementos para a implementação do direito ao desenvolvimento e princípios pertinentes, conforme as técnicas interpretativas adequadas. Ao tentar compatibilizar estes dois princípios – do uso múltiplo e da consideração econômica da água - estaria favorecendo a eqüidade no uso da água e o acesso eqüitativo ao desenvolvimento, mediante a conferência de legitimidade aos processos decisórios.

No Brasil o desenvolvimento é a principal condição para a realização do bem-estar social, que deve partir da atuação estatal, seja na coordenação do processo, no modelo de estado mínimo, seja no favorecimento de prestações de assistência social. A produção legislativa tem um papel importante na definição do desenvolvimento, pois o

[32] Criada pela lei 9.984/2000, como agência reguladora do setor de águas, em nível federal.
[33] BRASIL. PRODOC 704BRA2041 ANA/UNESCO. Diretrizes e metas para o PNRH.Brasília, 2005.
[34] Cf. BARRAL, Welber. Op. cit. p. 57.

investimento requer formatos seguros de estruturas que dêem suporte ao mesmo. Ao lado da necessidade de desenvolvimento, o princípio da defesa do meio ambiente, previsto no inciso VI do art. 170 da Constituição Federal coloca-se como um princípio impositivo indispensável para assegurar a todos existência digna, através dos ditames da justiça social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que para tratarmos de princípios que remetem à interpretação constitucional, é imperioso refletir acerca das possibilidades de enfrentamento das situações concretas de colisão. Além disso, em geral, a doutrina coloca os princípios ambientais como possíveis fatores limitadores negativos da atividade econômica, que por sua natureza teria um caráter depredador de recursos naturais, podendo causar danos ambientais irreversíveis.

A valoração econômica da água, que propicia a adoção de um instrumento econômico - como a cobrança pelo uso da água bruta - que visa a indução de comportamentos *ecologicamente corretos* com vias à proteção ambiental, situa-se no liame da colisão entre a necessidade de desenvolvimento e gestão dos usos múltiplos da água. Mais uma vez, a questão principiológica remete à descrição da trajetória do princípio constitucional enquanto sede de reconhecimento de direitos e ressalta a sua característica evolutiva de referência interpretativa à norma cogente produz eficácia interpretativa plena[35]. A interpretação dos princípios constitucionais é fundamental para o entendimento das questões ambientais, uma vez que as mesmas revestem-se na sua grande maioria, de aplicações de princípios consagrados na quase totalidade dos ordenamentos constitucionais do mundo ocidental.

Em se tratando da água, bem fundamental e essencial à qualidade de vida, como bem juridicamente protegido e item economicamente relevante em razão dos inúmeros processos produtivos e atividades que dela dependem, a interpenetração com o direito ao meio-ambiente protegido e ao atendimento dos múltiplos usos previstos na *Lei de Águas* ganha um relevo proporcional ao alcance do direto ambiental.

[35] Cf. GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; XAVIER,Yanko Marcius de Alencar. *Hermenêutica constitucional na problemática ambiental brasileira: precaução versus desenvolvimento.* Anais do XV CONPEDI, Manaus. 2006.

O sistema econômico é entendido como um subsistema de um todo maior que o contém. Este subsistema conta com o meio-ambiente a impor-lhe restrições à expansão. Sob este aspecto, o capital e os recursos naturais são complementares. A questão principal é fazer com que a economia funcione, proporcionando desenvolvimento, em níveis seguros ao meio-ambiente[36] .

Segundo a ótica institucional como vetor do desenvolvimento, as instituições seriam restrições humanamente inventadas que estruturam as interações humanas e constituem-se de restrições formais (regras, leis, constituições) e restrições informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta autoimpostos) e suas características em fazê-las cumprir. Ao direito cumpre o papel de regular os comportamentos, de forma a favorecer perspectivas desenvolvimentistas. Reside nos aspectos determinantes da interação entre a lei, as instituições e a política o escopo determinante do desenvolvimento. A busca pela efetividade da atuação pública está calcada na ação conjunta destes três elementos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARRAL, Welber.(org.) *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Senado Federal, n.142,p.35-51 abril/jun.1999.

[36] Cf. LANNA, Antonio Eduardo. *A inserção da gestão das águas na gestão ambiental*. In: MUÑOZ, Hector Raúl.(org.) *Interfaces da Gestão de Recursos Hídricos. Desafios da Lei de Águas de 1997*. Obtido em http://www.mma.gov.br/port/srh/index.cfm, *05/03/2007*. O autor ressalta que "As duas políticas nacionais que tratam especificamente do gerenciamento ambiental e de recursos hídricos são a Política Nacional de Meio Ambiente (lei 6.938/81) e a Política Nacional de Recursos Hídricos (lei 9.433/97), respectivamente. A defasagem temporal entre suas instituições, que chega a 16 anos, justifica as grandes diferenças conceituais que adotam. Gerencialmente, a primeira se caracteriza por uma abordagem mandato-e-controle, com uso de instrumentos normativos, enquanto a segunda elenca instrumentos econômicos de gerenciamento, como a cobrança pelo uso de água. Devido às superposições existentes nas duas políticas é de se esperar que pelo menos alguma forma de articulação exista, quando não for possível uma completa integração por questões organizacionais." p. 25.

_____. Constituição Econômica e Desenvolvimento Uma leitura a partir da constituição de 1988. - São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição Federal* (1988).

_____.LEI Nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos.

_____. Lei Nº 9.984, DE 17 DE JULHO DE 2000.Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Água – ANA..

_____. PRODOC 704BRA2041 ANA/UNESCO. *Diretrizes e metas para o PNRH*.Brasília, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. (orgs.) *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides.* São Paulo: Malheiros, 2001.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de águas*. São Paulo: Atlas, 2006.

MUÑOZ, Hector Raúl.(org.) Interfaces da Gestão de Recursos Hídricos. *Desafios da Lei de Águas de 1997. Obtido em http://www.mma.gov.br/port/srh/index.cfm, em 05/03/2007.*

PNUD. RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO 2006. http://www.pnud.org.br/rdh/, obtido em 21/01/2007.

POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. São Paulo: RT, 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2 ed. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar Hermenêutica constitucional na problemática ambiental brasileira: precaução versus desenvolvimento.Anais do XV CONPEDI, Manaus. 2006.

AUTONOMIA MUNICIPAL E A PROTEÇÃO LOCAL DO MEIO AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Vitor de Azevedo Almeida Junior[*]

RESUMO

A presente pesquisa tem por fim analisar o papel do Município alcançado com a Constituição de 1988, que aumentou significativamente a sua órbita de atuação na partilha constitucional de competências. Em seguida, coube enfatizar a adoção da nova nomenclatura "interesse local" como vetor de interpretação para as suas atribuições constitucionais. Finalmente, diante do atual quadro de emergência ambiental, ousou-se examinar a participação do Município na defesa do meio ambiente, sobretudo porque a Constituição de 1988 tratou com ineditismo da normatização específica ambiental, introduzindo a possibilidade de atuação desse ente nessa esfera. Após 1988, é dever do Poder Público proteger o meio ambiente, que, por sua vez, poderá ser disciplinado a um só tempo pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

PALAVRAS-CHAVE: FEDERALISMO; AUTONOMIA MUNICIPAL; REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CRFB/88; COMPETÊNCIA AMBIENTAL MUNICIPAL.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the Town role achieved through the Constitution of 1988 which increased significantly its acting orbit concerning the constitutional sharing of competences. Next, it was appropriate to emphasize the adoption of the new nomenclature – "local interest" – as an interpretation manner for its constitutional attributions. Finally, in the presence of the current environmental emergency situation, it was dared to examine the participation of the Town regarding the environment protection, above all, because the Constitution of 1988 dealt with the specific environmental normatization in such an unheard-of way, introducing the acting possibility of that in this sphere. After 1988, the Public Government's duty is to protect the environment which in turn will be able to be disciplined to an only time by the Union, States, Federal District and Towns.

KEYWORDS: FEDERALISM; MUNICIPAL AUTONOMY; COMPETENCES SHARING IN CRFB/88; MUNICIPAL ENVIRONMENTAL COMPETENCE.

[*] Graduando pela FDC. Integrante dos Grupos de Pesquisa de Direito Ambiental e Direito de Família da FDC.

Introdução

A tríplice dimensão federativa, introduzida pela Carta Magna de 1988, se deve ao reconhecimento formal do Município enquanto entidade essencial do federalismo brasileiro. Consagra, definitivamente, a autonomia municipal que vem contida, basicamente, nos artigos 29 e 30.

Contudo, a doutrina pátria nem sempre foi pacífica quanto ao efetivo reconhecimento do Município como integrante indispensável do Estado Federal brasileiro, mesmo depois da vigência do sistema constitucional atual.

A Constituição de 1988, sob a égide federalista, estabeleceu regras de repartição de competências legislativa e executiva à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No que tange à partilha constitucional de competências cabe aos munícipes legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber, e afastando-se, parcialmente, da técnica tradicional, expressa diversas competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do artigo 30 e em outros dispositivos constitucionais.

Note-se, ainda, que compete ao ente local, conforme o artigo 23, as áreas de competência material comum, a qual atribui à execução de serviços conjuntamente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Convém chamar a atenção para a necessidade de cooperação entre os entes, embora a lei complementar demandada pelo dispositivo para fixação de normas concernentes a essa política cooperativa ainda não tenha sido editada.

Nessa lógica de coordenação e cooperação entre os entes analisar-se-á o dever do Poder Público Municipal de prevenir e preservar o meio ambiente, conforme prevê o artigo 225 da Lei Fundamental que evoca a efetiva atuação de todas as esferas estatais, ao incumbir ao Poder Público o dever de proteger o meio ambiente.

Sabe-se que, na repartição de competências aplica-se o princípio da predominância do interesse, como regra norteadora da divisão de matérias referentes a cada ente federativo. Desse modo, cabe à União as matérias de interesse nacional, aos Estados, as de interesse regional, enquanto aos Municípios prevalecerão os interesses locais. Todavia, reconhece-se a dificuldade hodierna em se delimitar precisamente os interesses relativos a cada ente. Atinente ao direito ambiental é avultante a

complexidade em demarcar exatamente as áreas de interesse correspondentes a cada ente público.

Nessa perspectiva, esse estudo pretende demonstrar a capacidade constitucional do Município para equacionar as questões ambientais, demonstrando a importância da municipalidade em promover eficazmente a proteção do meio ambiente.

1. O federalismo e a autonomia municipal na CRFB/88

A promulgação da Constituição de 1988 alçou o Município a uma posição de destaque dentro do federalismo brasileiro. Com efeito, atualmente, o poder municipal assume um papel inédito, em diversos aspectos, sobretudo na ampliação de seu âmbito de atuação na estrutura federativa nacional.

O reconhecimento formal do Município enquanto entidade essencial do federalismo consagra, definitivamente, a tríplice dimensão federativa, introduzida pela Carta Magna de 1988 que se encontra, ainda do momento, dotada de singular inovacionismo e magnitude, conforme atesta Paulo Bonavides:

> Não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantada no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia.

É verdade que a doutrina pátria nem sempre foi pacífica quanto ao efetivo reconhecimento do Município como integrante indispensável do Estado Federal brasileiro, mesmo depois da vigência do sistema constitucional de 1988. Alguns autores negam, com veemência, o novo *status* alcançado pelos munícipes. Entre eles, é oportuno citar José Afonso da Silva[1], que expõe:

> A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é 'entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo'. *Data venia*, essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios.

[1] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 474-475.

O demasiado apego ao formalismo conceitual advindo da concepção inicial do federalismo dual, não se faz mais oportuno na contemporaneidade, sobretudo, ao se constatar o regime jurídico-político das entidades locais antes do Império[2], e a adoção do modelo federativo norte-americano no país, sem as devidas adequações à realidade brasileira, que se demonstram completamente diferentes. Outrossim, não há um modelo federalista absoluto, portanto, é natural que o federalismo ganhe contornos peculiares.

Ainda sobre a antiga divergência acerca da autonomia municipal, aponta Vladmir Oliveira da Silveira[3]: "Há autores que ainda insistem na inexistência da autonomia municipal por acreditarem que as disposições dos arts. 29 e 30 da CF/88 somente contêm normas programáticas, isto é, simples sugestões". Mas o cerne da discussão ainda reside no grande número de autores que, apesar de reconheceram a autonomia municipal, não consideram os Municípios como integrantes da federação brasileira. Apontam-se como fundamentos maiores desse entendimento, o fato dos munícipes não possuírem representantes no Congresso Nacional e a autonomia municipal não constar na lista de clausulas pétreas da Carta Constitucional.

O próprio autor Roque Antônio Carrazza[4], que outrora considerava inconsistente a tese a respeito da inserção do Município enquanto integrante indispensável à federação, em obras mais recentes assume novo posicionamento:

> Agora, porém, melhor meditando sobre o assunto, mudamos de opinião. Hoje estamos convencidos de que qualquer amesquinhamento na autonomia municipal é vedado pelo Texto Magno. De fato, não faria sentido que a Lei Maior do País, tendo atribuído aos Municípios *poder constituinte decorrente* (eles votam suas *leis orgânicas*, obedecidos apenas os *princípios jurídicos sensíveis* da Constituição da República), abrisse espaço a que o *poder constituinte derivado* abolisse, ainda que em parte, a aptidão que a Constituição Federal lhes deu para se autogovernarem.

Entretanto, o autor ainda não se convenceu plenamente, e arremata:

> Retornando ao ponto, embora – tornamos a insistir – os Municípios não integrem a Federação, ocupam posição sobranceira e privilegiada em nosso cenário jurídico. São, [...], pessoas jurídicas dotadas de grande autonomia, que haurem suas competências diretamente da Constituição Federal, único *fundamento de validade* de suas leis.[5]

---

[2] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 165.
[3] SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O Princípio da Autonomia Municipal e os Assuntos de Interesse Local na Constituição Federal de 1988. In*: Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 13, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março/abril, 2005, p. 219.
[4] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 22. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 162.
[5] *Id. Ibid.*, p. 162.

Evoca-se, nesse ponto, a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[6], que coaduna com o entendimento preponderante no momento:

> A Constituição Federal prevê a Município como entidade federativa (art. 1.°) lhe confere competência (art. 30) e lhe discrimina rendas (art. 156). Encerra-se, com isso, a polêmica doutrinária sobre a natureza do Município que alguns entendiam não ser entidade federativa por ter sido omitido no texto do art. 1.° da EC 1/69

Nesse sentido, o sistema de repartição de competências é o núcleo vital do federalismo, e sem o qual, não existiria a autonomia dos Estados-membros e Municípios, já que a posse de um mínimo intangível de competências exclusivas constitui em elemento básico da autonomia federativa.

Sob esse aspecto, a efetividade da autonomia municipal pressupõe, ao menos, um governo próprio e competências exclusivas, que correspondem ao mínimo para que uma entidade territorial possua autonomia constitucional. A Constituição Federal de 1988 assegura esses elementos indispensáveis a autonomia dos Municípios nos artigos 29 e 30.

As Constituições anteriores somente outorgavam aos municípios os elementos garantidores mínimos a configuração da autonomia municipal. Agora, porém, com a atual Carta Magna, foi-lhes reconhecido o poder de auto-organização, além, é claro, de significativa ampliação das competências exclusivas dos Municípios.

Essas modificações advindas com a promulgação da Lei Maior de 1988 fizeram com que o próprio José Afonso da Silva, árduo combatente do movimento municipalista no Brasil, afirmasse que a nova Constituição "[...] criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil", e conclui o constitucionalista: "tornou-se, plena, pois, a capacidade de autogoverno entre nós"[7].

Assim, atualmente, segundo o autor supracitado a autonomia municipal assenta em quatro capacidades:

> (a) capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria; (b) capacidade de autogoverno, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmeras Municipais; (c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua

[6] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed., São Paulo: Saraiva, 1990, p. 59.
[7] Roque Antônio Carrazza relata que: "Não eram eleitos pelo povo, desde a Carta de 1967, até o advento da Emenda Constitucional 25/1985, os Prefeitos das Capitais, dos Municípios considerados estâncias hidrominerais e dos municípios declarados de segurança nacional". CARRAZZA (2006), *op. cit.*, p. 163.

competência exclusiva e suplementar; (d) capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).[8]

Com isso, a nova Constituição pátria trouxe outra grande inovação, pois não contém mais o sentido remissivo que a autonomia municipal gozava em Cartas passadas, ou seja, cabia aos Estados-membros o poder de criar e organizar seus municípios. Desse modo, as normas constitucionais que asseguravam a autonomia dos municípios se dirigiam aos Estados, que por sua vez garantiam, respeitando os limites presentes na Constituição Federal do peculiar interesse local, o mínimo de autonomia constitucional concedido aos municípios. Reserva-se, porém, aos Estados, ainda, a competência referente à criação, incorporação, fusão e desmembramento dos Municípios, mediante lei, e dentro do período estabelecido por lei complementar federal.

Extrai-se que, anteriormente, os Estados ao assegurarem a autonomia municipal, apenas o faziam no tocante às capacidades de autoadministração, autolegislação e autogoverno, pois a capacidade auto-organizatória tão-só adveio com a Constituição Federal de 1988.[9]

Assim, Hely Lopes Meirelles[10] reconhece no sistema constitucional brasileiro a existência de duas esferas de atribuições que a CRFB/88 concede ao Poder Público local. A primeira é de origem constitucional, e "representa o direito mínimo do Município em relação ao Estado-membro e a própria União"; pode, entretanto, os Estados delegarem aos seus respectivos Municípios atribuições que ampliem o *minimum* de atuação municipal, consubstanciado numa autêntica concessão estadual, e que representa o direito máximo do município em relação ao Estado a que pertence.

No que diz respeito às atribuições mínimas do Município sustenta o professor Meirelles Teixeira[11] que eles constituem "um verdadeiro direito público subjetivo,

---

[8] Explica o autor que, a partir, dessas quatro capacidades, "encontram-se caracterizadas a autonomia política (capacidades de auto-organização e de autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais) e autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas rendas, que é uma característica da auto-administração)". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 622.

[9] Fernanda Dias Menezes de Almeida relembra uma polêmica da época ao expor que: "Ao tempo da Constituição de 1967, parte da doutrina já entendia que os Municípios tinham capacidade auto-organizatória. A maioria dos autores, porém, com o aval da jurisprudência, sustentava que, à falta de previsão constitucional expressa a respeito, a organização dos Municípios se incluía na esfera dos poderes remanescentes dos Estados. E o certo é que, salvo no Rio Grande do Sul onde os Municípios elaboravam as suas Cartas Próprias, o mesmo tendo acontecido com os Municípios de Curitiba e Salvador, as leis orgânicas municipais era elaboradas pelas Assembléias Legislativas dos Estados". ALMEIDA, Fernanda Dias da. *Competências na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 122.

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 91.

[11] Ver TEIXEIRA, J. H. M. *Estudos de Direito Administrativo*. V. 1. São Paulo, 1947 e 1949, p. 245 e TEIXEIRA, J. H. M. *O Estatuto dos Funcionários e a Autonomia Municipal*, 1947, p. 38, *apud*, MEIRELLES (2006), *op. cit.*, p. 91-92.

oponível ao próprio Estado (União), sendo inconstitucionais as leis que, de qualquer modo, o atingirem em sua essência". Desse modo, a autonomia municipal não é decorrente da Soberania Nacional, mas da outorga constitucional.

2. A competência municipal

A competência concedida aos municípios envolve tanto atribuições exclusivas, comuns e suplementares, bem como materiais e legislativas. Saliente-se que a competência municipal se caracteriza de forma absoluta e preferencial[12]. Com efeito, a competência para assuntos de interesse local é norma de eficácia plena, conferida pelo próprio Poder Constituinte. Assim, a concessão constitucional de competência aos munícipes independe de regulamentação ou complementaridade por intermédio de qualquer outro ato normativo[13]. Nesse ínterim, aduz Celso Antônio Bandeira de Mello[14]:

> A imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo induvidoso de sua significação. Supor a necessidade de lei para delimitar este campo implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição [...].

É importante frisar que a omissão no estabelecimento dos assuntos de interesse local não implica perda da prerrogativa pelo Município[15]. Contudo, insiste Vladmir Oliveira da Silveira[16] "[...] que a regulamentação municipal é importante, especialmente, para trazer o debate local sobre o tema e levar luzes a eventual análise do Poder Judiciário".

Outra importante inovação da Carta Constitucional de 1988 conferida ao Município foi a permissão para elaborar sua própria Lei Orgânica - espécies de Constituição Municipal[17]. Assim, nos termos do artigo 29, esta deverá ser "votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos

---

[12] Nas palavras de Vladmir Oliveira da Silveira, a competência municipal é absoluta "[...] porque não pode ser mitigada nem por emenda constitucional (Poder Reformador), tendo em vista tratar-se de irradiação da forma federativa do Estado Brasileiro, nem muito menos por legislação infra-constitucional que implicaria na invasão da competência municipal e, conseqüentemente, violação frontal do pacto federativo", e preferencial nas "[...] hipóteses em que a competência, de forma genérica não será municipal, porém no caso concreto configura-se como tal [...]". SILVEIRA(2005), *op cit.*, p. 223 e 224.

[13] SILVEIRA (2005), *op. cit*., p. 225.

[14] BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 21, *apud*, SILVEIRA (2005), *op. cit.*, p. 225.

[15] Nesse sentido, afirma Roque Antônio Carrazza: "É, inafastável, contudo, que, enquanto tal não ocorrer, os Municípios poderão fruir, em toda a latitude do tempo, de seu direito constitucional à ampla autonomia". CARRAZZA (2006), *op. cit.*, p. 161, *apud*, SILVEIRA (2005), *op. cit.*, p. 225.

[16] SILVEIRA (2005), *op. cit.*, p. 225.

[17] SILVA (2000), *op. cit.*, p. 623.

membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos".

José Afonso da Silva[18] explica que as Leis Orgânicas próprias consistem em:

> [...] discriminar a matéria de competência exclusiva do Município, observadas as peculiaridades locais, bem como a competência comum que a Constituição lhe reserva juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal [...]. Indicará, dentre a matéria de sua competência, aquela que lhe cabe legislar com exclusividade e a que lhe seja reservado legislar supletivamente.

Dessa forma, como se tornaria desnecessário a extensa estratificação das incontáveis atribuições municipais, sem contar a dinamicidade da realidade municipal que faz surgir novas atividades constantemente, realiza relevante função as Leis Orgânicas, por constituírem o ato normativo apropriado para enumeração das matérias pertinentes aos munícipes, resguardando, assim, as peculiaridades de cada ente local.

Frise-se, que essa discriminação de matérias presentes nas Leis Orgânicas deve atentar aos limites impostos pela CRFB/88, pois se considera a autonomia municipal como direito público subjetivo, logo, não proveniente da Soberania Nacional, assim, assiste dizer, que constitui em prerrogativa política concedida pela Constituição Federal.

Ao conceder essa prerrogativa, a Constituição reconheceu aos Municípios, como a União e aos Estados-membros, "uma esfera irredutível e impenetrável de competências, exercidas com total independência"[19], portanto, merecem tratamento idêntico a União, os Estados, o Distrito Federal e, por fim, os Municípios. A violação desse preceito constitui em grave agressão ao pacto federativo, considerando a tríplice dimensão da estrutura federativa no país.

A absoluta isonomia entre os entes configura, segundo Carlos Ari Sundfeld[20], o "princípio da igualdade das pessoas políticas". O próprio autor ainda adverte sobre o entendimento do artigo 29, *caput, in fine,* da CRFB/88 que traz: "[...] atendidos os princípios estabelecidos nessa Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos", pois:

> Os princípios estaduais a serem observados são exclusivamente os princípios de organização adotados pelo constituinte regional para estruturar os poderes do Estado, não quaisquer princípios (ou regras) inseridos na Constituição Estadual. O sentido do artigo 29, nesse passo, é apenas garantir a adoção, em

[18] SILVA (2000), *op. cit.*, p. 623.
[19] SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 4. ed. ver. aum. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 185.
[20] SUNDFELD (2000), *op. cit.*, p. 185.

> todos os níveis da federação, do modelo estrutural que a Constituição Nacional traçou para União e que também está jungido a respeitar (art. 25); não há qualquer diminuição da autonomia municipal[21].

Desse modo, a entidade municipal, na qualidade de pessoa política autônoma, não pode acatar como válida as normas estaduais, inclusive de sua Constituição que agrida, restrinja ou anule a autonomia municipal[22]. Logo, "qualquer disposição da Constituição estadual sobre a organização do Município, ou sobre suas competências, poderá ter duas sortes distintas: ser inconstitucional se amplia ou restringe o disposto na Carta Federal; ou ser ociosa, se a repete"[23].

Ressalte-se, ainda, que a Constituição Federal, especificamente no artigo 34, inciso VII, alínea "c", prevê, em casos de violação da autonomia municipal, a intervenção federal nos Estados-membros. Nesse sentido, ensina Hely Lopes Meirelles[24] que: "Se a União ou Estado-membro, extravasando dos limites de sua competência, invadir a órbita privativa da administração municipal, pode o Município recorrer ao Judiciário, para compelir o poder federal ou estadual a recolher-se aos lindes que a Constituição lhe assinala".

A Constituição Federal de 1988 concedeu, quanto às competências, aos Municípios, nos mesmos moldes da União, os poderes enumerados, enquanto os Estados-membros possuem os poderes remanescentes. Observa-se, ainda, que a competência municipal impõe-se aos poderes da própria União, ou ainda aos poderes remanescentes estaduais, segundo a Lei Maior que, expressamente, o confirma no artigo 102, inciso III, alínea "c", do qual se extrai a possibilidade da regra local prevalecer diante de regra federal, inexoravelmente, dentro de sua órbita de atribuições locais.[25]

2.1. O interesse local

Os constituintes de 1988 optaram por se afastarem, parcialmente, da técnica tradicional, ao discriminarem certas competências municipais privativas em alguns dos incisos do artigo 30 e em outros dispositivos constitucionais, além, é claro, da

[21] SUNDFELD, Carlos Ari. *Regime Constitucional do Município*. Rev. PGESP, dez. 90, n° 34/45/68, *apud*, ADI 2.112-MC em http://www.stf.gov.br. Acesso em 04 de maio de 2007. p. 676-677.
[22] PEDRA, Anderson Sant'Ana. Inconstitucionalidade de Normas Estaduais que Versam sobre Remuneração de Agentes Públicos Federais. In*: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 5, janeiro/ fevereiro/ março, 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 04 de maio de 2007.
[23] FERRARI, Sérgio. Constituição estadual e federação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 155, *apud*, PEDRA ,*op. cit.*, p.15.
[24] MEIRELLES (2006), *op. cit.*, p. 92.
[25] SILVEIRA (2005), *op. cit.*, p. 221.

formulação genérica sobre os assuntos de “peculiar interesse” do Município, agora, modificada pela expressão “interesse local” presente no inciso I do artigo 30.

Distingue José Afonso da Silva[26], ao classificar quanto à forma ou o processo de sua distribuição, as competências em: (a) enumerada ou expressa; (b) reservada ou remanescente e residual; (c) implícita ou resultante (ou inerente ou decorrente). Com relação à última forma de classificação ensina o autor: “[...] se refere à prática de atos ou atividades razoavelmente considerados necessários ao exercício de poderes expressos ou reservados”, assim, decorre da própria natureza do ente. Logo, apreende-se que parte das atribuições municipais corresponde a competências implícitas, “para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local”[27].

Então, surge como problemática central da competência municipal, invariavelmente, a conceituação da expressão “interesse local”, que aparece na Constituição em substituição ao ”peculiar interesse“ municipal presente nas Cartas anteriores.

A adoção de nova nomenclatura como vetor de interpretação pertinente a partilha constitucional destinada aos Municípios, em regra, não alterou a extensa e sólida construção doutrinária já existente a respeito do termo utilizado anteriormente, e avalizado pela jurisprudência. Portanto, grande parte dos autores entende que as expressões colidem, logo, o mesmo embasamento teórico relativo à nomenclatura anterior, é também considerado válido para a atual expressão.

Mas o que vem a ser “interesse local”? Sabe-se que não é exclusivo ou único dos munícipes, até porque não há interesse municipal que não seja reflexamente regional ou nacional. Por isso, ainda a época da vigência do “peculiar interesse” municipal, escreveu Hely Lopes Meirelles[28]:

> Peculiar interesse não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único dos munícipes. Se se exigisse essa exclusividade, essa privaticidade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. [...] O que define e caracteriza o ‘peculiar interesse’, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse do Município sobre o Estado ou a União.

[26] SILVA (2000), *op. cit.*, p. 480.
[27] ALMEIDA (1991), *op. cit.*, p. 122.
[28] MEIRELLES (2006), *op.cit.*, p. 109-110.

Já sob a égide da nova Constituição Federal e ao aludir sobre a continuidade de entendimento doutrinário sobre a substituição das expressões que servem como parâmetros interpretativos de definição da competência municipal, observa Celso Ribeiro Bastos[29]:

> Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte de todo acresce a este próprio todo.

A adoção do novo termo "interesse local" na Carta Federal suscitou a composição de duas vertentes doutrinárias que divergem no tocante a ampliação ou diminuição da participação municipal junto à estrutura federativa. Alguns doutrinadores defendem que o antigo conceito caracterizava-se pela preponderância, e o atual refere-se à exclusividade, pois caso também interesse ao Estado, passará ele a ser competente. Acerca das divergências da nova expressão adotada pelo legislador constituinte, analisa Patrícia Silveira[30]:

> [...] a terminologia interesse local implica redução da competência municipal pois, na medida em que determinada questão interessar ao Estado-Membro, a regulação da mesma passa a pertencer-lhe. Isto porque, nesse caso, acredita-se que o campo do peculiar interesse é o que significa preponderância e não exclusividade. Em sentido diametralmente oposto, há quem sustente uma ampliação do âmbito de competência dos Municípios e que agora os mesmos não necessitam demonstrar que dada matéria é de seu peculiar interesse, este mais restrito que interesse local.

Diante de uma visão holística do sistema constitucional brasileiro, é lógico e coerente aduzir que a vontade do constituinte originário era de ampliar, inegavelmente, as competências municipais, pois não faria sentido o contrário após equiparar o Município aos demais entes federativos, como se observa nos artigos 1° e 18 da CRFB/88. Ao revés, é de se considerar o "peculiar interesse" como mais restrito do que o inaugurado com a Carta Constitucional de 1988, apesar de ambos os termos serem dotados de elevada carga subjetiva, o que proporciona, às vezes, incertezas quanto à órbita de atuação municipal.

---

[29] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo. Celso Bastos Editora, 1998, p. 311.

[30] SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. *Competência ambiental*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 73-74, *apud*, ALVES, Francisco de Assis Aguiar. Autonomia Municipal E Interesse Local Como Parâmetros À Competência Legislativa Dos Municípios. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2003-2004, p. 537-538.

De fato, não obstante rica doutrina que consubstancia a competência implícita do Município, é forçoso reconhecer a possibilidade de existirem impasses provenientes da dificuldade de enquadramento quando as três esferas de poder possuírem mesmo nível de interesse. Diante de tal conflito, caberá ao Poder Judiciário a definição de qual ente será competente.

Ademais, vale citar a reflexão de Fernanda Dias Menezes de Almeida[31] acerca da substituição: "Como ocorre relativamente a outras inovações de nomenclatura, talvez aqui o constituinte apenas não tenha resistido ao impulso de deixar sua marca, preferindo vestir com outras palavras idéia anteriormente traduzida sob formulação diversa".

Desse modo, os elementos que, de fato, caracterizam os assuntos de interesse local é a proximidade e a imediatidade[32] com os quais esses interesses se relacionam com a realidade municipal, assim, a partir de sistêmica compreensão do Texto Constitucional defere-se o caráter elástico presente nessa expressão, a qual permite adequá-la, ainda que com certa rigidez, esse preceito constitucional aos requisitos temporais e peculiares locais. Corrobora com esse entendimento Celso Ribeiro Bastos[33] que expõe "[...] A variação de predominância de interesse municipal, no tempo e no espaço, é um fato, particularmente no que diz respeito à educação primária, trânsito urbano, telecomunicações, etc".

Sabe-se que os interesses locais do Município são aqueles predominantes, portanto, se não são exclusivos, vislumbra-se a possibilidade de matérias sujeitas a regulamentação das três ordens estatais. Nesse sentido, admite-se que sobre um mesmo assunto, concomitantemente, legislem a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atendendo ao princípio da predominância do interesse. Portanto, sempre que "essa predominância toca ao Município a ele cabe regulamentar a matéria, como assunto de seu interesse local" e, nesses casos, as reminiscências de aspecto municipal avultam ao Poder Público local o dever de agir[34].

2.2. Outras competências municipais

[31] ALMEIDA (1991), *op. cit.*, p. 124.
[32] SILVEIRA (2005), *op. cit.*, p. 222.
[33] BASTOS (1998), *op. cit.*, p. 331-312.
[34] MEIRELLES (2006), *op. cit.*, p. 135.

O inciso II do artigo 30 diz competir ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Não havia previsão constitucional dessa competência legislativa concorrente na Constituição anterior, trata-se de capacidade municipal nova de suprimir omissões legislativas em assuntos sobre os quais não possuía nenhuma competência.

Na verdade, observa Celso Ribeiro Bastos[35], que esse inciso é, com efeito, uma expressão legislativa dos interesses locais, pois aos munícipes foi dada somente à possibilidade de suprir omissões concernentes a adequação das particularidades dos entes locais.

Os demais incisos do artigo 30 enunciam diversas competências, materiais e legislativas, expressas dos Municípios, ou seja, independentemente de configurarem em assuntos de interesse local são atribuições enumeradas dos Municípios. Ressalva-se que essas competências explícitas não são taxativas, pois há outros dispositivos constitucionais que trazem, também, outras competências municipais.

Sobre a enumeração de algumas competências municipais, advertiu Celso Ribeiro Bastos[36]: "Esses dispositivos não devem estimular uma visão exageradamente grandiosa da autonomia municipal. Diversas matérias aí explicitadas sofrem a restrição de uma normatividade superior, que lhes diminui o âmbito de atuação". O autor cita, como exemplo, o inciso V do artigo 30 que dispõe competir aos Municípios organizar os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo. Entretanto dispõe o artigo 21, inciso XX, a titularidade da União de editar as diretrizes gerais para os transportes urbanos.

Ademais, cabe lembrar que dentre as atribuições enumeradas no artigo 30, encontra-se tanto competências privativas quanto comuns. Por isso, considerar completamente desnecessária a disposição de competências comuns, presentes no artigo 23, também arroladas no artigo 30, sendo mera repetição.

Portanto, não fazem parte da área de atuação exclusiva dos munícipes, dentre as competências explícitas, manter programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (inciso VI do art. 30); prestar serviços de atendimento à saúde da população (inciso VII do art. 30); e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local (inciso IX do art. 30).

[35] BASTOS (1998), *op. cit.*, p. 312.
[36] BASTOS (1998), *op. cit.*, p. 312.

Por outro lado, constam no artigo 30, incisos III, IV, V e VIII, as competências enumeradas exclusivas dos Municípios, a saber, competência para arrecadar tributos municipais, aplicar suas rendas, prestar contas e publicar balancetes; organizar e suprimir distritos; organizar e prestar os serviços públicos locais; promover, no que couber, o ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Além das matérias de ordem exclusiva dos munícipes, não se pode olvidar a atual relevância outorgada pela CRFB/88 às competências concorrentes ou comuns, principalmente, porque, apesar da instituição dessas competências surgiram no ordenamento constitucional brasileiro, em 1934, somente contemplou os Municípios e o Distrito Federal, na última *lex mater*.

Desse modo, muitos dos assuntos de índole social, anteriormente relacionada às competências exclusivas da União, passam a integrar também o conjunto de matérias que cabem as três ordens estatais. Comprova-se, nesse prisma, a significativa preocupação dos constituintes originários em relação aos quesitos de ordem social, sobretudo os vinculados a proteção do meio ambiente, presentes na Carta de 1988, ao dispor de ação conjunta, harmônica e eficiente que o Poder Público, indistintamente da órbita de atuação, deve manter.

3. Competência ambiental municipal

Tornou-se inevitável que o constitucionalismo contemporâneo adotasse uma postura protecionista ambiental mais intensa, principalmente, porque, a partir da década de 70, a situação ecológica no mundo se impôs de forma preocupante. Assim, nas Constituições mais recentes, o ambientalismo passou a ser tema de significativa importância. No Brasil, de maneira específica, a CRFB/88 tratou com ineditismo a normatização de assuntos ambientais, ao revés das Cartas anteriores que deliberavam sobre a matéria, praticamente, de forma incidental[37].

A inserção de temas ambientais numa concepção unitária o erigiu em direito fundamental pela ordem jurídica constitucional vigente. Sob esse aspecto, José Afonso

[37] Paulo de Bessa Antunes expõe que a grande diferença no tratamento constitucional ao meio ambiente encontra-se que: "Em 1988 buscou-se estabelecer uma harmonia entre os diferentes dispositivos voltados para a defesa do MA. A norma constitucional ambiental é parte integrante de um complexo mais amplo e podemos dizer, sem risco de errar, que ela faz a interseção entre as normas de natureza econômica e aquelas destinadas à proteção dos direitos individuais". ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 53.

da Silva[38] considera a CRFB/88 "eminentemente ambientalista", tamanha foi a expressão alcançada pelo meio ambiente, com a abundância de normas constitucionais a respeito da matéria. Nesse sentido, analisa Paulo de Bessa Antunes[39]: "A Constituição possui vinte e dois artigos que, de uma forma ou de outra, se relacionam com o MA, além de parágrafos e incisos diversos. Sistematizá-los e harmonizá-los é uma tarefa que ainda está por ser feita".

Entretanto, o cerne do tratamento ambiental constitucional se encontra no artigo 225, que determina a todos um: "[...] meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Esse importante ditame constitucional evoca a atuação conjunta e coordenada de todas as esferas estatais, ao incumbir ao Poder Público, enquanto expressão genérica designativa a todos os entes territoriais públicos, o dever de proteger o meio ambiente.

Sabe-se que, como pressuposto basilar da repartição de competências, é utilizado o princípio da predominância do interesse, que norteia a divisão de matérias relativas a cada ente federativo. Segundo esse princípio, caberá a União as matérias de interesses gerais, nacionais, enquanto que aos Estados valerá as matérias de predominante interesse regional e, finalmente, aos municípios prevalecerão os interesses locais.

Todavia, reconhece-se a atual dificuldade em se definir e distinguir, precisamente, os interesses gerais dos regionais e, conseqüentemente, dos locais. Atinente ao direito ambiental é avultante a complexidade em delimitar precisamente as áreas de interesse correspondentes a cada ente público. Nesses casos, aponta Celso Antônio Pacheco Fiorillo como critérios que deverão ser verificados para definição do ente competente:"a) o critério da preponderância do interesse; e b) o critério da colaboração (cooperação) entre os entes da Federação, conforme [...] parágrafo único do art. 23"[40].

Clara e recente exemplificação pode ser extraída do caso Cataguases em que houve vazamento de uma mistura química usada na fabricação do papel, e que comprometeu e suspendeu o abastecimento de água em cidades dos Estados de Minas

[38] SILVA (2002), *op. cit.*, p. 46.
[39] ANTUNES (2005), *op. cit.*, p. 53.
[40] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 60.

Gerais e Rio de Janeiro, afetando a população das cidades banhadas pelos rios Pomba e Paraíba do Sul, além, é claro, da fauna aquática. Esse verdadeiro desastre ambiental é um exemplo evidente da natureza difusa do meio ambiente.

A despeito de, na seara ambiental, haver uma imensa dificuldade em estabelecer limites a partir de interesses nacional, regional ou local, a Carta Constitucional, apropriadamente, conferiu importante relevo aos Municípios, e conforme sustenta Celso Antônio Fiorillo[41]:

> Isso possibilita uma tutela mais efetiva da sadia qualidade de vida, porquanto é no Município que nascemos, trabalhamos, nos relacionamos, ou seja, é nele que efetivamente vivemos. Na verdade, é o município que passa a reunir efetivas condições de atender de modo imediato às necessidades locais, em especial em um país como o Brasil, de proporções continentais e cultura diversificada.

Assim, quanto aos Municípios, a competência material comum[42], prevista no artigo 23[43], se configura como uma categoria nova no sistema de repartição de matérias, pelo qual cabe a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a ação conjunta, simultânea e permanente. Nesse caso, as obrigações cabem a todos, logo, conclui Paulo Luiz Neto Lobo[44], que "na competência comum não pode prevalecer a supremacia de qualquer poder. O que determina a Constituição é o esforço cooperativo, sem hierarquia".

Note-se que, em simples análise sistemática da Lei Fundamental, o artigo 30, inciso I e II, reza que compete aos munícipes suplementar a legislação federal e estadual, tendo em vista o interesse local. Paulo Affonso Leme Machado[45] ensina que: "não se suplementa a legislação que não exista. Portanto, quando a competência da pessoa de direito público interno for somente suplementar a legislação de outro ente, se inexistirem normas, não existirá o poder supletório".

Ressalte-se, portanto, a possibilidade do município, em virtude do conhecimento e proximidade com os peculiares interesses ambientais locais, assumirem importante

---

[41] FIORILLO (2000), *op. cit.*, p. 60.

[42] Ainda observa Leonardo Greco que: "[...] onde os Municípios têm grande contribuição a prestar é no âmbito da competência comum (arts. 23 e 225, §§ 1°, 2°, 3° e 5°), especialmente em matéria ambiental, organizando e executando os seus próprios serviços, com respeito a legislação federal e estadual, integrados ao Sistema Nacional do Meio Ambiente instituído pela Lei federal 6.938". GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. In: *Revista dos Tribunais*, n. 687, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro, 1993, p. 30.

[43] Dentre os incisos referentes a questões ambientais comuns, pode-se dividir os que visam proteger o meio ambiente cultural e o natural. Aqueles presentes nos incisos III e IV e estes nos incisos VI e VII.

[44] LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência Legislativa Concorrente dos Estados- membros na Constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: ano. 26, n. 101, janeiro/março,1989, p.142, apud, ALMEIDA (1991), *op, cit*., p. 142.

[45] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999, p. 48.

relevo no tocante à efetiva preservação do meio ambiente, tão aludida pela Lei Maior. Nesse sentido, José Roque Nunes Marques[46] aduz: "[...] A municipalidade exerce papel fundamental no detalhamento das leis, adequando as diretrizes à realidade local, especialmente no que diz respeito ao relacionamento do desenvolvimento urbano com respeito ao meio ambiente".

Por isso, no que tange à participação municipal em questão ambiental, as leis orgânicas também incluíram dentre seus itens a proteção do meio ambiente.[47] Essa inserção ambiental na Constituição municipal é relevante, ao constatar-se que, a partir de uma premissa interpretativa sistemática, a lei orgânica encontra-se em grau de superioridade em relação às demais lei municipais[48].

Dessa forma, o Município ganha importante relevo com a Carta Constitucional de 1988, particularmente em face da efetiva proteção do meio ambiente, "na medida em que é a partir dele que a pessoa humana poderá usar os denominados bens ambientais, visando plena integração social, com base na moderna concepção de cidadania"[49].

Considerações finais

Nas questões afetas ao meio ambiente, a Constituição de 1988 confere a atribuição conjunta e simultânea da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de organizarem e executarem serviços, conforme prevê o artigo 23. Destaca-se que, esse dispositivo constitucional não envolve a atividade legiferante, mas tão-somente matérias administrativas. Dessa forma, o poder municipal assume importante papel no exercício da competência material comum, respeitando as normas federais e estaduais editadas.

Esse ditame constitucional demanda no seu parágrafo único, a edição de lei complementar que objetiva orientar os entes políticos no exercício dessa competência, que concerne em integração, cooperação e coordenação para fiel execução das tarefas e objetivos enunciados no artigo. Muito embora não se tenha editado a lei complementar ainda, as três esferas do Poder Público devem cooperar independentemente de regulamentação.

---

[46] MARQUES, José Roque Nunes. A Constituição Federal e o meio ambiente. In*: Cidadania e Justiça*, ano 4, n. 9, 2° semestre, Rio de Janeiro: 2000.

[47] A Lei Orgânica do Município de Campos dos Goytacazes, de 28 de março de 1990, reservou ao meio ambiente o Capítulo VII do Título V, dedicado a ordem econômica e social. Disciplina a matéria nos artigos 242 a 251. Dessa forma, à guisa do movimento de inserção do ambientalismo na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que reservaram um capítulo próprio para tratar do meio ambiente, a Lei Orgânica do Município também se preocupou com o tema.

[48] SILVA, Sandra. O município na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 100, *apud*, ALVES (2003-2004), *op. cit.*, p. 576.

[49] FIORILLO (2000), *op. cit.*, p. 61.

A Constituição de 1988 dispõe no artigo 24, incisos VI, VII e VIII, e defere à União, Estados e Distrito Federal, as competências legislativas concorrentes em matéria ambiental. Observa-se que, houve exclusão expressa dos Municípios relativamente às matérias constantes no dispositivo, entretanto, desde que observadas as condições estabelecidas pela Carta Magna e o disposto nas leis estadual e federal, pode o Município legislar sobre questões ambientais, segundo consta o artigo 30, inciso II, que permitiu ao Município suplementar a legislação federal e estadual no que couber, e atendido o parâmetro do interesse local.

Sustenta José Augusto Delgado, que a Constituição Federal colocou, de modo não técnico, a competência concorrente ao alcance do Município, através da possibilidade de suplementação das normas editadas pela União e Estados, e, por isso, o Município pode legislar sobre meio ambiente. Desse modo, é que se considera a competência suplementar como correlativa da competência concorrente[50].

Defende-se, portanto, que a existência de matéria de interesse local não autoriza o Município a legislar plenamente em assuntos relativos ao meio ambiente, pois a legislação municipal não pode contrariar nem as normas gerais[51] da União nem as normas estaduais de complementação, embora lhe caiba a importante função de detalhamento e adequação das leis e diretrizes nacionais as particularidades locais.

Conclui-se, portanto, que a prevalência de normas federais e estaduais relativas à proteção do meio ambiente não afeta, de forma alguma, a autonomia municipal, "visto que tais normas são editadas no âmbito da competência concorrente e para atendimento do direito de todos ao ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida"[52].

---

[50] SILVA (2000), *op. cit.*, p. 481.

[51] Diogo de Figueiredo Moreira Neto conclui que normas gerais: "são declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitados pelos estados-membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam se aplicadas, direita e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam em seus respectivos âmbitos políticos". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Competência concorrente limitada: O problema de conceituação de normas gerais". In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 100, Brasília, 1988, p. 127-162, apud, MARQUES, José Roque Nunes. A Constituição Federal e o meio ambiente. In: *Cidadania e Justiça*, ano 4, n. 9, 2° semestre, Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, 2000.

[52] GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez. A Autonomia Municipal e a repartição constitucional de competências em matéria ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 54-55.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ALVES, Francisco de Assis Aguiar. Autonomia Municipal E Interesse Local Como Parâmetros À Competência Legislativa Dos Municípios. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5, Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2003-2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 8. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo. Celso Bastos Editora, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre Direito Ambiental e competência municipal. In: *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, 2000.

FERNANDES, Jéferson Nogueira (Org.). *Legislação ambiental de Campos dos Goytacazes*. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. In*: Revista dos Tribunais*, n. 687, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, janeiro, 1993.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges; [tradução de Carlos Souza]. *Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 7. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1999.

MARQUES, José Roque Nunes. A Constituição Federal e o meio ambiente. In: *Cidadania e Justiça*, ano 4, n. 9, 2° semestre, Rio de Janeiro: Diretoria de Comunicação Social da AMB, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 14. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário.* 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Inconstitucionalidade de Normas Estaduais que Versam sobre Remuneração de Agentes Públicos Federais. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado,* Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br. Acesso em 04 de maio de 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Direito Ambiental Constitucional*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. O Princípio da Autonomia Municipal e os Assuntos de Interesse Local na Constituição Federal de 1988. In*: Revista Tributária e de Finanças Públicas*, ano 13, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março/abril, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. ver. aum. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GRAF, Ana Cláudia Bento; LEUZINGER, Márcia Dieguez. A Autonomia Municipal e a repartição constitucional de competências em matéria ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de Direito Ambiental e Urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA NO ACOMPANHAMENTO E PROPOSITURA DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS NO MUNICÍPIO DE NITERÓI-RJ

Wilson Madeira Filho[*]

Roberta Ponzo Nogueira[**]

RESUMO

O objeto desse estudo é a análise da construção de um modelo complexo de cidadania, impulsionado pelo tema ambiental. Trata-se, num primeiro momento, de enfocar os conflitos sócio-ambientais como forma de integração da sociedade em outros debates sobre direitos, permitindo uma análise do papel que o Estado, através do Ministério Público Estadual, desempenha enquanto tutor dos interesses da coletividade. Em um segundo momento, no entanto, conjeturam-se possíveis sinais de colapso de um modelo de cidadania tutelada, que tem como base a noção de acesso à justiça e a própria juridicidade na tradição brasileira. O método utilizado foi a análise concreta das Ações Civis Públicas e a atuação da sociedade civil organizada durante a Conferência da Cidade de Niterói em 2005. A pesquisa foi realizada utilizando-se os dados obtidos no Ministério Público Estadual da 2ª PJTC - Promotoria de Justiça de Tutelas Coletivas da Comarca de Niterói, responsável por promover a tutela judicial relativa ao meio ambiente no município de Niterói. Quanto à Conferência da Cidade de Niterói, atuamos diretamente na coordenação e relatoria da mesma.

PALAVRAS-CHAVE: AÇÃO CIVIL PÚBLICA, DIREITO AMBIENTAL, MINISTÉRIO PÚBLICO

ABSTRACT

The object of this study is the analysis of the construction of a complex model of citizenship, stimulated for the environmental subject. It is treated, at a first moment, to focus the social and environmental conflicts as form of integration of the society in other debates on rights, allowing an analysis of the paper that the Brazilian State, through the Public Prosecution Service, plays while tutorial of the interests of the collective. At as a second moment, however, possible signals of collapse of a citizenship model are conjectured, who has as base the notion of access to justice and the proper legality in the

[*] Professor Titular de Teoria do Direito da Universidade Federal Fluminense.

[**] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF.

Brazilian tradition. The used method was the concrete analysis of the Public Civil Actions and the performance of the organized civil society during the Conference of the City of Niterói in 2005. The research was carried through using the data gotten in the Public Prosecution Service of 2ª PJTC - Public Prosecutor's Office of Justice of Collective Guardianships of the Judicial district of Niterói, responsible for promoting relative the judicial guardianship to the environment in the city of Niterói. How much to the Conference of the City of Niterói, we directly act in the coordination and the relater of the same one.

KEYWORDS: PUBLIC CIVIL ACTION, ENVIROMENTAL LAW, PUBLIC PROSECUTION SERVICE

Sumário: Introdução. Metodologia. Caracterização dos danos ambientais. A participação do Ministério Público. Inquérito civil como instrumento de participação democrática. A importância dos Termos de compromisso de Ajustamento de Conduta. A participação da sociedade civil. Referências bibliográficas.

Introdução

O objeto desse estudo é a análise da construção de um modelo de cidadania que, impulsionado pelo tema ambiental, termina por abarcar debates mais complexos, enfocando os conflitos sócio-ambientais como forma de integração da sociedade em outros debates sobre direitos e permitindo uma análise do papel que o Estado, através do Ministério Público Estadual, desempenha enquanto tutor dos interesses da coletividade.

A pesquisa parte de uma conceituação de meio ambiente como algo dinâmico que reflete as disputas e interesses divergentes entre atores sociais diferentes. Vai de encontro a uma conceituação de meio ambiente delimitado biologicamente, construído aprioristicamente a partir de um conceito adâmico, mas, pelo contrário, aponta para um meio ambiente construído a partir do debate e das necessidades dos grupos envolvidos. Já não é mais possível ver o meio ambiente sem levar em consideração a dinâmica social no processo de construção desse meio.

O direito ao meio ambiente saudável aparece inserido num novo pólo de proteção jurídica, chamado por vezes de *direitos de terceira geração* - numa leitura classificatória que, enquanto aponta para uma superação da polaridade civil-social, mantém, de certo

modo, um tom evolucionista dos direitos – e, por vezes, chamado de *direitos difusos*, na medida em que não se destinam especificamente à proteção de interesses individuais, de um grupo ou de um determinado Estado.

A analise realizada no presente trabalho leva em consideração esta nova conceituação, como salienta Mario Fuks, em contexto correlato: "A perspectiva adotada percebe a dinâmica social que conduz à definição do meio ambiente como sendo regida pelas tensões e possíveis articulações entre o caráter universal da formulação pública/estatal do conceito de meio ambiente e a inevitável particularidade das enunciações contextualizadas a seu respeito".[1]

A Ação Civil Pública (ACP) aparece inserida nesse contexto, como instrumento jurídico disponível no nosso ordenamento para a proteção ambiental e que tem se demonstrado o meio mais recorrente na busca da resolução dos conflitos ambientais por via judicial.

Comparada a outros instrumentos de proteção do meio ambiente, como a Ação Popular - onde a participação do cidadão como legitimado ativo para propô-la se dá ainda de maneira tímida e encontra diversas dificuldades no campo prático, já que a própria legislação atual não viabiliza meios de melhor efetivá-la – o instrumento processual estudado tem sido, assim, o meio que viabiliza o espaço de discussão sobre a questão da tutela ambiental e seus conflitos atuais.

Por esta garantia legal, constrói-se, através das denúncias, das sindicâncias, dos procedimentos processuais e dos Termos de compromisso de Ajustamento de Conduta (TACs), um espaço dialógico aberto aos atores sociais envolvidos na questão ambiental, destacando-se a participação da sociedade civil através de indivíduos isolados, de organizações não governamentais, de movimentos sociais e, em especial, da atuação do Ministério Público como participante do discurso e intermediário na resolução dos conflitos.

A hipótese de investigação do presente trabalho é conjeturar, prospectivamente, sinais de colapso de um modelo de cidadania tutelada, que tem como base a noção de acesso à justiça e a própria juridicidade na tradição brasileira. Nesse sentido, tanto o aparelho estatal apresenta sinais de obsolescência, como a sociedade civil apresenta

[1] FUKS, Mario. **Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001. p. 44.

indicadores sinais de exaustão face à complexidade do debate das políticas públicas e suas alternativas, não raro revelando pouca capacidade de coesão para além do “denuncismo” e mesmo falta de familiaridade com uma militância cívica que relativize judicialmente o espaço público.

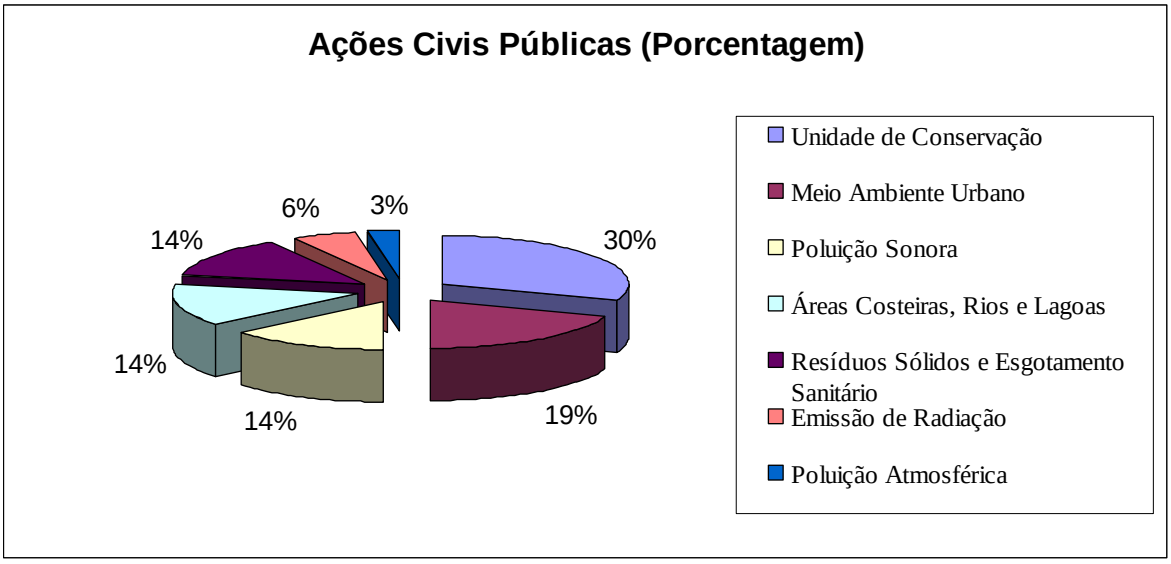
Metodologia

O método utilizado foi cotejar a análise concreta das Ações Civis Públicas ambientais propostas no municio de Niterói/RJ com a efetiva participação da sociedade civil organizada. A pesquisa foi realizada utilizando-se os dados obtidos no Ministério Público Estadual da 2ª PJTC - Promotoria de Justiça de Tutelas Coletivas da Comarca de Niterói -, responsável por promover a tutela judicial relativa ao meio ambiente no município de Niterói, e a atuação de setores organizados da sociedade civil durante os debates para a Conferência Municipal da Cidade de Niterói, ocorrida entre 18 de junho e 12 de julho de 2005.

Os procedimentos realizados junto ao MP foram: levantamento, acompanhamento das Ações Civis Públicas ambientais em andamento no município de Niterói; acompanhamento dos Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta resultantes dessas ações civis públicas e dos inquéritos civis e entrevistas com os representantes do Ministério Público Estadual responsáveis pela tutela ambiental. Já quanto à Conferência Municipal da cidade de Niterói, tivemos participação direta na coordenação do evento, desde sua organização, relatoria e sistematização dos trabalhos.

Num primeiro momento, há a apresentação do quadro dos conflitos ambientais analisados no município de Niterói, no âmbito do Ministério Publico estadual. Após, há a analise da participação do Ministério Publico Estadual e da sociedade civil na proteção do meio ambiente.

Caracterização dos danos ambientais



Em 2001, em uma primeira fase da análise[2], havia 49 inquéritos civis e 19 Ações Civis Públicas Ambientais, apenas na cidade de Niterói. Atualmente, numa atualização desses dados (levantamento realizado até 05/07/2005), o número aumentou para 319 inquéritos e 36 Ações Civis Públicas Ambientais. Um aumento altamente exponencial que já revela, no contraste quantitativo, o quanto a sociedade civil organizada passou a se valer dessa estratégia, forçando o MP a reestruturar seus quadros.

Nesse sentido, traçando um breve perfil da história recente do MP na 2ª PJTC, é possível detectar pelo menos três fases: 1) uma primeira fase *inaugural* (1992-1998), que se antepõe, inclusive, à criação da PJTC, onde o órgão expressava-se a partir do conceito de tutela pública, de forma mesmo romântica e com certa identificação com os temas políticos partidários emergentes; 2) uma segunda fase de *organização* interna da demanda e de *promoção de visibilidade* externa na mídia (1998-2004), conclamando a participação da sociedade civil organizada, participando de palestras e debates em universidades e junto às principais instituições locais (OAB, Prefeitura, Câmara de Vereadores etc.); 3) Uma terceira fase de *contenção* (2004-...), onde, assoberbado pela demanda, o MP recua para uma fala menos militante e mais burocrática, não raro externalizando jargões conservadores do mundo jurídico.

[2] MADEIRA FILHO, Wilson et alli. **Ações civis públicas ambientais em Niterói**. Relatório PIBIC. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2001

Ao caracterizar os danos ambientais, pode-se observar uma tendência nas ações relativas aos danos relacionados às unidades de conservação, onde são observadas ações referentes à construções imobiliárias irregulares, projetos de urbanização e desmatamentos nas áreas de proteção ambiental. O que tem ocorrido com maior freqüência é o desrespeito com relação à Áreas de Proteção Ambiental (APAs) e aos controversos limites do Parque Estadual da Serra da Tiririca, ambos os locais onde o avanço da especulação imobiliária, com o crescente processo de verticalização, e o crescimento desordenado de residências, condomínios e favelas compromete a integridade das áreas protegidas.

O meio ambiente urbano aparece como a segunda causa na caracterização dos danos ambientais, sendo a poluição sonora a segunda maior demanda de reclamações no município (já é a primeira na cidade do Rio de Janeiro). O mesmo faz parte do patrimônio ambiental artificial que é aquele "constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (*espaço urbano fechado*) e dos equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes, espaços livres em geral: *espaço urbano aberto*)" [3]. Percebe-se aqui o conceito ampliado do meio ambiente, "como produto das interações e relações da sociedade humana com o mundo natural", passando, assim, a ser objeto das políticas públicas.[4]

Além dessas, também significativas são as ações propostas visando à proteção das áreas costeiras, rios e lagoas, os problemas relativos à instalação de estações de rádio-base - as antenas de telefonia celular - bem como resíduos sólidos e poluição atmosférica.

Todavia, é possível constatar que parte significativa das denúncias gravita em torno da atuação do poder executivo municipal no favorecimento de uma política urbana mais contundente, trazendo investimentos imobiliários para espaços protegidos e "revitalização" para os espaços urbanos, fechados e abertos.

Nesse sentido, a sociedade civil organizada, em diversos debates durante a Conferência Municipal da Cidade de Niterói, enunciou questões em relação a diversos casos, mais destacadamente os seguintes:

- Encosta da Boa Viagem – defronte ao MAC (Museu de Arte Contemporânea), área com mais de 45º graus de inclinação (contrário, portanto, ao que estipula o Código

[3] SILVA, Jose Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20
[4] MILARE, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 420

Florestal, artigo 10[5]) degradada após retirada do barro foi escorada por muros de arrimo, de maneira a permitir a construção de diversos edifícios de apartamentos para classe média alta, ao tempo em que, do lado contrário da encosta, a comunidade do Morro do Palácio passou a sofrer sistemático assédio da violência policial. A Câmara de Vereadores, atendendo ao pedido de urgência do prefeito, votou pela extinção de APA no local.

- Morro do Gragoatá - Conflito entre municipalidade e a Universidade Federal Fluminense, uma vez que a prefeitura licenciou obra para particular no topo do morro, em área pertencente a universidade, *sub judice* face a ação de restituição de posse, e de forma contrária a laudo do IBAMA.
- Morro do Céu – Trata-se do "Lixão Municipal", onde uma usina de reciclagem ficou inoperante por mais de uma década, comprometendo o maquinário, ao tempo em que o tráfico de drogas no local assumiu o comando da catação. Uma creche para os filhos dos catadores instalou-se no próprio local, apesar das condições de higiene contrárias. Face ao não cumprimento de TAC pela municipalidade, foi proposto, pasme-se, em 2006, por um vereador, a transferência do lixão para a Serra da Tiririca (que é um Parque Estadual!).
- Morro do Morcego – A sociedade civil organizada movimentou-se para transformar o local em unidade de conservação, coletando laudos sobre a importância da biodiversidade local, além da beleza paisagística, justamente defronte ao Pão de Açúcar, do outro lado da Baía. De um lado, "donos" da propriedade lutam na justiça pelo direito à construção imobiliária no local; de outro lado, a Assembléia Legislativa disputa com a Câmara de Vereadores a prevalência sobre o projeto de lei, criando a UC.
- Comunidade do Imbuhy – População de trinta e duas famílias, descendente de pescadores tradicionais passa a sofrer controle e mesmo humilhações para chegar a suas casas devido à instalação do Forte Imbuí, em leitura por parte do Ministério da Defesa de tratar-se a aquela de área de segurança nacional. Entrementes, conforme

[5] Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965 – *Institui o novo Código Florestal*. "Art. 10 - Não é permitida a derrubada de florestas, situadas em áreas de inclinação entre 25 e 45 graus, só sendo nelas tolerada a extração de toros, quando em regime de utilização racional, que vise a rendimentos permanentes".

as denúncias, são toleradas tanto as pesquisas para permitir um túnel no local como as que visam a instalação de um *resort*.

- Setor 10 em Camboinhas – área de bosque lagunar, surgida após as intervenções técnicas no sistema lagunar, por ocasião da criação do Canal de Camboatá.. Boa parte das lagoas de Itaipu e de Piratininga foram loteadas, criando-se a categoria "lote sub-aquático". A própria SERLA fez os novos arruamentos e aterrou túnel subterrâneo que ligava as lagoas. A estrutura fundiária foi "regularizada" em cartórios e a prefeitura autorizou a construção de diversos prédios no local. O impacto populacional previsto é de tal ordem que se estima que duplique a população do bairro. Já a estimativa no mercado imobiliário é de que aquele será metro quadrado mais caro do país. Existe decisão liminar contrária ao empreendimento, mas a sociedade civil teme por reviravoltas no judiciário.
- Sítios arqueológicos – Em Itaipu (Duna Grande) e Camboinhas (Duna Pequena) – tratam-se dos mais antigos sítios arqueológicos do país, que não contam com nenhuma fiscalização seja do IPHAN, seja da prefeitura, que fazem vista grossa a passeios de bugre, campeonatos de *motocross* e mesmo a acampamentos no local. O antigo cemitério indígena foi soterrado, instalando-se sobre ele o *apart* hotel *Ocean Inn 9*. Atos indígenas, no mês de abril, com a presença de etnias de várias regiões do país, contando com o apoio de militância local e de artistas, tem simbolizado uma resistência. A prefeitura alega a necessidade de construir as obras do setor 10 para, através de contrapartida daqueles investimentos, conseguir cercar os sítios e construir Museu e espaço de visitação.
- Praia do Sossego – transformada em UC municipal, a mesma foi ignorada pela prefeitura que aprovou série de construções no local.
- Laudo do Cupim – pequena formação de Mata Atlântica, próxima a Estrada de Itaipu (Estrada Francisco da Cruz Nunes) que foi retirada para dar lugar a conjunto habitacional para classe média sob a alegação de que existia forte concentração de cupins no local que viriam a devorar mesmo a Mata Atlântica.
- Praça do Português – local na Avenida Central, que sediou diversos eventos culturais, como parques de diversão e desfiles de carnaval, transformou-se, da noite para o dia, em canteiro de obras para empreendimento imobiliário. A alegação da

prefeitura foi, mais uma vez, a contrapartida, que viria em forma da recuperação da mata ciliar do Rio João Mendes, o que nunca ocorreu.

- Delimitação do PEST – A controvérsia em torno do limite provisório do Parque Estadual da Serra da Tiririca serviu de álibi para que fosse autorizado todo tipo de licenciamento dentro e fora do Parque. A ACP, movido por ONG local, chegou a produção de uma sentença inócua que fala em "cumprimento da lei", sem apontar as formas de efetivar o óbvio.
- Sítio Neiva – No entorno do PEST, diversos sitiantes, oriundos de reformas agrárias ocorridas na década de 1960, lutam pelo reconhecimento de sua tradicionalidade. Essas terras, todavia, em sido esbulhadas por criminosos armados que expulsaram os moradores originais e passaram a "regularizar" as terras, chegando a criar escritório de "corretagem" na mata. O Dr. Neiva, já falecido, foi um dos mais contundentes sitiantes a oferecer resistência, mesmo por partilhar de ideais conservacionistas, havendo sido, inclusive, um dos relatores do Código Florestal de 1965. Sua terra foi atualmente tomada e a própria prefeitura abriu ruas no local, permitindo a venda de lotes e a construção de diversas residências.
- Várzea das Moças – os mesmos empreendedores que tomaram o sítio Neiva, anunciam a construção de "Condomínio Ecológico" atrás do CIEP de Várzea das Mocas, em área de extensa Mata Atlântica, em pleno corredor florestal a ligar a Reserva Darcy Ribeiro ao PEST. O próprio IEF fez laudo contrário ao empreendimento e chegou-se a denunciar nos órgãos e conselhos específicos os interesses escusos de profissionais que estariam a assinar laudos favoráveis para empreendimentos no local.

A participação do Ministério Público

O Ministério Público, em conformidade com o artigo 127 da Constituição Federal, é considerado "instituto permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-

lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

A lei 6.938/91 já havia atribuído ao Ministério Público a proteção ao meio ambiente na esfera civil, mas somente com a Lei 7347 de 1985, que regulamenta a Ação Civil Pública, efetiva-se a possibilidade de intervenção do Ministério Público Federal ou Estadual na matéria, com a disciplina processual da Ação Civil Pública e do Inquérito Civil.[6]

O Ministério Público brasileiro, assim, desempenha um importante papel em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Onde ele não atua como parte na propositura da ACP, ele intervém como *custos legis*, conforme dispõe o §1º do artigo 5º da Lei 7.347/85 ou, ainda, poderá intervir como assistente litisconsorcial da parte legitimada que ajuizou a Ação Civil Pública.

Na pesquisa realizada no Município de Niterói junto à 2º Promotoria de tutela coletiva, constatou-se a atuação central do Ministério Publico como guardião dos interesses coletivos e difusos onde, seja através dos procedimentos administrativos como inquéritos civis e sindicâncias, seja através da propositura das ACPs, encontra-se o MP Estadual com uma grande responsabilidade na proteção ambiental, seja este entendido como o meio ambiente natural, cultural, turístico, paisagístico, urbanístico e até mesmo o meio ambiente do trabalho.

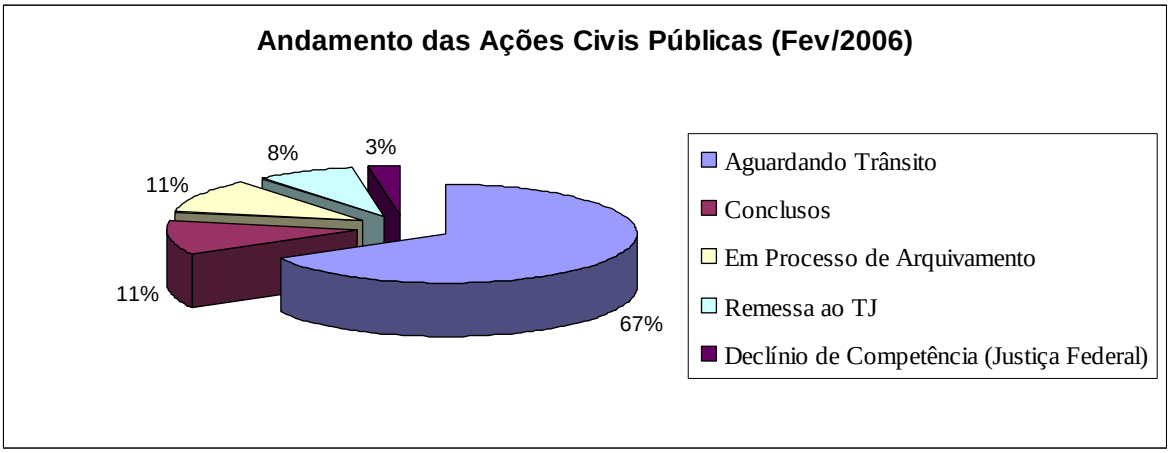
Como afirma Mario Fuks, "...no Rio de Janeiro, a criação , no âmbito do Ministério Público, de uma estrutura específica para lidar com a proteção ao meio ambiente não apenas abriu espaço para o encaminhamento das demandas dos grupos ambientaips, mas, principalmente, estimulou a redefinição, em termos ambientais, das mais variadas reivindicações de associações de moradores ."[7]

No município de Niterói são, ao todo, 36 ações civis públicas ambientais que tramitam na esfera da justiça estadual. Dessas, 28 ações foram propostas pelo Ministério Público Estadual.

---

[6] Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 – *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico* (vetado) *e dá outras providências.*

[7] FUKS, Mario. **Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001.p. 50.



O promotor, então, passa a ter uma função primordial no andamento das ações ambientais, deixando de ser mero expectador e aplicador da sanção, para transformar-se em agente ativo da função fiscalizadora e da defesa das garantias constitucionais.

Há, todavia, muitas dificuldades a serem superadas, já que a questão ambiental envolve grande complexidade na análise dos possíveis danos e na sua reparação, necessitando-se de perícia técnica altamente especializada, com profissionais de diversas áreas atuando conjuntamente.

A perícia Ambiental apresenta-se, portanto, de fundamental importância na elucidação das questões ambientais levadas a juízo através da ação civil pública. Entretanto, o Ministério Público e os Tribunais deparam-se com um grande empecilho ao bom andamento das ações, representado pelo custo das perícias.

Não existe previsão de dotação orçamentária das entidades públicas, em especial do Ministério Público, para o pagamento de honorários periciais nas ações em que são parte, e tampouco para o pagamento e honorários de Assistentes Técnicos.

Na carência de uma solução favorável para este problema, tanto os juízes na nomeação de peritos, quanto o MP, na contratação de Assistentes Técnicos, têm, por diversas vezes, convocado técnicos de órgão públicos ou de instituições acadêmicas para desempenharem esta função, a título de cooperação. O MP vem firmando convênios com as Universidades para a viabilização de assistência técnica, arcando apenas com as despesas materiais.

Ocorre também que as referências acerca da Perícia Ambiental são esparsas e reduzidas na literatura ambientalista e, quando ocorrem, ressaltam sempre, sua enorme

complexidade técnica e dificuldade de realização. É preciso ter em mente que a perícia ambiental é um forte e importante elemento de instrumentalização da Ação Civil Pública Ambiental, sendo, na grande maioria dos casos, indispensável.

Todavia, o que por um lado representa um maior profissionalismo do MP na atuação em prol de uma tutela ambiental eficiente, colabora para torná-lo gradativamente em instância meramente técnica diante de conflitos sócio-ambientais, vez que cientistas sociais e humanos nem sempre estão no rol dessas prioridades.

Outro aspecto importante a ser ressaltado em relação à participação do Poder Público na defesa do meio ambiente é a sua quase inoperância em relação à propositura das ações civis públicas, apesar da lei 7347/85 elencar como co-legitimados ativos as associações, os órgãos públicos e a União, Estados, Municípios e seus entes paraestatais.

O que se constata, todavia, é que, não obstante estes entes e órgãos públicos estarem legitimados à propositura da Ação Civil Pública, o que ocorre é que, na grande maioria das ações, as pessoas jurídicas da administração direta e indireta aparecem no pólo passivo, como agentes responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente.

Por sua vez, a constituição das ONGs tem revelado uma forte miscigenação com os cenários políticos. Desde 2001, quando uma primeira fase da pesquisa identificou esses atores, constatou-se um número reduzido de pessoas a articularem ações sob diversas estampas diferentes. Um mesmo rapaz, por exemplo, assinava denúncias em nome de três ONGs, algumas delas formadas por ele mesmo e meia dúzia de conhecidos, em fenômeno que descrevemos como ING (Indivíduo Não Governamental). Passados quatro anos e em razão das eleições presidências ocorridas em 2002, boa parte dessas militantes situou-se, em um primeiro momento, favorável ao Partido dos Trabalhadores, vindo a constituir, logo em seguida, grave oposição ao prefeito, que teria “pdtizado o PT de Niterói”. Por outro lado, nas eleições municipais de 2004 não faltaram ambientalistas a apoiar “oposições” advindas do PMDB e do PSDB e, diante da dança de cadeiras no terceiro escalão, assessores de vereadores, agora sem cargo, vieram a reforçar a oposição, tornando a habitar estruturas de associações de bairro e confederações regionais, em busca de melhor palco e maior visibilidade.

Inquérito civil como instrumento de participação democrática

O Ministério Público, apresentando posição de relevo frente à Ação Civil Pública, é o único co-legitimado autorizado a promover o inquérito civil[8], com poderes de notificação e requisição[9]. Também estará o Ministério Público autorizado a realizar inspeção, vistoria e diligência investigatória, inclusive junto às autoridades, órgãos e entidades públicas, da administração direta, indireta ou fundacional.[10]

O inquérito civil vem a ser um procedimento de natureza inquisitorial[11] destinado a fornecer provas e elementos de convicção que fundamentem a ação do Ministério Público na defesa de valores, direitos e interesses metaindividuais.

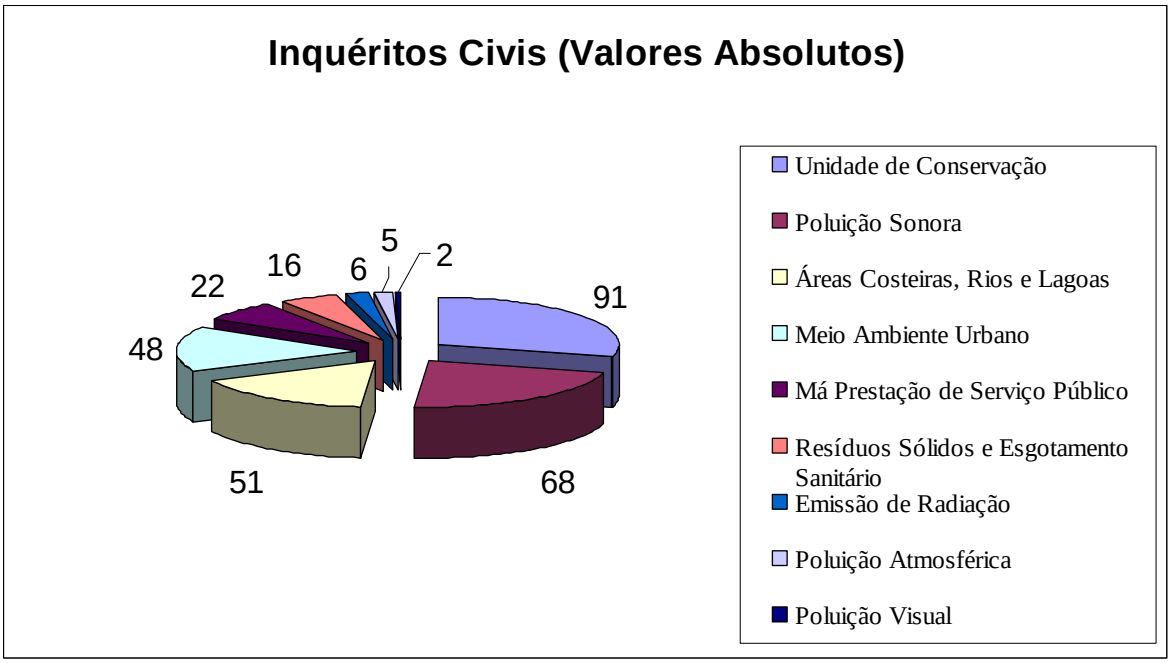
Por ser mero procedimento não está, assim, submetido ao princípio da ampla defesa, estando voltado à apuração de fatos para embasar futura e eventual ação judicial. Ele será presidido por Promotor de Justiça ou, nas hipóteses legais de atribuição originária, pelo Procurador-Geral de Justiça, que poderá delegar essa atribuição a outro membro do Ministério Público.

O inquérito civil será instaurado por meio de portaria, por despacho admitindo representação, por determinação do Procurador-Geral de Justiça ou do Conselho Superior do Ministério Público.

A mais utilizada é, sem dúvida, a representação, por meio de petição ou reclamação que se faz à autoridade competente contra qualquer ocorrência. Ela será encaminhada ao órgão do Ministério Público que tenha atribuições para apreciá-la.

Na área ambiental a participação da população através de denúncias tem se demonstrado de suma importância para a instauração do inquérito civil junto ao Ministério. Como já mencionado, em levantamento recente (maio de 2005) o número de inquéritos civis chegava a 319, assim distribuídos:

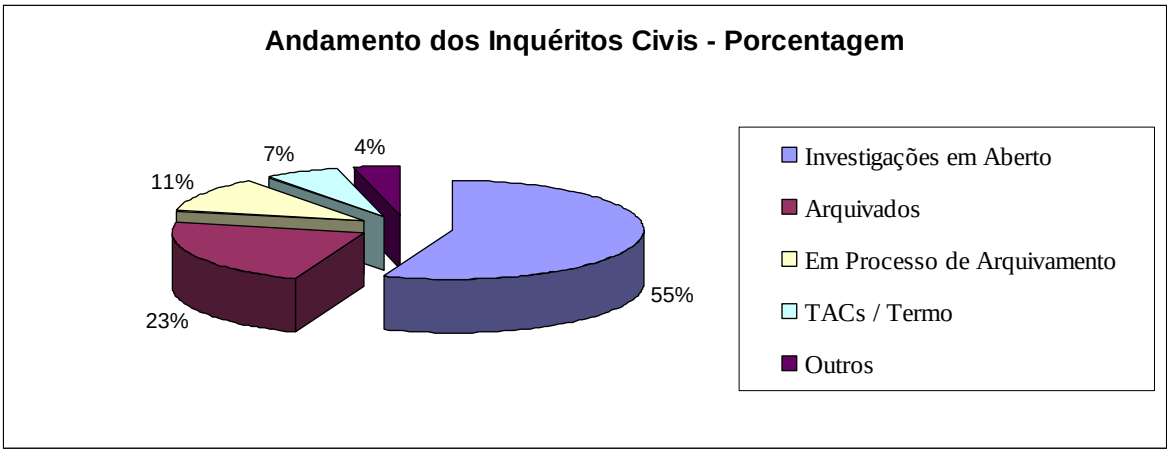
[8] Constituição Federal, art. 129, III, combinado com o art. 8º, §1º, da Lei 7.347/85.
[9] Constituição Federal, art. 129, VII e VIII.
[10] Lei 8.625/93, art. 26, I, *c*.
[11] MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 384.



O Inquérito civil, atualmente, aparece como o instrumento processual mais utilizado num primeiro contato com o dano ambiental, onde, através de denúncias por parte da população ou de organizações ambientalistas, há o inicio da investigação pelo Ministério Publico na tentativa de reparação do dano e de apuração de responsabilidade dos agentes provocadores.

Entretanto, essa quantidade expressiva revela também a pouca capacidade de atendimento a tamanha demanda. Em 2001, havia apenas um promotor para três áreas de atuação: cidadania, meio ambiente e defesa do consumidor. Desde então a repartição aumentou e novos promotores foram empossados, subdividindo-se as atuações nas três áreas exclusivas, ficando um promotor exclusivo para a atuação na questão ambiental. E assim, enquanto outrora, eram promovidas reuniões com os setores sociais em busca de Ajustamentos de Conduta, com o MP dublando e incentivando a atuação social, agora já se reconhece o fenômeno inverso, com promotores afirmando que na “sua região” não iria admitir “falas políticas”.

Vê-se, então, que o número de TACs alcançado passa a diminuir flagrantemente, os arquivamentos aumentam em proporção inversa e a grande maioria das denúncias encontra-se ainda em fase de investigação, conforme o quadro a seguir.



A importância dos Termos de compromisso de Ajustamento de Conduta

Este importante instrumento utilizado para a resolução de conflitos, o Termo de de compromisso de Ajustamento de Conduta, vulgo TAC, surgiu, primeiramente, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, que previa esse instituto em seu artigo 211, ficando, todavia, restrito à matéria tratada na referida Lei.[12]

Com a chegada do Código de Defesa do Consumidor[13] houve a ampliação deste instituto aos demais interesses difusos e coletivos, em especial a tutela ambiental, previsto em seu artigo 113, que acrescentou os §§ 4º, 5º e 6º ao art. 5º da Lei 7.347/85.

Houve, assim, expressa disposição em seu artigo § 6º, no sentido de que "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

O Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta é, assim, um instrumento efetivo para a resolução das irregularidades apuradas nos inquéritos civis, no procedimento preparatório ou peças de informações coletadas. Cabe ressaltar que o TAC deverá abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado, ou o afastamento do risco ao bem jurídico de natureza difusa ou coletiva.

[12] Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.* "Art. 211 – Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial".
[13] Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Muitas vezes, já há a tentativa de resolução via TACs no próprio âmbito dos inquéritos civis. Isso é observado até pela disparidade na quantificação de Inquéritos civis se comparado com as Ações civis propostas.

Dos 319 inquéritos civis abertos pelo Ministério Público Estadual, foram realizados 21 TACs com as partes investigadas, um numero, como vimos, ainda ínfimo dentro do universo de ações e de inquéritos movidos pelo MP.

Deve-se, contudo, ressaltar a importância desse instrumento na construção discursiva da cidadania tendo em vista a busca pela resolução dos conflitos de uma maneira pacifica, onde o poluidor firma compromisso de reparação do dano causado ao meio ambiente e, com isso, evita-se a morosidade da justiça que pode causar mais prejuízos ao meio ambiente a ser protegido.

Ainda que, no fundo, não exista uma estrutura eficiente de acompanhamento do cumprimento desses TACs que não seja o próprio "denuncismo" dos movimentos sociais, não estando as ONGs também profissionalmente estruturadas para esse tipo de demanda.

A participação da sociedade civil

Numa constatação dos dados coletados, vê-se que a participação da sociedade civil na propositura das ACPs ambientais é, ainda, muito precária, do ponto de vista da iniciativa propriamente jurídica. São, ao todo, como já mencionado anteriormente, cerca de 36 ACPs, e, desse número, apenas seis foram propostas diretamente por associações civis organizadas e ONGs ambientalistas.

A maior participação da sociedade se dá através dos procedimentos administrativos, principalmente nos inquéritos civis através das denúncias ao Ministério Público, o que revela uma nova postura do individuo como cidadão, frente aos problemas da coletividade. Na pesquisa realizada em 2001, constatou-se que 25% dos agentes motivadores dos inquéritos civis eram indivíduos isolados e 23 %, sociedade civil organizada. Esse número não se alterou significativamente.

O que se pode constatar é que os indivíduos quando se sentem lesados e adquirem consciência dos direitos, recorrem, na maioria das vezes, diretamente ao próprio Ministério

Publico para a resolução dos problemas e não através das próprias organizações sociais, o que reafirma a importância do papel do Ministério Público frente aos interesses coletivos e à participação tutelada da sociedade organizada..

Alguns causas para a não organização dos grupos sociais são ressaltadas por Mário Fuks, que entende que isso "pode ser conseqüência tanto da ausência ou fragilidade de atores empenhados em sua promoção como da estratégia de grupos interessados em excluí-los das arenas de ação e debate públicos".[14]

Pode-se constatar, enfim, que a participação da sociedade civil via associações e organizações em Niterói se dá de maneira pouco engajada e ainda não há, de um modo geral, por parte da população, uma mudança de postura frente a questão ambiental.

Ao contrario, muitas vezes esse interesse mostra-se mais político-ideológico do que propriamente um interesse coletivo, onde o que se busca é apontar as deficiências da administração pública e a corrosão dos quadros institucionais, o que faz trazer, via Ministério Publico, visibilidade para esses problemas estruturais**,** valendo-se, para tal, do discurso ambiental.

Certo é que, diante de estruturas sociais discursivas onde o grau de tecnologia democrática é precário, muitas vezes se demonstra eficiente o investimento na ideologização, criando um discurso de resistência militante e aglutinador.

Pode-se observar que apesar dos problemas enfrentados na prática, como a demora no andamento das ações, ou mesmo a dificuldade encontrada em condenar judicialmente o próprio poder público a reparar os danos causados por suas atividades nocivas/omissivas, a resposta social ainda é a de identificar na denúncia ao mesmo Estado – via MPE, apesar da pouca capacidade institucional de absorção de novas demandas -, sua principal forma de expressão.

Em Niterói, o principal palco de debates, eleito por esses setores combativos, foi a Conferência da Cidade de Niterói, que se deu no âmbito do ciclo de Conferências das Cidades patrocinado pelo Ministério das Cidades. O que se explica, em parte, pelo fato de a maioria das ações destacadas dizerem respeito ao avanço do capital imobiliário com o aval da municipalidade muitas vezes contra a própria legislação. Desse modo, retomar tais

[14] FUKS, Mario. **Conflitos ambientais no Rio de Janeiro: ação e debate nas arenas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2001.p. 50

questões em seu cerne, rediscutindo uma gestão democrática da cidade e um plano diretor participativo parecia o caminho mais adequado para garantir também uma tutela ambiental mais efetiva.

Por outro lado, o Ministério do Meio Ambiente passou a ser visto, no Governo Lula, como um Ministério "fraco", que tolerou a legalização dos transgênicos, ampliou a malha do "deserto verde" com suas florestas de eucalipto, fez vista grossa aos desmatamentos na Amazônia, posicionou-se de forma dúbia quanto à retificação do curso do Rio São Francisco e, enfim, não logrou êxito em promessas como a de instaurar o programa de recuperação de matas ciliares ou avançar no programa dos corredores florestais.

Em Niterói a participação para a Conferência do Meio Ambiente deu-se de forma pífia, com uma única reunião em dezembro de 2005, marcada por e-mail, de um dia para o outro, apenas para legitimar a participação, como delegados, de setores polêmicos. Não foi diferente no Encontro Estadual e uma impressão geral permite um diagnóstico pessimista, sublinhando a atuação de grupos corporativistas que se apresentaram sob um verniz democrático.

No âmbito da administração local, a Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Recursos Hídricos pautou-se por uma fala técnica, recusando-se a uma atuação dialógica, sequer convocando o Conselho Municipal de Meio Ambiente e demorando para iniciar programas mais contundentes. Em final de 2005 chegou a promover uma Audiência Pública (esvaziada) sobre poluição sonora e, para 2006, promete reativar o Conselho Municipal e os debates relativos ao Código Municipal de Meio Ambiente.

Foi, portanto, a Conferência da Cidade de Niterói o espaço que reacendeu o debate, como se pode notar por algumas das decisões do encontro, que contou com 200 delegados:

> Grupo de trabalho 2: **DESENVOLVIMENTO URBANO E INCLUSÃO SOCIAL (Tema Municipal)**
>
> **Propostas Municipais**
>
> 6. O modelo de desenvolvimento urbano da atualidade deve primar pela reunificação do homem com a natureza. Portanto, ao invés da estética construtivista que caracterizou a década de 1970, hoje o desenho urbano pede árvores e parques públicos a cada dez quarteirões. Sugere-se que o Campo de São Bento, em Icaraí, seja tomado como modelo e reproduzido em cada bairro da cidade. Sugere-se também que no lugar de obras como o Caminho Niemeyer, feitas de concreto, tenha-se um corredor florestal atravessando a cidade e conectando-se às unidades de conservação e matas ciliares que deverão ser recuperadas.
>
> 7. Deve se tomar como regra para o licenciamento municipal de obras e atividades a existência de Estudo de Impacto Ambiental, de Estudo de Impacto de Vizinhança e de Estudo de Impacto Viário. Eventual dispensa deverá contar com a aprovação do COMPUR. Nesse sentido, recomenda-se ampla discussão pública, reavaliando os Planos Urbanísticos Regionais das Praias da Baía e da Região Oceânica.

8. A revitalização do Centro deve levar em conta, para além dos aspectos econômicos, o resgate de sua função cultural e social. Essa reabilitação deve ter como base o direito à moradia, ao trabalho e à cultura. Nesse sentido, propõe-se a criação de novos espaços de moradia e trabalho, contando com a criação de quiosques e mercados populares, garantindo a manutenção ou proximidade das áreas já ocupadas para os trabalhadores informais, além de atividades contínuas, como teatro de rua e música, com iluminação e segurança.
9. A implementação dos instrumentos da Lei Federal 10.257/2001 - Estatuto da Cidade, em especial a ampliação da arrecadação do IPTU como principal base de sustentabilidade do desenvolvimento, deve estar coligada ao zoneamento ambiental, à regularização fundiária e à ampla extensão de bens e serviços às comunidades como também à responsabilidade social das empresas no município, regulamentando na forma da lei mecanismos compensatórios, com contrapartidas sócio-ambientais, que auxiliem a tornar efetiva a função social da propriedade e diminuir a desigualdade social.
11. Deve-se investir na vocação turística do município e da região, conjugando o desenvolvimento urbano à melhoria da qualidade de vida, ampliando a fiscalização, a segurança e o controle públicos, combatendo as diversas formas de poluição ambiental, entre as quais a poluição sonora e a visual, e fortalecendo o controle de posturas nas praias da cidade. Para tornar efetivo esse projeto, o município deverá ampliar e qualificar seus quadros, através de concursos públicos, criando postos de informações turísticas, retomando a segurança nos quarteirões, a guarda noturna e melhorando a iluminação. Também far-se-á necessária uma política efetiva junto às unidades de conservação e demais áreas de proteção ambiental, com a criação de novas (como no Morro do Morcego, Morro das Andorinhas e Morro do Gragoatá), da Reserva Extrativista Pesqueira de Itaipu e do Parque Municipal Darcy Ribeiro, com a revitalização das lagunas de Itaipu e Piratininga, preservação dos sítios arqueológicos em Itaipu e Camboinhas, além de programa integrado de gerenciamento costeiro.

Propostas Regionais

1. Investimento em corredores florestais e em Unidades de Conservação, a partir de conselhos gestores paritários, ligando todas cidades do eixo leste metropolitano do Rio de Janeiro, captando investimentos a partir do Tratado de Kyoto.

Propostas Nacionais (tema: Financiamento urbano)

2. Investimento na vocação turística para o leste fluminense, tornando-o verdadeiro pólo modelo de aplicação de Mecanismos de Desenvolvimento Limpo, retomando o PDBG – Programa de Despoluição da Baía de Guanabara - e criando programa integrado de coleta seletiva e reciclagem com inclusão social dos catadores e fortalecimento do cooperativismo e de programas de geração de trabalho e renda.

Grupo de trabalho: **SANEAMENTO AMBIENTAL**

Propostas Municipais

9. Implementar o reflorestamento das Reservas da Biosfera da Mata Atlântica e dos seus entornos no município, em parceria com as ONG’s e demais segmentos civis afins à tarefa;

Propostas Regionais

2. Promover através da Comissão Tripartite à integração das legislações federal, estadual e municipal visando atribuir ao município responsabilidades de análise e licenciamento de atividades industriais, comerciais e de serviços, dando maior agilidade as ações ordenadoras e fiscalizadoras de proteção, preservação e recuperação do meio ambiente, conforme prevista no Decreto Federal 99.274/1991;
3. Incentivar as secretarias de Meio Ambiente e seus respectivos Conselhos ao estudo de valoração dos danos ambientais com base em abordagem multidisciplinar do conhecimento do processo natural de formação dos ambientes, penalizando os poluidores com os custos diretos da recuperação dos mesmos, monitorados até o estágio alcançado para o desenvolvimento de sua auto-sustentação natural, independentemente das demais punições pertinentes.

Apesar dos significativos avanços dessas propostas, esculpidas em encontro que possivelmente representou o maior debate democrático já ocorrido na cidade de Niterói,

tais temas tem sofrido toda forma de contenção. O COMPUR – Conselho Municipal de Política Urbana, através da presidência exercida pelo secretário de Políticas urbanas, tem primado por não efetivar nenhum item, sob a alegação de defender o direito do prefeito em bem administrar a cidade, sem a intervenção de setores anarquistas.

Por sua vez, após a convulsão dialógica, representada pelo Ciclo de Conferências das Cidades, patrocinada pelos poderes públicos, a sociedade civil organizada volta a sua fragmentação original, defendendo suas metas específicas, muitas vezes encontradiças, sem apontar para uma maior conglobação de ações.

Referências bibliográficas

FUKS, Mário. **Conflitos ambientais no Rio de Janeiro – ação e debate nas arenas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2001.

MADEIRA FILHO, Wilson et alli. **Ações Civis Públicas Ambientais em Niterói**. Relatório PIBIC. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 2001.

MILARË, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA-SÁNCHEZ, Solange S. **Cidadania ambiental: novos direitos no Brasil**. São Paulo: Annablume, 2000.

SILVA, Jose Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SEGURANÇA JURÍDICA, COMÉRCIO VIRTUAL E CONSUMO

Claudia Maria Barbosa

RESUMO

Este artigo é a primeira análise do projeto "*Segurança Jurídica nas relações via internet*", financiado pelo CNPq. O projeto busca conectar as áreas das ciências Jurídicas e da Ciência da Computação para auxiliar a superação de obstáculos para o desenvolvimento e democratização do comércio virtual, no cenário brasileiro. Propõe-se a adoção conjunta de protocolos para garantir as transações virtuais, sem que seja necessária a certificação digital, de custo maior. A segurança a baixo custo possibilitará uma maior oferta de produtos por pequenos e médios fornecedores, e a possibilidade de o consumidor realizar as transações virtuais munido apenas de um computador. Já de outro ponto buscaremos analisar o papel do Poder Judiciário nesta realidade virtual e como este pode/poderá atuar para o aumento da confiabilidade e segurança desta forma de comércio.

PALAVRAS-CHAVES: SEGURANÇA JÚRIDICA, RELAÇOES DE CONSUMO, INTERNET, PODER JUDICIÁRIO, ACESSO

ABSTRACT

This article is the first analysis of the project "Legal Security in the internet", financed from the CNPq. This project searchs to connect the areas of Law and the Computer Science to assist the overcoming of obstacles to the development and democratization of the virtual commerce, in the Brazilian scene. It is considered the joint adoption of protocols to guarantee the virtual transactions, without it is necessary the digital certification, of bigger cost. The security with low cost will make possible the biggest offers of small producers for e average supplying, and the possibility of the consumer to carry through the virtual transactions armed only of a computer. Already of another point we will search to analyze the paper of the Judiciary Power in this virtual reality and as this can/will be able in such a way to act for the increase of the trustworthiness and security of commerce.

KEYWORDS: SECURITY, RELATIONS OF CONSUMPTION , INTERNET, JUDICIARY, ACCESS

1. INTRODUÇÃO

A aproximação entre Direito e Tecnologia é crescente e necessária, mas apresenta dificuldades. O Direito vive o dilema de buscar de um lado a segurança, o equilíbrio e a estabilidade, e de outro estar obrigado a incorporar a seu "mundo" elementos cada vez mais dinâmicos que propiciam um ambiente de instabilidade em princípio hostilizado pelo Direito.

As relações entre Direito e Tecnologia têm um duplo aspecto: de um lado o Direito deve normatizar as situações decorrentes do uso de novas tecnologias pela sociedade; de outro lado, deve buscar ele mesmo incorporar essa tecnologia para modernizar-se, de forma a cumprir seu papel social de forma mais eficiente. Uma legislação atual é condição necessária, mas não suficiente, para a eficácia das relações sociais, e nesse sentido o papel do Judiciário é essencial.

A necessidade de modernização do Judiciário como condição para a modernização do Estado e, especialmente, para o desenvolvimento econômico dos países menos desenvolvidos, vem sendo apontada enfaticamente desde a década de 90 por inúmeras entidades, entre elas o Banco Mundial, cujo relatório técnico n. 319, de 1995, já informava que *"a economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não serão completos"* [DAKOLIAS, 1996].

A cada dia torna-se mais comum a celebração de negócios jurídicos via Internet,[1] entre os quais a aquisição de determinado produto é a atividade mais

[1] Mais de 627 milhões de pessoas - ou cerca de 10% da população mundial - já fizeram compras pela internet, segundo um estudo da ACNielsen. No prazo de um mês antes da pesquisa, 325 milhões de pessoas adquiriram alguma coisa pela web. Na América Latina, 63% das pessoas ouvidas pela pesquisa (que só abordou Brasil, Chile e México) já fizeram compras pela internet, menor índice entre os continentes pesquisados. Na Europa e na América do Norte, 85% da população já utilizou a web para comprar, taxa superior à média mundial, que é de 70%. Para realizar o estudo, a ACNielsen entrevistou mais de 21 mil consumidores de 38 países ("in" http://old.idgnow.com.br/AdPortalv5/InternetInterna.aspx?GUID=3393D376-9E35-4564-8ABA-4F75C72A0510&ChannelID=2000012, acesso em 07/04/2006).

corriqueira.[2] A diferença básica entre um contrato realizado na Internet e outro ajustado no meio físico é que aquele não é material e sim virtual, eletrônico ou digital. Embora sua popularização seja uma realidade, a sensação de insegurança na contratação virtual ainda é um dos maiores obstáculos dos consumidores digitais, revelado pelo fato de eles normalmente transformarem a vantagem da contratação imaterial pela consubstanciação desta contratação em meio físico, seja pela impressão em papel do contrato, da confirmação do pedido, do pagamento, etc. Seja como for, o fato do cidadão somente sentir-se seguro na contratação via Internet possuindo a prova escrita da transação, frustra, ao menos parcialmente as vantagens tecnológicas da contratação em ambiente virtual.

Embora o sistema jurídico brasileiro de proteção do consumidor seja avançado, há pontos que ainda demandam maior definição. Em conformidade com o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 6º, inciso VIII, não é obrigação legal do consumidor que realiza a aquisição do produto pela Internet manter sob seus cuidados os dados relativos à transação, visto que nestas situações deve ocorrer a inversão do ônus da prova, senão pela verossimilhança das alegações, pela hipossuficiência técnica e tecnológica do adquirente. Sendo assim, a responsabilidade pelo arquivo e manutenção da integridade das informações referentes às transações é de responsabilidade do fornecedor, que deve guardá-la não apenas pelo prazo de reflexão que autoriza o consumidor a desistir do negócio (art. 49 da Lei 8.078/90), ou pelo prazo das garantias legais ou contratuais, mas pelo período no qual poderá surgir algum litígio que tenha por objeto a contratação ou o próprio objeto contratado.

A tecnologia existente atualmente permite identificar e armazenar dados dos

[2] Em recentes pesquisas, perguntados sobre os últimos três itens adquiridos pela internet, 34% dos entrevistados disseram ter comprado livros; 22% vídeos, DVDs ou jogos; 21% reservas de passagens aéreas; 20% roupas acessórios e calçados; 18% música; 17% equipamentos eletrônicos; 16% computadores; 12% ingressos de eventos. Curiosamente, entre os participantes da pesquisa, 6% incluíram frutas, verduras e legumes entre os três últimos itens comprados pela internet. No ranking dos 10 primeiros países em compras de livros, o Brasil aparece na oitava posição, com 45% das pessoas tendo adquirido livros nas suas três últimas compras pela internet. O país também está entre os dez com maior percentual de compras de vídeos, jogos e DVDs, ocupando a sexta posição do ranking. Dos brasileiros entrevistados, 28% compraram algum destes itens nas suas três últimas aquisições. No quesito compras de passagens pela web, contudo, o país fica bem abaixo do décimo colocado do ranking, a Finlândia (onde 31% dos entrevistados incluíram passagens áreas entre as últimas três compras eletrônicas). No Brasil, apenas 15% dos ouvidos pela pesquisa citaram este item entre as três últimas aquisições (“in” http://old.idgnow.com.br/AdPortalv5/InternetInterna.aspx?GUID=3393D376-9E35-4564-8ABA-4F75C72A0510&ChannelID=2000012, acesso em 07/04/2006).

contratantes, de forma a tornar mais segura a contratação via Internet e garantir o negócio virtual. Nesse contexto, o estabelecimento de protocolos aceitos internacionalmente para os casos de contratação via Internet, pode ser um instrumento eficiente para o incremento da atividade, mas sua efetividade depende da compreensão e aceitação pelo Direito e pelo Poder Judiciário, imprescindíveis para que as transações via rede mundial de computadores possam ser feitos de forma rápida, segura, eficaz e econômica.

O presente estudo desenvolve-se no seio de um projeto que conta com financiamento do CNPq intitulado "*Segurança Jurídica nas relações via internet*", que teve início em 2006 e busca aproximar as ciências jurídicas e a ciência da computação na busca da superação de obstáculos para o desenvolvimento e democratização do comércio virtual no cenário brasileiro.

2. INTERNET E CONSUMO

Uma comparação entre a televisão e a internet poderia revelar que o poder desta é muito maior do que daquela, uma vez que enquanto a TV possibilitou uma comunicação de via única, a internet oferece duas vias, permitindo dessa forma a interação e a integração em rede das comunidades que dela participam, com reflexos diretos na redução de custos que acabem por permitir a democratização do consumo e a própria realização da cidadania.

Do ponto de vista do cidadão consumidor, a conexão em rede potencialmente lhe dá muito mais informação a respeito dos fornecedores e produtos, qualificando sua busca e opção por serviços melhores e mais eficientes. Para pequenas e médias empresas, a internet tem o condão de posicioná-la no mercado de uma forma muito mais efetiva, já que o uso das novas tecnologias da informação (TI) vem possibilitando a inclusão social sustentada das pequenas e médias empresas, que ao ampliarem sua competitividade, atingem níveis antes só alcançados por grandes corporações, pulverização a atividade comercial e massificando o consumo.

Para se ter uma idéia desta crescente realidade, basta citar que as vendas do comércio eletrônico duplicaram nos últimos dois anos no Brasil, tanto nas negociações entre empresas quanto na comercialização direta para o consumidor final, segundo apontou a 8ª Pesquisa Comércio Eletrônico no Mercado Brasileiro, feita pela FGV

(Faculdade Getulio Vargas)[3]. A 17ª pesquisa anual sobre o mercado de informática no Brasil informou que existem atualmente no país 32 milhões de computadores em uso.

Com relação ao comércio eletrônico realizado entre usuários finais e empresas; caracterizando assim a relação consumeirista, o índice de negócios ao consumidor, medido em março de 2005, respondia por cerca de 2,9% das vendas diretas no varejo. Atualmente, segundo o estudo divulgado pela FGV, esse mesmo índice está no patamar de 7,45%. Neste âmbito de relações de consumo, o setor industrial tem grande destaque, com 8,46% da participação nesse nicho de mercado. Em seguida, aparecem empresas do setor de serviços (5,12%) e do comércio (4,77%).

Essa realidade vem refletindo também no sistema judiciário tanto no que diz respeito à sua própria modernização tecnológica, quanto no sentido de delimitar seu uso nos casos que lhes são submetidos, aliando assim uma interatividade com as demandas econômicas de expansão, de forma a facilitar a sustentabilidade do comércio e democratização do comércio virtual.

Também os poderes Executivo e Legislativo vêm interferindo, com a edição de leis que tratam da certificação digital, decreto lei regulador de identidade virtual, além de terem iniciado debates sobre questões controvertidas como a necessidade de sigilo de acessos, a responsabilidade de provedores, etc.

2.1. Protocolo PUCPR/*CNPq*- Democracia no consumo virtual

A idéia central da criação deste protocolo[4], o qual estamos denominando provisoriamente '*Democracia no consumo virtual'* é aliar as tecnologias de contratação virtual para que se possa incrementar o comércio de produtos via internet de modo seguro e barato. Para tanto se busca a formatação de um protocolo que indique no

[3] Acessado em 02/02/2006- www.fgv.com.br- Método: Para desenvolver o estudo, a equipe da FGV considerou 414 empresas, de vários setores econômicos, ramos de atividades e portes. Entre as entrevistadas, estão companhias nacionais e multinacionais, que operam no mercado brasileiro e atuam em diversos níveis no ambiente digital. Segundo dados da FGV, entre companhias pesquisadas, 40% atuam na área de serviços, 35% na indústria e, por fim, 25% no comércio. Os desenvolvedores da pesquisa não divulgaram os números absolutos do estudo.

[4] O conceito de protocolo na informática é muito próximo ao mundo jurídico, pois aquele é a garantia da integridade de atos e possibilidade de leitura através de recursos a ele atribuídos. Exemplo próximo do mesmo é o ato de discar um numero de telefone, onde se tem a certeza que só aquele será o chamado ou mesmo falar no mesmo idioma.

mínimo as partes contratantes, objeto do contrato, data e forma da entrega, garantia, local e data de sua realização, dados que serão disponibilizados pelo TCP/IP da máquina e integrados pelo processo de assinatura digital. Tal possibilidade envolve diversos aspectos, tais como pontos de acessos, alfabetização virtual e confiabilidade, porém a maior contribuição dada pela união do Direito com a informática se dá na questão da confiabilidade, já que a adoção dessa ferramenta tem potencialmente o condão garantir às partes uma maior segurança e facilidade na realização do contrato.

A possibilidade de realização do comércio virtual seguro permitirá que se supere alguns dos entraves apontados por pesquisa realizada pela FGV e E-bit apontadas no trabalho, baseados na falta de segurança e no custo do comércio virtual, abrindo caminhos para potencializar a inclusão do consumidor no mercado virtual.

Por fim este protocolo tratará de um sistema de conjugação de informações contratuais, dados TCP/ IP (que determinam a localização e integridade das informações) sendo resguardadas todas essas informações através do processo de assinatura eletrônica, *cujos dados* devem ser depositados no PC do fornecedor, obrigatoriamente, e facultando ao consumidor essa mesma possibilidade.

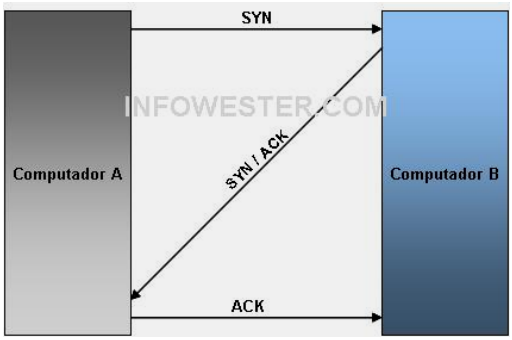
2.2. A Ferramenta TCP/IP

A rede mundial de computadores é um sistema que permite à comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada a rede. Esta comunicação pela internet é feita, basicamente, através de protocolos, que permitem a troca de dados, para que os computadores de uma rede pudessem trocar informações entre si foi necessário que todos utilizassem o mesmo protocolo de comunicação.

Neste estão definidas todas as regras necessárias para que o computador de destino “compreenda” as informações, no formato que foram enviadas pelo computador de origem. Dois computadores com diferentes protocolos instalados não serão capazes de estabelecer uma comunicação e nem serão capazes de trocar informações, o que deverá ocorrer com a adoção do protocolo TCP/IP que representa a integração de dois sitemas: o IP, Internet Protocol e o TCP (transmission control protocol).

O *IP (Internet Protocol*) identifica os computadores na rede, como se fosse um número telefônico. O endereço IP (ou somente IP) é uma seqüência de números

composta de 32 bits. Esse valor consiste num conjunto de quatro grupos de 8 bits. O número **172.31.110.10** é um exemplo[5]. Os últimos 2 octetos, são usados na identificação de computadores dentro da rede. Já no TCP (*Transmission Control Protocol*) o funcionamento é baseado em conexões. Assim, para um computador cliente iniciar uma "conversa" com um servidor, acompanhará o caminho da figura abaixo:



> ``*Por ser feita em três transmissões, esse processo é conhecimento como 'three-way handshake' (algo como triplo aperto de mãos). Tem este sistema como características principais: manter a informação do IP imutável; verifica se os dados não foram alterados ou corrompidos durante o transporte entre a origem e o destino e recebe os pacotes de dados, verifica se estão 'OK' e, em caso afirmativo, envia uma mensagem para a origem, confirmando cada pacote que foi recebido corretamente*``[6].

O uso dos dois sistemas de modo integrado, como se propõe, aumentará o grau de confiabilidade, segurança, comunicabilidade e integridade das informações de identificação da máquina operadora e das próprias informações enviadas pelas máquinas - sejam pessoais ou bases para a manutenção de um *site*. Apesar de algumas discussões acerca da possível quebra deste sistema por meios ilícitos, é possível identificar um

[5] GASPARINI, Anteu Fabiano Lúcio; BARCELLA, Francisco Eugênio. **TCP/IP** : solução para conectividade. 2 ed. São Paulo: Érica, 1994.
[6] GASPARINI, Anteu Fabiano Lúcio; BARCELLA, Francisco Eugênio. **TCP/IP** : solução para conectividade. 2 ed. São Paulo: Érica, 1994 .

usuário na rede com quase absoluta certeza, assim como a hospedagem de um site, que também se dá através deste sistema de protocolo.

2.3. A Certificação Digital e a Assinatura Eletrônica

Os processos de certificação digital são aqueles que garantem a identificação dos usuários na rede mundial de computadores. Por meio da certificação eletrônica, uma entidade autorizada, chamada de entidade certificadora (em grosso modo igual à figura de um cartório) passa a dar reconhecimento de veracidade a determinado acerto ou declaração virtual, podendo também emitir *chaves privadas* para a assinatura eletrônica, que, como no processo de assinatura convencional, se concede para garantir a autenticidade de uma declaração ou documento, adicionado ao processo uma inovação tecnológica que é o lacre do conteúdo certificado através da chave privada[7].

Este termo assinatura eletrônica, porém tem um significado diferente da assinatura convencional na medida de que se refere a qualquer mecanismo, não necessariamente criptográfico[8], para identificar o remetente de uma mensagem eletrônica. Em que para se verificar a autenticidade do documento deve ser usado um procedimento onde a partir da mensagem armazenada, gera-se um *resumo*[9] devendo este ser comparado com a assinatura digital - para isso, é necessário descriptografar, ou seja, quebrar, a assinatura obtendo a chave privada. Se ele for igual ao código recém gerado, a mensagem está intacta.

Não há outro modo no meio digital, em especial na utilização da criptografia, de garantir de modo eficiente e potencialmente barato além de permanente ao documento a integridade das informações. Este mecanismo permite a leitura do documento através de uma chamada 'chave pública', mas sem a possibilidade de alteração do mesmo.

Embora para se ter o acesso à chave privada seja necessária a compra de uma em uma entidade certificadora, com alto custo, sua venda tem se tornado cada vez mais

[7] NETO VOLPI, Ângelo *Comércio Eletrônico* Curitiba: Juruá, 2001.
[8] Mecanismos criptográfico são aqueles que se utilizam de códigos exclusivos de compreensão, para que se garanta a leitura do documento criptografado por um meio permitido e a modificação do conteúdo só seja permitido ao detentor da chamada chave privada.
[9] Este 'resumo' refere-se a traçar as características e configurações do procedimento de assinatura digital.

comum, dada a sua imensa necessidade na conclusão de transações mobiliarias e financeiras, alem do uso pelo poder público na área fiscal[10]. Enfim, trata-se de uma possibilidade cada vez mais presente na realidade virtual, inclusive progressivamente mais acessível, como as já existentes identidades digitais, entre as mais conhecidas no Brasil as da *Certising*, entidade certificadora autônoma que já oferece uma identificação digital por R$ 475,00 reais.

Embora a certificação digital forneça segurança com respeito ao envio de documentos, ela por si só é incapaz de identificar o local de assinatura do contrato.Portanto a integração deste sistema com o já básico sistema de acesso a rede, ou seja o TCP/IP, poderá determinar todos as características que busca dar o protocolo *democracia no consumo virtual*. Neste caso, não será necessário que o consumidor adquira sua identidade digital, buscando-se utilizar esta tecnologia para que o fornecedor ofereça essa opção em conjunto com o protocolo de seu estabelecimento, em analogia aos cartões de fidelidade ou códigos de cadastro de clientes.

2.4. Comprovante de Compra e Obrigações do Fornecedor

O uso conjunto dessas duas tecnologias apresentadas, TCP e IP, pode fornecer um ambiente seguro de comércio, onde as devidas obrigações sejam distribuídas entre o fornecedor e consumidor.

Por força de dispositivo constante do artigo Art. 6º, inciso VIII da lei 8078/90 que prevê a inversão do ônus da prova, o fornecedor deverá ser responsável pelo armazenamento de todos os contratos virtuais, pelo prazo legal previsto para que assunto possa ser levado à Justiça. Estes dados conterão todas as informações relevantes da transação efetuada, nos exatos termos em que a mesma efetivou-se, servindo de instrumento comprobatório da transação virtual ocorrida.

Diante da certeza de que, se demandado, o fornecedor está obrigado a apresentar o contrato virtual protegido contra possíveis alterações unilaterais ou de terceiros, estarão os consumidores mais seguros, a despeito de terem realizado uma transação virtual e dela não terem qualquer comprovante material. Mesmo assim a ferramenta possibilita ao consumidor o armazenamento de suas informações,

[10] Revista Exame: *"E o papel, cadê?"* n° 47 ano:2006 São Paulo: Abril.

A adoção conjunta dos protocolos dará segurança às transações sem que seja necessária a certificação digital, que tem um custo muito elevado para pequenos fornecedores, ampliando as condições de oferta de produtos e possibilitando a concorrência entre pequenos e grandes fornecedores. Para o consumidor o processo também será mais barato porque a transação exigirá apenas que haja um computador disponível.

O sistema integrado possibilitará um grau maior de confiabilidade, segurança, comunicabilidade e integridade das informações de identificação da máquina operadora e das próprias informações enviadas pelas máquinas - sejam pessoais ou bases para a manutenção de um *site*. Apesar de algumas discussões acerca da possível quebra deste sistema, por meios ilícitos, é possível identificar um usuário na rede com quase absoluta certeza, assim como a hospedagem de um site, que também se dá através deste sistema de protocolo.

Apesar da segurança que a mesma passa ao sistema de envio de documentos, ela por si só, é incapaz de identificar o local de assinatura. Além de que pelo seu caráter mais formal e não usual, passa a ser ignorado em transações básicas no *e-commerce,* apesar de seu potencial de unificação como o protocolo TCP/IP para garantir a segurança das transações.

Como se viu a ferramenta TCP/IP é fundamental no uso da internet, por estar presente em todos os computadores pertencentes à rede, e de um grau de confiabilidade e veracidade muito mais elevado dos documentos materiais dotados da ‘ fé-pública’. Além de que menos complexos no seu uso e segurança, tendo em visita a formação de um protocolo garantido com o sistema de assinatura digital.

Por estas razões vê-se total adequabilidade do protocolo TCP/IP, integrado com dados assegurados por meio de uma ‘assinatura digital’, como meio de prova judicial para os conflitos da rede mundial de computadores, pois possui os dois elementos teóricos para tanto: dar os elementos de convicção acerca da existência dos fatos e garantia da veracidade [11]. A esses fatores, soma-se ainda a abertura cognitiva dada pelo Art. 332 do Código de Processo Civil, onde se admite todo o meio probatório e os sucessivos acolhimentos dos meios eletrônicos de prova – previsão especifica na MP.2200-2/2001 e no projeto de lei 4906/2001- pelo próprio Estado. Além de que tal

[11] SILVA, Ovídio A. Baptista *Curso de Processo Civil* v. 1Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

instrumento habilitaria o consumidor utilizar, se fosse necessário o rito do procedimento monitório.

Embora esta ferramenta possa ser um instrumento mais eficaz e hábil para a comprovação da negociação via internet, é necessário observar que qualquer meio de prova poderia ser utilizado por parte do consumidor para comprovar a transação.

2.5.Segurança Jurídica e Confiabilidade

Dentro dessa construção, de um ambiente de consumo virtual sustentável e seguro, é importante também observar o preponderante papel do Direito e do Poder Judiciário na consecução de instrumentos hábeis de determinação de condutas de forma a favorecer o ambiente virtual, no qual o conceito chave é a confiabilidade, um termo próprio das ciências econômicas que no direito assemelha-se à boa-fé. Apesar de aparentemente se tratar de determinação vaga, e possivelmente imprecisa, está tem conseqüência direta em relação às posturas contratuais e em especial quando levadas ao Sistema Judicial, como a possível anulação, revisão ou aplicação de multa no seu descumprimento.

Conforme anteriormente afirmado, a era da Internet possibilitará às nações e as empresas novas oportunidades de mudança e o rompimento de barreiras ao crescimento. Porém caberão estes papeis em especial aos avanços de políticas públicas para o sistema judicial, que com estas poderemos romper o obstáculo da insegurança jurídica e assim aumentar o grau de confiabilidade nas relações virtuais.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo reflete uma pesquisa ainda em desenvolvimento. Conclusões preliminares permitem considerar que a adoção de protocolos conjuntos têm o condão de possibilitar que as contrações virtuais sejam mais seguras, a um preço mais baixo, o que potencialmente pode auxiliar no aumento do consumo virtual, democratizando-o. Outras pesquisas ainda são necessárias, inclusive para que se possa avaliar em que medida o judiciário e as normas jurídicas podem auxiliar na consolidação desse processo.

4. BIBLIOGRAFIA

CAPELETTI, Mauricio: *Acesso à Justiça* Ed: Fabris 1997

GASPARINI, Anteu Fabiano Lúcio; BARCELLA, Francisco Eugênio. **TCP/IP** : solução para conectividade. 2 ed. São Paulo: Érica, 1994 .

LIEBMAN, Enrico Tullio *Manuale de diritto processuale civile – principi* pg. 318. 3 Ed. Milano: Giuffré, 1971.

SILVA, Ovídio A. Baptista *Curso de Processo Civil* v. 1Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

Revista Exame: *"E o papel, cadê?"* n° 47 ano:2006 São Paulo: Abril.

8ª Pesquisa Comércio Eletrônico no Mercado Brasileiro, feita pela FGV (Faculdade Getulio Vargas)[12].*www.ebitempresa.com.br Abril de 2007*

[12] Acessado em 02/02/2006- www.fgv.com.br- Método: Para desenvolver o estudo, a equipe da FGV considerou 414 empresas, de vários setores econômicos, ramos de atividades e portes. Entre as entrevistadas, estão companhias nacionais e multinacionais, que operam no mercado brasileiro e atuam em diversos níveis no ambiente digital. Segundo dados da FGV, entre companhias pesquisadas, 40% atuam na área de serviços, 35% na indústria e, por fim, 25% no comércio. Os desenvolvedores da pesquisa não divulgaram os números absolutos do estudo.

A DEMOCRATIZAÇÃO DO CONSUMO VIRTUAL

Guilherme da Costa

Claudia Maria Barbosa

RESUMO

Este artigo é a primeira análise do projeto "*Segurança Jurídica nas contratações via internet*", financiado pelo CNPq. O projeto busca conectar as áreas das ciências Jurídicas e da Ciência da Computação para auxiliar a superação de obstáculos para o desenvolvimento e democratização do comércio virtual, no cenário brasileiro. Propõe-se a adoção conjunta de protocolos para garantir as transações virtuais, sem que seja necessária a certificação digital, de custo maior. A segurança a baixo custo possibilitará uma maior oferta de produtos por pequenos e médios fornecedores, e a possibilidade de o consumidor realizar as transações virtuais munido apenas de um computador. Já de outro ponto buscaremos analisar o papel do Poder Judiciário nesta realidade virtual e como este pode/poderá atuar para o aumento da confiabilidade e segurança desta forma de comércio.

PALAVRAS-CHAVES: SEGURANÇA JÚRIDICA, RELAÇOES DE CONSUMO, INTERNET, PODER JUDICIÁRIO, ACESSO

ABSTRACT

This article is the first analysis of the project "Legal Security in the internet", financed from the CNPq. This project searchs to connect the areas of Law and the Computer Science to assist the overcoming of obstacles to the development and democratization of the virtual commerce, in the Brazilian scene. It is considered the joint adoption of protocols to guarantee the virtual transactions, without it is necessary the digital certification, of bigger cost. The security with low cost will make possible the biggest offers of small producers for e average supplying, and the possibility of the consumer to carry through the virtual transactions armed only of a computer. Already of another point we will search to analyze the paper of the Judiciary Power in this virtual reality and as this can/will be able in such a way to act for the increase of the trustworthiness and security of commerce.

KEYWORDS: SECURITY, RELATIONS OF SONSUMPTION, INTERNET, JUDICIARY, ACCESS

INTRODUÇÃO

A aproximação entre Direito e Tecnologia é crescente e necessária, mas apresenta dificuldades. O Direito vive o dilema de buscar de um lado a segurança, o equilíbrio e a estabilidade, e de outro estar obrigado a incorporar a seu "mundo" elementos cada vez mais dinâmicos que propiciam um ambiente de instabilidade em princípio hostilizado pelo Direito.

As relações entre Direito e Tecnologia têm um duplo aspecto: de um lado o Direito deve normatizar as situações decorrentes do uso de novas tecnologias pela sociedade; de outro lado, deve buscar ele mesmo incorporar essa tecnologia para modernizar-se, de forma a cumprir seu papel social de forma mais eficiente. Uma legislação atual é condição necessária, mas não suficiente, para a eficácia das relações sociais, e nesse sentido o papel do Judiciário é essencial.

A necessidade de modernização do Judiciário como condição para a modernização do Estado e, especialmente, para o desenvolvimento econômico dos países menos desenvolvidos, vem sendo apontada enfaticamente desde a década de 90 por inúmeras entidades, entre elas o Banco Mundial, cujo relatório técnico n. 319, de 1995, já informava que *"a economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes e as transações mais complexas, as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não serão completos"* [DAKOLIAS, 1996].

A cada dia torna-se mais comum a celebração de negócios jurídicos via Internet[1], entre os quais a aquisição de determinado produto é a atividade mais corriqueira.[2] A diferença básica entre um contrato realizado na Internet e outro

[1] Mais de 627 milhões de pessoas - ou cerca de 10% da população mundial - já fizeram compras pela internet, segundo um estudo da ACNielsen. No prazo de um mês antes da pesquisa, 325 milhões de pessoas adquiriram alguma coisa pela web. Na América Latina, 63% das pessoas ouvidas pela pesquisa (que só abordou Brasil, Chile e México) já fizeram compras pela internet, menor índice entre os continentes pesquisados. Na Europa e na América do Norte, 85% da população já utilizou a web para comprar, taxa superior à média mundial, que é de 70%. Para realizar o estudo, a ACNielsen entrevistou mais de 21 mil consumidores de 38 países ("in" http://old.idgnow.com.br/AdPortalv5/InternetInterna.aspx?GUID=3393D376-9E35-4564-8ABA-4F75C72A0510&ChannelID=2000012, acesso em 07/04/2006).

[2] Em recentes pesquisas, perguntados sobre os últimos três itens adquiridos pela internet, 34% dos entrevistados disseram ter comprado livros; 22% vídeos, DVDs ou jogos; 21% reservas de passagens aéreas; 20% roupas acessórios e calçados; 18% música; 17% equipamentos eletrônicos; 16% computadores; 12% ingressos de eventos. Curiosamente, entre os participantes da pesquisa, 6% incluíram

ajustado no meio físico é que aquele não é material e sim virtual, eletrônico ou digital. Embora sua popularização seja uma realidade, a sensação de insegurança na contratação virtual ainda é um dos maiores obstáculos dos consumidores digitais, revelado pelo fato de eles normalmente transformarem a vantagem da contratação imaterial pela consubstanciação desta contratação em meio físico, seja pela impressão em papel do contrato, da confirmação do pedido, do pagamento, etc. Seja como for, o fato do cidadão somente sentir-se seguro na contratação via Internet possuindo a prova escrita da transação, frustra, ao menos parcialmente as vantagens tecnológicas da contratação em ambiente virtual.

Embora o sistema jurídico brasileiro de proteção do consumidor seja avançado, há pontos que ainda demandam maior definição. Em conformidade com o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 6º, inciso VIII, não é obrigação legal do consumidor que realiza a aquisição do produto pela Internet manter sob seus cuidados os dados relativos à transação, visto que nestas situações deve ocorrer a inversão do ônus da prova, senão pela verossimilhança das alegações, pela hipossuficiência técnica e tecnológica do adquirente. Sendo assim, a responsabilidade pelo arquivo e manutenção da integridade das informações referentes às transações é de responsabilidade do fornecedor, que deve guardá-la não apenas pelo prazo de reflexão que autoriza o consumidor a desistir do negócio (art. 49 da Lei 8.078/90), ou pelo prazo das garantias legais ou contratuais, mas pelo período no qual poderá surgir algum litígio que tenha por objeto a contratação ou o próprio objeto contratado.

A tecnologia existente atualmente permite identificar e armazenar dados dos contratantes, de forma a tornar mais segura a contratação via Internet e garantir o negócio virtual. Nesse contexto, o estabelecimento de protocolos aceitos internacionalmente para os casos de contratação via Internet, pode ser um instrumento eficiente para o incremento da atividade, mas sua efetividade depende da compreensão e aceitação pelo Direito e pelo Poder Judiciário, imprescindíveis para que as transações

---

frutas, verduras e legumes entre os três últimos itens comprados pela internet. No ranking dos 10 primeiros países em compras de livros, o Brasil aparece na oitava posição, com 45% das pessoas tendo adquirido livros nas suas três últimas compras pela internet. O país também está entre os dez com maior percentual de compras de vídeos, jogos e DVDs, ocupando a sexta posição do ranking. Dos brasileiros entrevistados, 28% compraram algum destes itens nas suas três últimas aquisições. No quesito compras de passagens pela web, contudo, o país fica bem abaixo do décimo colocado do ranking, a Finlândia (onde 31% dos entrevistados incluíram passagens áreas entre as últimas três compras eletrônicas). No Brasil, apenas 15% dos ouvidos pela pesquisa citaram este item entre as três últimas aquisições (“in” http://old.idgnow.com.br/AdPortalv5/InternetInterna.aspx?GUID=3393D376-9E35-4564-8ABA-4F75C72A0510&ChannelID=2000012, acesso em 07/04/2006).

via rede mundial de computadores possam ser feitos de forma rápida, segura, eficaz e econômica.

O presente estudo desenvolve-se no seio de um projeto que conta com financiamento do CNPq intitulado "*Segurança Jurídica nas relações via internet*", que teve início em 2006 e busca aproximar as ciências jurídicas e a ciência da computação na busca da superação de obstáculos para o desenvolvimento e democratização do comércio virtual no cenário brasileiro.

1.INTERNET E CONSUMO

Uma comparação entre a televisão e a internet poderia revelar que o poder desta é muito maior do que daquela, uma vez que enquanto a TV possibilitou uma comunicação de via única, a internet oferece duas vias, permitindo dessa forma a interação e a integração em rede das comunidades que dela participam, com reflexos diretos na redução de custos que acabem por permitir a democratização do consumo e a própria realização da cidadania.

Do ponto de vista do cidadão consumidor, a conexão em rede potencialmente lhe dá muito mais informação a respeito dos fornecedores e produtos, qualificando sua busca e opção por serviços melhores e mais eficientes. Para pequenas e médias empresas, a internet tem o condão de posicioná-la no mercado de uma forma muito mais efetiva, já que o uso das novas tecnologias da informação (TI) vem possibilitando a inclusão social sustentada das pequenas e médias empresas, que ao ampliarem sua competitividade, atingem níveis antes só alcançados por grandes corporações, pulverização a atividade comercial e massificando o consumo.

Para se ter uma idéia desta crescente realidade, basta citar que as vendas do comércio eletrônico duplicaram nos últimos dois anos no Brasil, tanto nas negociações entre empresas quanto na comercialização direta para o consumidor final, segundo apontou a 8ª Pesquisa Comércio Eletrônico no Mercado Brasileiro, feita pela FGV (Faculdade Getulio Vargas)[3]. A 17ª pesquisa anual sobre o mercado de informática no Brasil informou que existem atualmente no país 32 milhões de computadores em uso.

[3] Acessado em 02/02/2006- www.fgv.com.br- Método: Para desenvolver o estudo, a equipe da FGV considerou 414 empresas, de vários setores econômicos, ramos de atividades e portes. Entre as entrevistadas, estão companhias nacionais e multinacionais, que operam no mercado brasileiro e atuam em diversos níveis no ambiente digital. Segundo dados da FGV, entre companhias pesquisadas, 40%

Com relação ao comércio eletrônico realizado entre usuários finais e empresas; caracterizando assim a relação consumeirista, o índice de negócios ao consumidor, medido em março de 2005, respondia por cerca de 2,9% das vendas diretas no varejo. Atualmente, segundo o estudo divulgado pela FGV, esse mesmo índice está no patamar de 7,45%. Neste âmbito de relações de consumo, o setor industrial tem grande destaque, com 8,46% da participação nesse nicho de mercado. Em seguida, aparecem empresas do setor de serviços (5,12%) e do comércio (4,77%).

Essa realidade vem refletindo também no sistema judiciário tanto no que diz respeito à sua própria modernização tecnológica, quanto no sentido de delimitar seu uso nos casos que lhes são submetidos, aliando assim uma interatividade com as demandas econômicas de expansão, de forma a facilitar a sustentabilidade do comércio e democratização do comércio virtual.

Também os poderes Executivo e Legislativo vêm interferindo, com a edição de leis que tratam da certificação digital, decreto lei regulador de identidade virtual, além de terem iniciado debates sobre questões controvertidas como a necessidade de sigilo de acessos, a responsabilidade de provedores, etc.

1.1. Protocolo PUCPR/*CNPq*- Democracia no consumo virtual

A idéia central da criação deste protocolo[4], o qual estamos denominando provisoriamente '*Democracia no consumo virtual'* é aliar as tecnologias de contratação virtual para que se possa incrementar o comércio de produtos via internet de modo seguro e barato. Para tanto se busca a formatação de um protocolo que indique no mínimo as partes contratantes, objeto do contrato, data e forma da entrega, garantia, local e data de sua realização, dados que serão disponibilizados pelo TCP/IP da máquina e integrados pelo processo de assinatura digital. Tal possibilidade envolve diversos aspectos, tais como pontos de acessos, alfabetização virtual e confiabilidade, porém a maior contribuição dada pela união do Direito com a informática se dá na questão da

atuam na área de serviços, 35% na indústria e, por fim, 25% no comércio. Os desenvolvedores da pesquisa não divulgaram os números absolutos do estudo.

[4] O conceito de protocolo na informática é muito próximo ao mundo jurídico, pois aquele é a garantia da integridade de atos e possibilidade de leitura através de recursos a ele atribuídos. Exemplo próximo do mesmo é o ato de discar um numero de telefone, onde se tem a certeza que só aquele será o chamado ou mesmo falar no mesmo idioma.

confiabilidade, já que a adoção dessa ferramenta tem potencialmente o condão garantir às partes uma maior segurança e facilidade na realização do contrato.

A possibilidade de realização do comércio virtual seguro permitirá que se supere alguns dos entraves apontados por pesquisa realizada pela FGV e E-bit apontadas no trabalho, baseados na falta de segurança e no custo do comércio virtual, abrindo caminhos para potencializar a inclusão do consumidor no mercado virtual.

Por fim este protocolo tratará de um sistema de conjugação de informações contratuais, dados TCP/ IP (que determinam a localização e integridade das informações) sendo resguardadas todas essas informações através do processo de assinatura eletrônica, *cujos dados* devem ser depositados no PC do fornecedor, obrigatoriamente, e facultando ao consumidor essa mesma possibilidade.

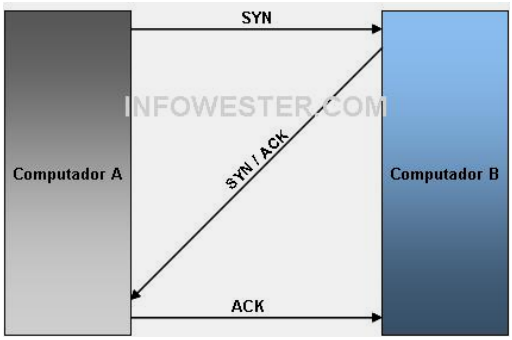
1.2. A Ferramenta TCP/IP

A rede mundial de computadores é um sistema que permite à comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada a rede. Esta comunicação pela internet é feita, basicamente, através de protocolos, que permitem a troca de dados, para que os computadores de uma rede pudessem trocar informações entre si foi necessário que todos utilizassem o mesmo protocolo de comunicação.

Neste estão definidas todas as regras necessárias para que o computador de destino “compreenda” as informações, no formato que foram enviadas pelo computador de origem. Dois computadores com diferentes protocolos instalados não serão capazes de estabelecer uma comunicação e nem serão capazes de trocar informações, o que deverá ocorrer com a adoção do protocolo TCP/IP que representa a integração de dois sitemas: o IP, Internet Protocol e o TCP (transmission control protocol).

O *IP (Internet Protocol*) identifica os computadores na rede, como se fosse um número telefônico. O endereço IP (ou somente IP) é uma seqüência de números composta de 32 bits. Esse valor consiste num conjunto de quatro grupos de 8 bits. O número **172.31.110.10** é um exemplo[5]. Os últimos 2 octetos, são usados na identificação de computadores dentro da rede. Já no TCP (*Transmission Control Protocol*) o funcionamento é baseado em conexões. Assim, para um computador cliente iniciar uma "conversa" com um servidor, acompanhará o caminho da figura abaixo:

[5] GASPARINI, Anteu Fabiano Lúcio; BARCELLA, Francisco Eugênio. **TCP/IP** : solução para conectividade. 2 ed. São Paulo: Érica, 1994.



> ``*Por ser feita em três transmissões, esse processo é conhecimento como 'three-way handshake' (algo como triplo aperto de mãos). Tem este sistema como características principais: manter a informação do IP imutável; verifica se os dados não foram alterados ou corrompidos durante o transporte entre a origem e o destino e recebe os pacotes de dados, verifica se estão 'OK' e, em caso afirmativo, envia uma mensagem para a origem, confirmando cada pacote que foi recebido corretamente*``[6].

O uso dos dois sistemas de modo integrado, como se propõe, aumentará o grau de confiabilidade, segurança, comunicabilidade e integridade das informações de identificação da máquina operadora e das próprias informações enviadas pelas máquinas - sejam pessoais ou bases para a manutenção de um *site*. Apesar de algumas discussões acerca da possível quebra deste sistema por meios ilícitos, é possível identificar um usuário na rede com quase absoluta certeza, assim como a hospedagem de um site, que também se dá através deste sistema de protocolo.

1.3. A Certificação Digital e a Assinatura Eletrônica

Os processos de certificação digital são aqueles que garantem a identificação dos usuários na rede mundial de computadores. Por meio da certificação eletrônica, uma entidade autorizada, chamada de entidade certificadora (em grosso modo igual à figura de um cartório) passa a dar reconhecimento de veracidade a determinado acerto ou

[6] GASPARINI, Anteu Fabiano Lúcio; BARCELLA, Francisco Eugênio. **TCP/IP** : solução para conectividade. 2 ed. São Paulo: Érica, 1994 .

declaração virtual, podendo também emitir *chaves privadas* para a assinatura eletrônica, que, como no processo de assinatura convencional, se concede para garantir a autenticidade de uma declaração ou documento, adicionado ao processo uma inovação tecnológica que é o lacre do conteúdo certificado através da chave privada[7].

Este termo assinatura eletrônica, porém tem um significado diferente da assinatura convencional na medida de que se refere a qualquer mecanismo, não necessariamente criptográfico[8], para identificar o remetente de uma mensagem eletrônica. Em que para se verificar a autenticidade do documento deve ser usado um procedimento onde a partir da mensagem armazenada, gera-se um *resumo*[9] devendo este ser comparado com a assinatura digital - para isso, é necessário descriptografar, ou seja, quebrar, a assinatura obtendo a chave privada. Se ele for igual ao código recém gerado, a mensagem está intacta.

Não há outro modo no meio digital, em especial na utilização da criptografia, de garantir de modo eficiente e potencialmente barato além de permanente ao documento a integridade das informações. Este mecanismo permite a leitura do documento através de uma chamada 'chave pública', mas sem a possibilidade de alteração do mesmo.

Embora para se ter o acesso à chave privada seja necessária a compra de uma em uma entidade certificadora, com alto custo, sua venda tem se tornado cada vez mais comum, dada a sua imensa necessidade na conclusão de transações mobiliarias e financeiras, alem do uso pelo poder público na área fiscal[10]. Enfim, trata-se de uma possibilidade cada vez mais presente na realidade virtual, inclusive progressivamente mais acessível, como as já existentes identidades digitais, entre as mais conhecidas no Brasil as da *Certising*, entidade certificadora autônoma que já oferece uma identificação digital por R$ 475,00 reais.

Embora a certificação digital forneça segurança com respeito ao envio de documentos, ela por si só é incapaz de identificar o local de assinatura do contrato.Portanto a integração deste sistema com o já básico sistema de acesso a rede, ou seja o TCP/IP, poderá determinar todos as características que busca dar o protocolo *democracia no consumo virtual*. Neste caso, não será necessário que o consumidor adquira sua identidade digital, buscando-se utilizar esta tecnologia para que o

[7] NETO VOLPI, Ângelo *Comércio Eletrônico* Curitiba: Juruá, 2001.
[8] Mecanismos criptográfico são aqueles que se utilizam de códigos exclusivos de compreensão, para que se garanta a leitura do documento criptografado por um meio permitido e a modificação do conteúdo só seja permitido ao detentor da chamada chave privada.
[9] Este 'resumo' refere-se a traçar as características e configurações do procedimento de assinatura digital.
[10] Revista Exame: "*E o papel, cadê?"* n° 47 ano:2006 São Paulo: Abril.

fornecedor ofereça essa opção em conjunto com o protocolo de seu estabelecimento, em analogia aos cartões de fidelidade ou códigos de cadastro de clientes.

1.4. Comprovante de Compra e Obrigações do Fornecedor

O uso conjunto dessas duas tecnologias apresentadas, TCP e IP, pode fornecer um ambiente seguro de comércio, onde as devidas obrigações sejam distribuídas entre o fornecedor e consumidor.

Por força de dispositivo constante do artigo Art. 6º, inciso VIII da lei 8078/90 que prevê a inversão do ônus da prova, o fornecedor deverá ser responsável pelo armazenamento de todos os contratos virtuais, pelo prazo legal previsto para que assunto possa ser levado à Justiça. Estes dados conterão todas as informações relevantes da transação efetuada, nos exatos termos em que a mesma efetivou-se, servindo de instrumento comprobatório da transação virtual ocorrida.

Diante da certeza de que, se demandado, o fornecedor está obrigado a apresentar o contrato virtual protegido contra possíveis alterações unilaterais ou de terceiros, estarão os consumidores mais seguros, a despeito de terem realizado uma transação virtual e dela não terem qualquer comprovante material. Mesmo assim a ferramenta possibilita ao consumidor o armazenamento de suas informações,

A adoção conjunta dos protocolos dará segurança às transações sem que seja necessária a certificação digital, que tem um custo muito elevado para pequenos fornecedores, ampliando as condições de oferta de produtos e possibilitando a concorrência entre pequenos e grandes fornecedores. Para o consumidor o processo também será mais barato porque a transação exigirá apenas que haja um computador disponível.

O sistema integrado possibilitará um grau maior de confiabilidade, segurança, comunicabilidade e integridade das informações de identificação da máquina operadora e das próprias informações enviadas pelas máquinas - sejam pessoais ou bases para a manutenção de um *site*. Apesar de algumas discussões acerca da possível quebra deste sistema, por meios ilícitos, é possível identificar um usuário na rede com quase absoluta certeza, assim como a hospedagem de um site, que também se dá através deste sistema de protocolo.

Apesar da segurança que a mesma passa ao sistema de envio de documentos, ela por si só, é incapaz de identificar o local de assinatura. Além de que pelo seu caráter mais formal e não usual, passa a ser ignorado em transações básicas no *e-commerce,*

apesar de seu potencial de unificação como o protocolo TCP/IP para garantir a segurança das transações.

Como se viu a ferramenta TCP/IP é fundamental no uso da internet, por estar presente em todos os computadores pertencentes à rede, e de um grau de confiabilidade e veracidade muito mais elevado dos documentos materiais dotados da ‘ fé-pública’. Além de que menos complexos no seu uso e segurança, tendo em visita a formação de um protocolo garantido com o sistema de assinatura digital.

Por estas razões vê-se total adequabilidade do protocolo TCP/IP, integrado com dados assegurados por meio de uma ‘assinatura digital’, como meio de prova judicial para os conflitos da rede mundial de computadores, pois possui os dois elementos teóricos para tanto: dar os elementos de convicção acerca da existência dos fatos e garantia da veracidade [11]. A esses fatores, soma-se ainda a abertura cognitiva dada pelo Art. 332 do Código de Processo Civil, onde se admite todo o meio probatório e os sucessivos acolhimentos dos meios eletrônicos de prova – previsão especifica na MP.2200-2/2001 e no projeto de lei 4906/2001- pelo próprio Estado. Além de que tal instrumento habilitaria o consumidor utilizar, se fosse necessário o rito do procedimento monitório.

Embora esta ferramenta possa ser um instrumento mais eficaz e hábil para a comprovação da negociação via internet, é necessário observar que qualquer meio de prova poderia ser utilizado por parte do consumidor para comprovar a transação.

1.5.Segurança Jurídica e Confiabilidade

Dentro dessa construção, de um ambiente de consumo virtual sustentável e seguro, é importante também observar o preponderante papel do Direito e do Poder Judiciário na consecução de instrumentos hábeis de determinação de condutas de forma a favorecer o ambiente virtual, no qual o conceito chave é a confiabilidade, um termo próprio das ciências econômicas que no direito assemelha-se à boa-fé. Apesar de aparentemente se tratar de determinação vaga, e possivelmente imprecisa, está tem conseqüência direta em relação às posturas contratuais e em especial quando levadas ao Sistema Judicial, como a possível anulação, revisão ou aplicação de multa no seu descumprimento.

[11] SILVA, Ovídio A. Baptista *Curso de Processo Civil* v. 1Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

Conforme anteriormente afirmado, a era da Internet possibilitará às nações e as empresas novas oportunidades de mudança e o rompimento de barreiras ao crescimento. Porém caberão estes papeis em especial aos avanços de políticas públicas para o sistema judicial, que com estas poderemos romper o obstáculo da insegurança jurídica e assim aumentar o grau de confiabilidade nas relações virtuais.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo reflete uma pesquisa ainda em desenvolvimento. Conclusões preliminares permitem considerar que a adoção de protocolos conjuntos têm o condão de possibilitar que as contrações virtuais sejam mais seguras, a um preço mais baixo, o que potencialmente pode auxiliar no aumento do consumo virtual, democratizando-o. Outras pesquisas ainda são necessárias, inclusive para que se possa avaliar em que medida o judiciário e as normas jurídicas podem auxiliar na consolidação desse processo.

3. BIBLIOGRAFIA

CAPELETTI, Mauricio: *Acesso à Justiça* Ed: Fabris 1997

GASPARINI, Anteu Fabiano Lúcio; BARCELLA, Francisco Eugênio. **TCP/IP** : solução para conectividade. 2 ed. São Paulo: Érica, 1994 .

LIEBMAN, Enrico Tullio *Manuale de diritto processuale civile – principi* pg. 318. 3 Ed. Milano: Giuffré, 1971.

SILVA, Ovídio A. Baptista *Curso de Processo Civil* v. 1Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor

Revista Exame: *"E o papel, cadê?"* n° 47 ano:2006 São Paulo: Abril.

8ª Pesquisa Comércio Eletrônico no Mercado Brasileiro, feita pela FGV(Faculdade Getulio Vargas)[12].*www.ebitempresa.com.br Abril de 2007*

[12] Acessado em 02/02/2006- www.fgv.com.br- Método: Para desenvolver o estudo, a equipe da FGV considerou 414 empresas, de vários setores econômicos, ramos de atividades e portes. Entre as entrevistadas, estão companhias nacionais e multinacionais, que operam no mercado brasileiro e atuam em diversos níveis no ambiente digital. Segundo dados da FGV, entre companhias pesquisadas, 40% atuam na área de serviços, 35% na indústria e, por fim, 25% no comércio. Os desenvolvedores da pesquisa não divulgaram os números absolutos do estudo.

O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES NO DIREITO MARÍTIMO: CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Osvaldo Agripino de Castro Jr. *

RESUMO

O artigo objetiva discorrer sobre as possibilidades de uso do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor no Direito Marítimo brasileiro, por meio do diálogo entre as fontes de direito citadas e do estudo dos principais aspectos dos contratos de transportes marítimos e da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no contrato de transporte marítimo, especialmente em face do Código Civil de 2002 e do Código Comercial, cuja parte que trata de contratos marítimos foi mantida pelo art. 2.045 do CC 2002. A questão é importante porque 90 % das mercadorias transportadas pelo comércio exterior brasileiro é feito em navios de bandeira estrangeira, cujas empresas impõem contratos de adesão, em regra, com cláusulas abusivas e envolve alta indagação de hermenêutica jurídica, direito intertemporal e efeito da revogação das leis no tempo. No tempo porque tal tema não envolve as leis no espaço. Por uma questão metodológica, a fim de que a temática do contrato de transporte marítimo seja melhor compreendida em face da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, será feita uma breve introdução ao Direito Marítimo, vez que nessa disciplina se insere o contrato citado. Dessa forma, na primeira parte discorrer-se-á sobre o Direito Marítimo, conhecimento de embarque e contrato de transporte marítimo e na segunda parte, acerca da possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esse, especialmente em face da vigência do Código Civil de 2002. Por fim, será feita uma conclusão, seguida da bibliografia usada.

PALAVRAS-CHAVE: CÓDIGO CIVIL; CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; DIREITO MARÍTIMO; DIÁLOGO DAS FONTES.

ABSTRACT

The article aims to reveal the possibilities of using Brazilian 2002 Civil Code and Consumer´s Code in the Maritime Law, through the dialogue among the sources of law mentioned and the study of the main aspects of contracts of maritime´s transports and the

* Professor de Direito Marítimo e Direito Regulatório do Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, onde coordena o Grupo de Pesquisa Regulação da Infra-estrutura e Juridicidade da Atividade Portuária. Oficial de Náutica da Marinha Mercante formado pelo CIAGA (1983), advogado (www.adsadvogados.adv.br), Doutor em Direito e Relações Internacionais (UFSC), *Visiting Scholar* na *Stanford Law School* (2000) e membro da ABDM (Associação Brasileira de Direito Marítimo).

possibility of application of Consumer´s Code on the mentioned contract, specially using the 2002 Civil Code and Commercial Code, whose part that regulates maritime contracts was maintained by the article 2045 of the 2002 Civil Code. The question is important because around 90 % of the goods of the Brazilian international trade is carried on ships of foreign flag, whose companies impose standard form contracts (contracts of adhesion), generally, with abusive clauses and involves an legal interpretation, law in the time and effect of revocation of law in time, specially in time, because does not involve laws in the space. Due to a methodological approach, in order that the issue of contract of maritime´s transport be better understood due to the possibility of applying Consumer´s Code, a small introduction of Maritime Law will be made. Thus, the first part deals with the Maritime Law, Bill of Lading and contract of maritime transport. The second part deals with the possibility of application of Consumer´s Code on the contract of maritime transport, specially after the edition of the 2002 Civil Code. In the last part, a conclusion and the mention of the bibliography will be made.

KEYWORDS: CIVIL CODE; CONSUMER´S CODE; MARITIME LAW; DIALOGUE OF SOURCES.

INTRODUÇÃO

Esse artigo objetiva discorrer sobre as possibilidades de uso do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor no Direito Marítimo, por meio do diálogo entre as fontes[1] de direito citadas e do estudo dos principais aspectos dos contratos de transportes marítimos e da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no contrato de transporte marítimo, especialmente em face do Código Civil de 2002 e do Código Comercial, cuja parte que trata de contratos marítimos foi mantida pelo art. 2.045 do CC 2002. A questão envolve alta indagação de hermenêutica jurídica, direito intertemporal e efeito da revogação das leis no tempo. No tempo porque tal tema não envolve as leis no espaço.

[1] Decorre da expressão francesa *dialogue des sources*, foi usada pelo internacionalista Professor Erik Jayme, da seguinte forma: "A partir do momento que se invoca a comunicação no Direito Internacional Privado, o fenômeno mais importante é o fato de que a solução dos conflitos emerge como resultado de um *diálogo entre as fontes* mais heterogêneas. Os direitos do homem, as constituições,as convenções internacionais, os sistemas jurídicos nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas 'falam' umas com as outras. Os juízes precisam coordenar essas fontes e ouvirem o que elas dizem." (tradução do autor). In: JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. Cours General de Droit International Privé. Recueil des Cours – Collected Cours of the Hague Academy of International Law. Tome 282 de la collection.* The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000, p. 259.

Por uma questão metodológica, a fim de que a temática do contrato de transporte marítimo seja melhor compreendida em face da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, será feita uma breve introdução ao Direito Marítimo, numa perspectiva crítica de defesa dos interesses dos usuários e consumidores do transporte marítimo,[2] vez que nessa disciplina se insere o contrato citado. Dessa forma, na primeira parte discorrer-se-á sobre o Direito Marítimo, conhecimento de embarque e contrato de transporte marítimo e na segunda parte, acerca da possibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a esse, especialmente em face da vigência do Código Civil de 2002. Por fim, será feita uma conclusão, seguida da bibliografia usada.

1. DIREITO MARÍTIMO E CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

1.1. DIREITO MARÍTIMO: ORIGENS E EVOLUÇÃO

O Direito Marítimo e o Direito da Navegação são primitivos, contemporâneos e ligados à própria história da humanidade, produto das várias civilizações que se lançaram ao mar, vez que foi esse o meio usado pelos povos antigos na busca das suas grandes conquistas. Tais viagens eram aventuras marítimas, baseadas na prática, nos usos e costumes e, sobretudo, na intuição dos grandes povos navegadores, dentre os quais, os fenícios, egípcios, gregos e *vikings*. Essa navegação marítima primitiva apresentava muitos perigos, pois em face da deficiência tecnológica, o mar era uma grande rota de perigo e de mortalidade, sendo muitos os casos nos quais as expedições não mais retornavam.[3]

No Brasil, durante muito tempo a legislação vigente foi consubstanciada nas Ordenações do Reino de Portugal, tais como as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, respectivamente, dos Reis de Portugal. A maior parte do período colonial brasileiro foi regida pelas Ordenações Filipinas, impressas em 1603, no Reinado de Filipe II de Portugal. Com a independência em 1822, setores do citado código continuavam a vigorar, enquantos leis nacionais não o substituíssem, tendo a sua aplicação atenuada pela

[2] Sobre o tema, em quatro partes temáticas – Direito Marítimo, Direito Ambiental Marítimo, Direito da Navegação Marítima e Direito da Regulação do Transporte Aquaviário e da Atividade Portuária – através de de vinte artigos, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. (org.) *Direito Marítimo Made in Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. (no prelo)

[3] ANJOS, José Haroldo dos; GOMES, Carlos Rubens Caminha. *Curso de Direito Marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 1-2.

outorga da Constituição Imperial de 1824, Códigos Criminal e de Processo, de 130 e 1832, e Comercial de 1850.[4] Vale ressaltar, que o Código Comercial, promulgado pela Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, passou a regulamentar na sua Parte Segunda, o comércio marítimo, parte esta que foi mantida pelo Código Civil de 2002, no seu art. 2.045, embora a maior parte da legislação marítima brasileira esteja esparsa em diversas leis.

O Código Comercial Brasileiro de 1850 (CCB) mantido pelo Código Civil de 2002, regulamenta parte substancial do Direito Marítimo nos arts. 457 a 796, o que é feito por meio de dez [5] títulos. [6]

1.2. OBJETO E NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO MARÍTIMO

Surge, então, o ramo do direito que tem como objeto o conjunto de regras jurídicas relativas à navegação que se faz sobre o mar: o Direito Marítimo,[7] conceito esse limitado, por entendermos que é mais amplo, porque inclui, "o conjunto de regras jurídicas relativas à navegação aquaviária, englobando-se os transportes marítimos, fluviais e lacustres. Assim, o Direito Marítimo abrange o conjunto de normas que regulam a navegação, o comércio marítimo, os contratos de transportes de mercadorias, e pessoas, por via marítima, fluvial e lacustre, os direitos, deveres e obrigações do armador, dos capitães e demais interessados nos serviços de navegação privada, bem como a situação dos navios a seu serviço."[8]

1.3. O CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO

---

[4] CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. *Introdução à História do Direito: Estados Unidos X Brasil.* Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001, p. 104.

[5] O Título IX – Do naufrágio e salvados – arts. 731 a 739, foi revogado pela Lei n. 7.542, de 26 de setembro de 1986.

[6] Os títulos são os seguintes: I – Das embarcações; II – Dos proprietários, compartes e caixas de navios; III - Dos capitães e mestres de navio; IV – Do piloto e contramestre; V – Do ajuste e soldada de oficiais e gente da tripulação, seus direitos e obrigações; VI – Dos fretamentos; VII – Do contrato de dinheiro a risco ou câmbio marítimo; VIII – Dos seguros marítimos; X – Das arribadas forçadas; XI – Do dano causado por abalroação; XII – Do abandono e XIII – Das avarias.

[7] RODIÈRÈ, René. *Droit Maritime.* Paris: Dalloz, 1982, p. 1.

[8] CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. Introdução ao Direito Marítimo. In: CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. (org.) Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. vol. I. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2004, p. 117. (101-136)

Trata-se de matéria pouco explorada pelos doutrinadores pátrios, pois envolve tema de certa complexidade, porque o transporte marítimo é feito por mais de uma centena de países, e ao qual se aplica o princípio da especialidade. O Código Comercial brasileiro[9] e o Código de Defesa do Consumidor não fazem nenhuma referência *expressa* ao contrato de transporte marítimo,[10] devendo-se ressaltar que esse não deve ser confundido com contrato de compra e venda internacional, embora geralmente, para ser efetivada, a compra e venda internacional envolva um contrato de transporte marítimo. Além disso, o Código Comercial só menciona o contrato de fretamento, pois no passado adotava-se o princípio de que o armador fretava um espaço a bordo do seu navio para que o proprietário das mercadorias o usasse para transportar as mesmas.

O Código Civil de 2002, por sua vez, no art. 732, faz uma menção genérica, que pode ser aplicada, inclusive, aos contratos de transportes marítimos, da seguinte forma: "*Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais."*

Atualmente, o embarque de cargas em navio de linha regular ou não, pertence a inúmeros embarcadores, cada um com um lote de mercadorias identificável e separado dos demais, constituindo um fretamento parcial, tendo cada um o seu instrumento legal denominado conhecimento de embarque ou *Bill of Lading* que, no Brasil funciona como recibo de embarque das mercadorias, como disposto no art. 519, do Código Comercial brasileiro.[11]

Esse documento serve também como evidência de transporte, na inexistência de um contrato de transporte "*Voyage Charter Party*", de acordo com o art. 566 do citado diploma legal,[12] bem como é título de crédito, com fundamento no art. 1º, do Decreto

[9] Ressalte-se a menção aos conhecimentos de carga, nos arts. 575 a 589.
[10] O CC 2002, por sua vez, trata dos contratos de transportes de pessoas e coisas, nos arts. 730 a 756.
[11] *Art. 519 - O capitão é considerado verdadeiro depositário da carga e de quaisquer efeitos que receber a bordo, e como tal está obrigado à sua guarda, bom acondicionamento e conservação, e à sua pronta entrega à vista dos conhecimentos (artigo nºs 586 e 587). A responsabilidade do capitão a respeito da carga principia a correr desde o momento em que a recebe, e continua até o ato da sua entrega no lugar que se houver convencionado, ou que estiver em uso no porto da descarga.*
[12] *Art. 566 - O contrato de fretamento de qualquer embarcação, quer seja na sua totalidade ou em parte, para uma ou mais viagens, quer seja à carga, colheita ou prancha. O que tem lugar quando o capitão recebe carga de quanto se apresentam, deve provar-se por escrito. No primeiro caso o instrumento, que se chama carta-partida ou carta de fretamento, deve ser assinado pelo fretador e afretador, e por quaisquer outras pessoas que intervenham no contrato, do qual se dará a cada uma das partes um exemplar; e no segundo, o*

19.743/30, art. 1º do Decreto 20.545/31 e art. 587 do Código Comercial.[13] Há muito tempo, a necessidade de uniformizar a legislação aplicável aos contratos de transportes marítimos tem sido sentida pelos que atuam no setor de transportes, a fim de diminuir a insegurança jurídica, que é um dos obstáculos ao desenvolvimento econômico, especialmente quando se trata de comércio exterior.

No Direito Comparado[14] das nações marítimas usa-se o termo "*contrato de transportes*" para esses transportes de carga por mar regidos por conhecimentos de embarques. Assim, por exemplo, a doutrina inglesa, principalmente após a edição do *"Carriage of Goods by Sea Act, 1971"* e das Regras de Hamburgo (Convenção das Nações Unidas sobre o Transporte de Mercadorias por Mar, 1978), utiliza a expressão "*contrato de transporte*" (*contract of carriage*) para o embarque de pequenas quantidades de mercadorias, de muitos embarques, cada um sendo comprovado por um conhecimento de embarque. Quando o contrato entre armador e embarcador tem como evidência *prima facie* o conhecimento de embarque, tem-se um contrato de transporte.[15]

Todavia, a *Lex Mercatoria*[16] que, pela doutrina vem sendo cada vez mais usada como fonte de direito nos contratos internacionais, vai além, pouco importando que haja a expedição de um conhecimento, um recibo informal ou outro documento qualquer, pois se uma parte, o transportador, obrigar-se a transportar, e a outra parte, o dono das mercadorias, a pagar o frete, existe um contrato de transporte. Por sua vez, quando há maiores atribuições ao navio, existe o contrato de fretamento. Em síntese, o que no Brasil se chama contrato de fretamento, que tem como instrumento o conhecimento de embarque, é o que os franceses chamam de "*contract de transport*" e os ingleses "*contract of carriage evidenced by a Bill of Lading*",[17] podendo então ser conceituado como documento assinado pelo

---

instrumento chama-se conhecimento, e basta ser assinado pelo capitão e o carregador. Entende-se por fretador o que dá, e por afretador o que toma a embarcação a frete.

[13] *Art. 587 - O conhecimento feito em forma regular (artigo nº 575) tem força e é acionável como escritura pública. Sendo passado à ordem é transferível e negociável por via de endosso.*

[14] Sobre a metodologia do Direito Comparado, veja-se: CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. *Teoria e Prática do Direito Comparado e Desenvolvimento: Estados Unidos x Brasil.* Florianópolis: Fundação Boiteux, IBRADD, UNIGRANRIO, 2002, 555 p.

[15] ANJOS, José Haroldo dos; GOMES, Carlos Rubens Caminha. *Op. cit.*, p. 181.

[16] Conjunto de princípios gerais e regras costumeiras, referidas espontaneamente ou criadas dentro de uma estrutura de comércio internacional, sem referência a um sistema jurídico nacional em particular. In: GOLDMAN Apud SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público.* 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24-25.

[17] ANJOS, José Haroldo dos; GOMES, Carlos Rubens Caminha. *Op. cit.*, p. 182.

armador-proprietário ou seu agente reconhecendo que as mercadorias foram embarcadas a bordo de um navio em particular e que terá um destino em específico, como a especificação dos termos nos quais as mercadorias recebidas devem ser transportadas.

O *"Bill of Lading"* tem funções específicas, de acordo com os artigos 1º, b; e 3º, itens 4 e 7, da *"Convenção Internacional para a Unificação de Certas Regras de Direito Concernentes aos Conhecimentos Marítimos"*, de 25 de agosto de 1924, mantidos nas emendas de Bruxelas, de 1968, chamada *Regras de Haia-Visby* (em vigor desde 23 de junho de 1977), bem como no artigo 7º da *Convenção Internacional sobre Certas Regras do Transporte de Mercadorias por Mar, Regras de Hamburgo* (*Hamburg Rules*), de 1978, em seu artigo 7º, das quais o Brasil não é signatário, quais sejam: i) *evidência de transporte;* ii) *recibo das mercadorias, a bordo do navio*; e iii) *prova de propriedade das mercadorias*. De acordo com Marco Collyer e Wesley Collyer, "o possuidor do conhecimento de carga, investe-se em todos os direito e obrigações do contratante do transporte, como se fosse uma das partes que realizaram o contrato."[18]

Nesse contexto, no transporte marítimo de linha regular a contratação do transporte precisa de uma série de cautelas, pois é feita através do conhecimento de embarque que tem as funções básicas de servir como um recibo de entrega da carga a ser embarcada e, como já mencionado, evidencia um contrato de transporte entre a companhia marítima e o usuário, e representa um título de propriedade da mercadoria, que pode ser transferível e negociável.

No verso do conhecimento de embarque ou B/L, há várias cláusulas especificadoras e limitadoras da responsabilidade do transportador marítimo durante o transporte da mercadoria e, por se tratar de um contrato de adesão ou contrato massa, através do qual o usuário simplesmente adere às condições estabelecidas pela companhia marítima, muitos embarcadores não analisam com profundidade as citadas cláusulas, além do que, grande quantidade desconhece a legislação aplicável ao citado contrato de transporte marítimo, o que gera um série de problemas.

Deve ser dada atenção especial à cláusula chamada "*Paramount*" ou principal, que se encontra em todos os conhecimentos de embarque, que incorpora a legislação

[18] COLLYER, Marco A .; COLLYER, Wesley O. *Dicionário de Comércio Marítimo. Termos e Abreviaturas no comércio marítimo internacional.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lutécia, Record, 2002, p. 40.

aplicável ao contrato, sendo que as demais cláusulas servem apenas para detalhar as regras incorporadas, não podendo ser incompatíveis com as mesmas. Nesse contexto, é imprescindível que os usuários ou seus representantes conheçam melhor a legislação aplicável a um conhecimento de embarque, já que a mesma define questões importantes como o i) regime de responsabilidade do transportador marítimo (situações em que será responsável perante o usuário por perdas e danos nas mercadorias e situações em que não o será); ii) limites de indenização existentes em caso de ser apurada uma responsabilidade do transportador e iii) definição dos prazos para o usuário efetuar reclamações por danos ou faltas de mercadorias e interpor ações decorrentes desses fatos.[19]

Objetivando melhorar a segurança jurídica dos usuários dos transportes marítimos, vez que cada país adotava uma legislação, houve um avanço significativo a fim de uniformizar a legislação aplicável com as Regras de Haia de 1924, a qual logrou um certo êxito, sobretudo devido ao grande número de países signatários, qual seja, setenta e três Estados contratantes até 1968, incluindo os países de maior importância no setor de transportes marítimos. Mesmo assim, nem todos os países signatários aderiram às posteriores alterações nas referidas Regras (representadas pelo Protocolo de 1968 que configurou as Regras de *Haia Visby*, que impõem um regime legal brando ao transportador,[20] e pelo Protocolo DES de 1979 o qual incorporou os Direitos Especiais de Saque do FMI no cálculo dos limites das indenizações a serem efetuadas pelo transportador marítimo), o que fez com se iniciasse um rompimento da uniformidade que havia sido alcançada até então.[21]

De acordo com Vieira:

> *o sistema baseado nas Regras de Haia e suas posteriores modificações privilegiava claramente os interesses dos transportadores, foram elaboradas em 1978 as Regras de Hamburgo que, embora tenham entrado*

[19] VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. A responsabilidade do transportador e a legislação aplicável ao transporte marítimo. Disponível em: http:www.guiadelogistica.com.Br/ARTIGO170.htm. Acesso em 8 mar 2004.

[20] Dispõe sobre 17 causas que isentam o transportador de culpa, entre elas: falta náutica; incêndio; perigos do mar; atos de guerra; culpa do embarcador; greves; desvios de rota para salvamento; vício próprio da mercadoria; embalagem inadequada e outras que não decorram de culpa do transportador ou seus agentes. Além disso, é excluída a responsabilidade por atraso na entrega das mercadorias e por cargas carregadas no convés. Por outro lado, as Regras de Hamburgo têm como característica principal a inclusão do conceito da culpa presumida do transportador, prevendo também uma indenização por atraso na entrega das mercadorias. Quanto aos limites de indenização, as Regras de *Haia Visby* impõem um limite de 666,7 DES por volume ou 2 DES por Kg, o que resultar maior.

[21] VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. *Op. Cit.*.

> *em vigor somente em 1992 e ainda hoje tenham uma aplicação limitada, ocasionaram um aumento ainda maior no processo de fragmentação e dispersão legal. Tal fato tornou a uniformidade na regulamentação do transporte de mercadorias por via marítima algo ainda mais distante. Entretanto, ainda que seja uma realidade toda essa diversidade de regimes legais demonstrada pelas diferentes combinações entre as diversas Convenções Internacionais e as legislações nacionais vigentes, pode-se afirmar que as nações de maior importância no comércio marítimo, ou seja, aquelas com as maiores frotas mercantes, aderiram às Regras de Haia Visby de 1968 e ao Protocolo DES de 1979, ficando reservada às Regras de Hamburgo uma aplicação bem mais restrita.*[22]

Dessa forma, o embarcador fica sujeito a distintos regimes de responsabilidade e limites de indenização que serão levados em conta pelos transportadores marítimos, dependendo da legislação nacional aplicável e dos países que ratificaram uma ou outra Convenção. Nesse sentido:

> *As Regras de Haia Visby foram ratificadas por países como Bélgica, Canadá, Dinamarca, Equador, Finlândia, França, Grécia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Polônia, Espanha, Suécia, Suíça e Inglaterra. Já as Regras de Hamburgo, são aplicadas por Áustria, Barbados, Chile, Egito, Líbano, México, Seychelles, Singapura, Eslovênia, Marrocos e grande parte dos países africanos.*
> *A importância dessas Convenções para exportadores e importadores é óbvia, já que os Conhecimentos de Embarque, em sua cláusula principal, costumam vincular o contrato à lei do país do transportador o qual poderá ter ratificado uma das Regras analisadas.*[23]

Por sua vez, o sistema vigente para a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais é o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil[24] e, conforme a lição de Nádia de Araújo, a sustentar que o direito brasileiro:

> *não abraça, ao menos de forma clara e expressa, a teoria da autonomia da vontade.(...) No nosso entender, considerando as teorias expostas sobre os direitos subjetivos, duas poderiam ser as interpretações acerca do problema da prevalência ou não da autonomia da vontade no estágio atual da legislação brasileira em*

[22] Idem.
[23] Idem.
[24] *Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que constituírem. **§** 1º - Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. **§** 2º - A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

> *vigor. Em primeiro lugar, abraçando-se as teses que entendem serem os direitos conferidos aos indivíduos independentemente do que dispõe o direito positivo, ou seja, em tendo estes existência autônoma, a tese de Haroldo Valladão está correta e,*[25] *conseqüentemente, outra não pode ser a interpretação do artigo 9º da Lei de Introdução senão pela existência no direito pátrio. Todavia, adotada a teoria positivista, segundo a qual os direitos subjetivos somente decorrem de disposição legal – e a leitura atenta do artigo 9º não inclina a uma interpretação permissiva da autonomia pois não disposição expressa de tal liberdade – a teoria da autonomia da vontade não estaria consagrada no atual sistema vigente.*[26]

Assim, pode-se inferir que um Conhecimento de Embarque emitido no Brasil estará sempre sujeito à legislação brasileira, já que a nossa doutrina não admite a autonomia da vontade das partes para escolher a lei aplicável a um contrato, de modo que, qualquer cláusula de Conhecimento de Embarque emitido no país que remeta a uma lei estrangeira ou a uma Convenção Internacional não ratificada pelo Brasil não terá validade. Todavia, modernamente a tendência mundial é da adoção de convenções internacionais que expressamente deixam às partes escolher o direito aplicável às obrigações contratuais internacionais.

Segundo Nádia de Araújo,

> *temos em vigor uma convenção importante: A Convenção Européia sobre lei aplicável aos contratos internacionais, assinada em Roma, 1980, e que entrou em vigor em 1991. A Convenção permite, de forma categórica a autonomia das partes para a escolha da lei aplicável ao seu contrato, inclusive para uma parte do contrato*[27]. [28]

---

[25] O autor afirma ter sido o princípio da autonomia da vontade uma constante no direito brasileiro, apesar de não ser mencionado expressamente no artigo 9º da LICC, pois na sua opinião, a retirada de tal permissivo pela nova lei, na verdade omitindo a regra, não poderia ter o condão de eliminá-la do direito brasileiro. Nesse quadro, aduz que a manutenção do verbo "reputar-se" no § 2º do artigo 9º é sinônimo de "presume-se", o que por si só cobriria o princípio da autonomia da vontade. (VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado.* 2ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 183, 186 e 255 Apud ARAÚJO, Nádia de. O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. In CASELLA, Paulo Borba. (org.) *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL.* São Paulo: LTr, 1996, p. 42).

[26] ARAÚJO, Nádia de. *Op. Cit.,* p. 43-44.

[27] Sobre o tema, veja-se: Convenção de Haia sobre a Lei aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, de 1986; DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. (org.) *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado.* Rio de Janeiro: Renovar, 1994; Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional, de 1980, assinada em Viena e que entrou em vigor em 1988, e aborda a autonomia da vontade, ressaltando-se que é um conjunto de normas materiais uniformes sobre a compra e venda e não uma convenção dedicada exclusivamente ao conflito de leis.

[28] ARAÚJO, Nádia de. *Op. Cit.,* p. 44.

Por fim, cabe o ensinamento de Eduardo Lamy, ao destacar que:

> *os termos dos conhecimentos marítimos de carga, os bill of ladings, já estão redigidos ao serem assinados pelos importadores ou exportadores brasileiros, constituindo verdadeiros contratos de adesão a teor da nossa legislação civil – como aqui já se afirmou – pelo que não chega a ocorrer negociação entre as partes envolvidas, não havendo verdadeiro respeito à autonomia da vontade do aderente."*[29]

2. O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES NO DIREITO MARÍTIMO: CÓDIGO CIVIL E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Para dirimir a controvérsia sobre o impacto do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil no contrato de transporte marítimo de coisas e pessoas, é importante discorrer sobre a origem desse. Depois de 27 anos tramitando no Congresso Nacional, foi promulgado o novo Código Civil, através da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para entrar em vigor findo um ano de *vacatio legis.* Há muita controvérsia acerca da sua oportunidade e mérito, seja em face da tendência à descodificação das leis, seja em face da sua possível desatualização, não legislando sobre temas relativos à fertilização, clonagem, comércio eletrônico, dentre outros. O que se deve ressaltar é o que Código Civil, possui posição de centralidade no sistema jurídico brasileiro, sendo, portanto, um macrosistema de origem romano-germânica, com repercussões nas relações de consumo, inclusive no transporte marítimo.

O CDC, nesse contexto, é lei especial das relações de consumo, um microsistema, e o que justifica a sua existência é a desigualdade provocada pelo mercado, onde um fator estrutural de desequilíbrio exige proteção à parte mais fraca. Esse desequilíbrio decorre da organização inerente às empresas e da concomitante desorganização própria dos consumidores individuais que procuram atender suas

[29] LAMY, Eduardo de Avelar. Contrato de Transporte Marítimo Internacional: Foro e Legislação Aplicável. In: CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. (org.) *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional.* vol. II. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005.

necessidades com os bens e serviços oferecidos em condições impostas unilateralmente pelos fornecedores, geralmente desfavoráveis aos seus interesses.

O Novo Código Civil Brasileiro nada menciona sobre a expressão constitucional *"consumidores"* ,[30] de modo que, pode-se concluir, que ao CDC não se aplica a norma do art. 2043 do CC, não sendo o tema de defesa do consumidor incorporado ao CC pois é considerado por este, um tema a ser regulado por lei especial . Destaca-se que até mesmo as normas sobre proteção social do contrato (art. 421), sobre o princípio da boa-fé (art. 422) e contratos de adesão (art. 424) nada mencionam sobre consumidores, pois são normas gerais e genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais. O art. 593 do CC, pela expressão "serviços" esclarece que a regulação do CC é geral e subsidiária, incidindo somente naqueles contratos que não forem trabalhistas e não forem regulados por leis especiais, como os de consumo e os internacionais.

Assim, as prestações de serviços de consumo continuam reguladas pelo CDC e as trabalhistas pelas leis trabalhistas, ou seja, de acordo com o citado artigo: "a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, reger-se-á pelas disposições deste Capítulo". Nesse caso, o contrato de transporte marítimo de mercadorias regulamentado pelas Convenções Internacionais e pelo Código Civil, não é abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor, de forma que o CC de 2002 é a lei especial aplicada ao contrato de transporte marítimo, especialmente porque trata no seu Capítulo XIV, nos arts. 730 a 756 dos contratos de transportes.

Por sua vez, segundo Cláudia Lima Marques,

[30] Deve-se mencionar que antes da vigência do Código Civil de 2002, o STJ, em decisão de 20.11.2002, já havia se manifestado sobre a aplicação do CDC ao contrato de transporte marítimo: .ttal como já se posicionou o STJ, da seguinte forma: "REsp. 286441/RS. Ementa. 1. O Acórdão recorrido enfrentou todas as questões apresentadas na apelação, não havendo necessidade de referência expressa a determinados dispositivos legais, ausente, portanto, a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor (art. 27), em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante o respectivo transporte marítimo, não importando para a definição do destinatário final do serviço de transporte o que é feito com o produto transportado. No caso, o serviço de transporte foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo, estabelecida entre a transportadora e a empresa que a contratou. 3. Recurso especial conhecido e provido. RSTJ 175/349."

> *como toda regra tem sua exceção, também no NCC/2002 há uma exceção: em matéria de contrato de transporte, o art. 732 prevê a subsidiariedade das leis especiais, mesmo se de fonte internacional, como a Convenção de Varsóvia. Aqui, prevê-se a aplicação prioritária das novas normas do NCC/2002, em exceção ao sistema normal, que é de aplicação subsidiária das normas do NCC/2002.*[31]

Nesse caso, podem ser usadas normas do CDC "desde que não contrariem as disposições" do novo Código Civil, tal como dispõe o citado artigo.

De acordo com Pasqualotto é possível separar em três grupos as disposições conexas do novo CC, caracterizadas como convergentes, divergentes e outras complementares. No primeiro grupo estão alguns princípios que revolucionaram a orientação do Código Civil de 1916, especialmente na área contratual, indo ao encontro do caráter solidarista do CDC, quais sejam a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa-fé, e que se encontram nos arts. 421 e 422, respectivamente.

No segundo grupo, divergentemente, encontram-se algumas disposições do novo Código Civil que estabelecem nítido contraste com as matérias correlatas do CDC, tais como a causa de revisão contratual em face da desproporcionalidade das prestações (art. 6º, V) e como prática abusiva o prevalecimento, pelo fornecedor, da fraqueza ou inexperiência do consumidor, em face da sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhes produtos ou serviços (art. 39, IV).

No terceiro grupo, o novo CC apresenta disposições plenamente compatíveis com o intuito protetivo do CDC, inclusive mais amplas, tal como o art. 927 e o estado de perigo do art. 156, sendo esse considerado defeito do negócio jurídico e a obrigação assumida nessa circunstância é anulável.[32]

---

[31] MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do "Diálogo das Fontes no Combate às Cláusulas Abusivas". In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.mar/2003, p. 84.

[32] PASQUALOTTO, Alberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. In: *Atuação Jurídica*. n. 10. Associação Catarinense Ministério Público. Set. 2002, p. 17.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como sustentado, a segunda parte do Código Comercial não foi revogada (art. 2.045 do CC2002) e, de acordo com o art. 2º da LICC, os Contrato de Transportes foram regulados pelo CC2002. Portanto, essa é lei nova que regulou inteiramente a matéria anteriormente regida pelo Código Comercial brasileiro, ou seja, o CC2002 é a norma geral complementada pelo Código Comercial em matéria de transportes marítimos. Os contratos de afretamento e demais assuntos não regulados pelo CC2002 continuam inteiramente em vigor por força do art. 2.045, respeitadas as leis especiais e as convenções internacionais porque também revogam a legislação interna.

Por sua vez, o CDC é uma norma especial, por isso, naquilo que não contrariar o CC2002 terá plena aplicação, com base no art. 732 deste, inclusive em matéria de contrato de transportes em geral pela vulnerabilidade do consumidor nos contratos de adesão e nas relações de consumo. O fato do CC/2002 ter sido promulgado depois do CDC não lhe retira a condição de norma geral em relação às normas de proteção de consumo.

No caso do contrato de transporte marítimo para o transporte de mercadorias (*goods*), no que se refere à responsabilidade civil, a sua fonte maior está no Código Civil, ou seja, o artigo 732 já mencionado, que avoca para o citado diploma legal, os contratos de transportes, de modo que, num primeiro momento, a relação é civil, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transportes marítimos. Por outro lado, há possibilidade de diálogo das fontes, vez que, identificados os princípios do destinatário final e da vulnerabilidade na relação contratual, aplica-se o CDC, embora de forma subsidiária, tal como preceitua o art. 732 já citado.

Assim sendo, por se tratar de legislação especial, no que couber, desde que não contrarie os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais, já mencionados, aplica-se subsidiariamente o Código de Defesa do Consumidor.

Podemos concluir que os contratos de transportes marítimos de coisas e pessoas são regidos pelo princípio da especialidade, em face da natureza peculiar do serviço, de modo que, em termos de responsabilidade civil aplicam-se as convenções e tratados existentes no corpo do contrato, desde que ratificados pelos países das partes

contratantes, bem como subsidiariamente o Código Civil, num primeiro momento, o Código Comercial e o CDC, de forma complementar, desde que a parte contratante seja vulnerável e destinatária final, e não contrariem as disposições da legislação especial – Convenções e Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

ANJOS, José Haroldo dos; GOMES, Carlos Rubens Caminha. *Curso de Direito Marítimo.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ARAÚJO, Nádia de. O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. In CASELLA, Paulo Borba. (org.) *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL.* São Paulo: LTr, 1996, p. 31-47.

CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. *Introdução à História do Direito: Estados Unidos X Brasil.* Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001.

_____. Introdução ao Direito Marítimo. In: CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. (org.) Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. vol. I. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2004, p. 101-136.

COLLYER, Marco A .; COLLYER, Wesley O. *Dicionário de Comércio Marítimo. Termos e Abreviaturas no comércio marítimo internacional.* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lutécia, Record, 2002.

JAYME, Erik. *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne. Cours General de Droit International Privé. Recueil des Cours – Collected Cours of the Hague Academy of International Law. Tome 282 de la collection.* The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff, 2000.

LAMY, Eduardo de Avelar. Contrato de Transporte Marítimo Internacional: Foro e Legislação Aplicável. In: CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. (org.) *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional.* vol. II. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: Do "Diálogo das Fontes no Combate às Cláusulas Abusivas". In: *Revista de Direito do Consumidor.* n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.mar/2003, p. 71-99.

PASQUALOTTO, Alberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Novo Código Civil. In: *Atuação Jurídica.* n. 10. Associação Catarinense Ministério Público. Set. 2002, p. 7-18.

RODIÈRÈ, René. *Droit Maritime.* Paris: Dalloz, 1982, p. 1.

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

VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. A responsabilidade do transportador e a legislação aplicável ao transporte marítimo. Disponível em: <http:www.guiadelogistica.com.Br/ARTIGO170.htm. Acesso em 8 mar 2004.

LIVRE INICIATIVA, LIBERDADE DE CONTRATAR E DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA NOVA ORDEM HERMENÊUTICA DE INTEGRAÇÃO

Sandro Mansur Gibran*

Antônio Carlos Efing**

RESUMO

Considerando a importância da atividade privada para o desenvolvimento econômico da sociedade política, é dever do Poder Público fiscalizar a atuação do fornecedor para compatibilizar a relação de consumo aos princípios arrolados no art. 170 da Constituição, de modo que se orientem, harmoniosamente, à necessária valorização do ser humano, aos ditames da justiça social.

Os Códigos de Lei brasileiros editados nos séculos passado e retrasado, concebidos sob a ideologia liberal, consagraram o modelo produtivo baseado na propriedade privada e na liberdade de iniciativa e a prospecção de desenvolvimento do país estava na atividade empresarial, no fortalecimento da indústria nacional, no fornecimento de produtos e/ou serviços em larga escala. Esta expectativa de enriquecimento do Estado motivou a interpretação parcial da liberdade de iniciativa, da função da propriedade privada e da autonomia da vontade e estes princípios, assim viciados, permearam toda a matéria negocial e obrigacional de então, em prejuízo, quase sempre, dos interesses e direitos do consumidor.

Para a efetiva realização da Política Nacional de Relações de Consumo, nos termos do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, é essencial estudar as bases da responsabilidade civil do fornecedor, esclarecendo a sua extensão e potência, inclusive como medida preventiva de segurança, pois o Poder Judiciário vem limitando os seus efeitos ao compreendê-la, ainda hoje, sob os mencionados vícios de outrora, incompatíveis não só com a realidade das relações jurídicas hodiernas, mas com os próprios dispositivos de lei dos Códigos brasileiros agora vigentes.

PALAVRAS-CHAVES: LIVRE, INICIATIVA, LIBERDADE, CONTRATAR, DEFESA, CONSUMIDOR, DESENVOLVIMENTO, ECONÔMICO, ORDEM, ECONÔMICA, RESPONSABILIDADE, FORNECEDOR

* Orientando, doutorando em Direito Econômico e Socioambiental oferecido pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, professor adjunto do curso de Direito das Faculdades Integradas Curitiba, sandro@ferrazadvogados.com.br.

** Orientador, doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, efing@mber.com.br.

RIASSUNTO

Tenendo conto dell'importanza dell'attività privata per lo sviluppo economico della società politica, è dovere del Potere Pubblico fiscalizzare le attività del fornitore per rendere compatibile il rapporto di consumo ai principi iscritti nell'art. 170 della Costituzione, nel senso che si guidino, armoniosamente, alla necessaria valorizzazione dell'uomo, agli appelli della giustizia sociale.
I codici brasiliani pubblicati nei secoli XIX e XX, concepiti secondo l'ideologia liberale, consacravano il modello produttivo basato sulla proprietà privata e sulla libertà di iniziativa e la prospettiva di sviluppo del paese era nell'attività della azienda, nel rafforzamento dell'industria nazionale, nel fornimento dei prodotti e/o dei servizi su vasta scala. Questa aspettativa di arricchimento dello Stato ha motivato l'interpretazione parziale della libertà di iniziativa, della funzione della proprietà privata e dell'autonomia della volontà e questi principi, così viziati, hanno compenetrato tutte le materie negoziali e obbligazionali di allora, a danno, quasi sempre, degli interessi e dei diritti del consumatore.
Per la realizzazione efficace della Politica Nazionale dei Rapporti di Consumo, nei termini dell'art. 4º del Codice di Difesa del Consumatore, è essenziale studiare le basi della responsabilità civile del fornitore, chiarendo la sua estensione e potenza, anche come possibilità preventiva di sicurezza, quindi il Potere Giudiziario viene limitando i suoi effetti all'interpretarla, ancora oggi, sotto l'influenza del passato, incompatibili non solo con la realtà dei rapporti giuridici, ma con i dispositivi di legge dei codici brasiliani ora efficaci.

PAROLE CHIAVI: LIBERT, INIZIATIVA, PRIVATA, CONTRATARE, DIFESA, CONSUMATORE, SVILUPPO, ECONOMICO, ORDINE, RESPONSABILITÀ, FORNITORE

INTRODUÇÃO – A NOVA ORDEM HERMENÊUTICA

Em que pese ser bastante recente a Lei específica brasileira a regular as relações de consumo[1], pode-se afirmar que os interesses de mercancia voltados à classe dos adquirentes/contratantes recebem especial atenção desde o início do Século XX, a partir do desenvolvimento da produção em massa. O Liberalismo Econômico[2], impulsionado pela expansão dos meios de produção e o decorrente objetivo latente da

[1] Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990.
[2] A Revolução Industrial consolidou a sociedade burguesa liberal capitalista, baseada na igualdade jurídica entre os homens, na livre-iniciativa e na empresa privada. Sob este contexto, surge o liberalismo econômico, marcado pelo fim da intervenção direta do Estado na produção e na distribuição das riquezas. No Estado liberal não existem medidas protecionistas ou de monopólio: há a defesa da livre concorrência e a abertura ao mercado externo. Dentre os seus defensores destacam-se Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo, James Mill, Nassau Senior (*in* FÉDER, João. **Estado sem poder.** São Paulo: Max Limonad, 1997).

indústria em conquistar novos mercados, todavia sob a concepção de vínculo contratual centrado no valor da vontade, gerou flagrante desequilíbrio nas relações que envolviam o consumidor, que se tornou cada vez mais vulnerável e indefeso diante das práticas abusivas exercidas progressivamente pelos detentores do poder econômico, dentre os quais se pode incluir o próprio Estado brasileiro.

A ordem jurídica reflete os valores sociais de um determinado contexto histórico, político e econômico vigentes. Os Códigos de Lei brasileiros editados nos séculos XIX e XX[3], concebidos sob a ideologia liberal, consagraram o modelo produtivo baseado na propriedade privada e na liberdade de iniciativa: a prospecção de desenvolvimento do país estava na atividade empresarial, no fortalecimento da indústria nacional, no fornecimento de produtos e/ou serviços em larga escala.

Em outras palavras, esta expectativa de enriquecimento do Estado motivava a interpretação parcial da liberdade de iniciativa, da função da propriedade privada e da autonomia da vontade e estes princípios, assim viciados, permeavam toda a matéria negocial e obrigacional de então.

Apesar das inovadoras superveniências da Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990 – o Código de Defesa do Consumidor – e, há mais de 5 (cinco) anos, da Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002 – um novo Código Civil brasileiro -, muito desta compreensão tendenciosa dos séculos passado e retrasado ainda prejudica - certo que agora com menor intensidade – a efetiva realização dos fundamentos da República Federativa do Brasil[4], muitas vezes considerados incompatíveis, insuficientes ou utópicos pela opinião pública frente ao dinâmico fenômeno da produção e do consumo em massa, das cada vez mais complexas relações obrigacionais.

Para que a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político sejam realizados perante a

[3] Como o Código Civil brasileiro, de 01º de janeiro de 1916 (Lei nº 3071), e o Código Comercial brasileiro, de 25 de junho de 1850 (Lei nº 556) (este ainda parcialmente vigente), dentre outros.

[4] Art. 1º da Constituição: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I – a soberania;
II – a cidadania;
III – a dignidade da pessoa humana;
IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V – pluralismo político.
Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição".

sociedade, é mister, deste modo, que uma nova ordem hermenêutica de integração destes princípios seja reconhecida e aplicada.

AS RELAÇÕES JURÍDICAS CONSTITUCIONAIS

Diferentemente da concepção clássica e individualista contratual de outrora, a ordem constitucional econômica[5] impõe que as relações jurídicas sejam estabelecidas de acordo com os ditames da justiça social. O contrato "deve ser estudado e adaptado à nova realidade social e econômica, sempre voltado ao século que se abre, e nunca, para aquele que se fecha".[6]

> A constatação da crise conceitual de contrato remete o intérprete ao desafio maior desta época posterior da modernidade: a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre o que não escapa o contrato, e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante. Valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial, conforme descrição moderna antes vista, se apresentam como extremos inconciliáveis, numa clássica perspectiva de contrato, mas devem, agora, ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza.[7]

O hermeneuta deve ter em conta que a atividade empresarial (entenda-se: que a liberdade de iniciativa e de contratar) não prescinde a defesa dos consumidores pois eles são essenciais para o desenvolvimento econômico do Estado: é a relação de consumo que viabiliza a circulação de riquezas e, neste ciclo, permite o fortalecimento da indústria e o investimento em tecnologia, cuja funcionalidade é fonte inesgotável de recursos para a manutenção da máquina administrativa. Justifica-se, deste modo, que o direito de defesa do consumidor, inclusive e a partir da Constituição[8], constitua uma política pública[9], consoante o previsto no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

---

[5] *Caput* do art. 170 da Constituição.

[6] NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed.. Curitiba: Juruá, 2006, p. 122.

[7] NALIN, Paulo. Op. Cit.

[8] Art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Art. 5º, XXXII, e art. 170, V, ambos da Constituição.

[9] Dispõe o art. 4º da referida Lei nº 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, sobre a Política Nacional de Relações de Consumo, tendo por objetivo o atendimento da necessidade dos consumidores; do respeito à sua dignidade, saúde e segurança; da proteção de seus interesses econômicos; da melhoria

Sabe-se, pelo disposto no art. 170 da Constituição, que a liberdade de iniciativa, que a função social da propriedade (e por conseqüência do contrato), que a defesa do consumidor, dentro outros, são princípios reguladores da Ordem Econômica.

Não se pode negar que uma economia de mercado sem mecanismos jurídicos adequados, incapazes de equilibrar os desníveis e desigualdades existentes nas relações de consumo e outras contratuais e empresariais, inviabiliza a ordem de "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"[10].

Segundo o entendimento de GRAU (2003)[11], o referido art. 170 da Constituição é uma norma-objetivo, ou seja; um preceito a ser alcançado, de segurança jurídica e paz social, e todos os princípios nele expressamente previstos – como a livre iniciativa, a função social da propriedade, a defesa do consumidor etc. - devem ser amplamente respeitados como fundamentos da República Federativa do Brasil.[12]

O aplicador da lei não poderá, deste modo, a título de exemplo, sacrificar o interesse do consumidor em defesa da livre concorrência, da propriedade privada, do meio ambiente ou da busca do pleno emprego; nem inversamente preterir estes últimos valores ou interesses em prol da defesa do consumidor, até porque estes mesmos princípios são também garantias e direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais, conforme o disposto nos artigos 5º e 6º da Constituição.

Destaque-se, ainda, que é característica essencial destes princípios o caráter programático para, por meio da realização de uma política pública, oportunizarem a geração de normas jurídicas capazes de efetivar estes mesmos preceitos. Como não poderia deixar de ser, o legislador ou a Administração Pública não pode editar norma conflitante com o ideal de Ordem Econômica, aliás; os Poderes Públicos[13] têm o dever de desenvolverem, juntos, coordenadamente, este objetivo de justiça social.

---

da sua qualidade de vida, bem como da transparência e harmonia das relações de consumo, garantias estas balizadas em princípios arrolados entre os incisos I e VIII do referido artigo.

[10] Art. 170, *caput*, da Constituição.

[11] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57.

[12] Art. 1º da Constituição. Apesar de não constarem expressamente previstos no art. 1º da Constituição, os princípios da *função social da propriedade* e da *defesa do consumidor* são subsumidos pelo fundamento *dignidade da pessoa humana*. Não há dignidade ao consumidor indefeso. Tão pouco haverá dignidade quando a propriedade é utilizada em prejuízo da pessoa humana, da coletividade.

[13] Vale lembrar que os princípios constitucionais são vinculantes para as 3 (três) esferas de organização política federativa: submetem-se a eles as autoridades da União, Estados e Municípios (os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário).

Por se tratarem de garantias essenciais ao desenvolvimento econômico brasileiro, a não observância destes princípios configura ora uma inconstitucionalidade comissiva, ora uma omissiva e ambas haveriam de ser sanadas, em tese, pela atuação do Poder Judiciário.

Ocorre que esta inconstitucionalidade comissiva, de regra, é de difícil verificação e solução à magistratura, por incapacidade de ordem técnica; a avaliação do julgador dar-se-ia por meio dos seus conhecimentos de natureza econômica e não daqueles que envolvem os aspectos positivados de competência e forma jurídica, únicos critérios geralmente considerados ao dizer-se o Direito. A formação dos profissionais do Poder Judiciário não parece ser suficiente para este tipo de análise. Por conseguinte, com exceção das hipóteses de evidente e grave lesão ao interesse social, depreende-se que a garantia de declaração de inconstitucionalidade de determinado ato, de determinada relação civil ou de consumo, é ainda pouca, insuficiente e não atende às necessidades coletivas da sociedade moderna.[14]

Esta mesma dificuldade de tutela dos princípios programáticos acontece quando constatada situação de inconstitucionalidade omissiva. Nem se diga que haveria a prestação jurisdicional na possibilidade de impetração de um mandado de injunção[15]: este *writ* é limitado à hipótese de carência de normas que tornem "inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Acrescente-se, conforme anteriormente aludido, que o caráter programático dos princípios que fundamentam a almejada Ordem Econômica (norma-objetivo[16]) implica na execução de uma vasta política pública de ação[17], fiscalização, punição,

---

[14] Conforme o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, a tutela da segurança nas relações de consumo é aquela legitimamente esperada, ampla, não hermética, pois existem muitos produtos e serviços perigosos, nocivos à saúde, disponibilizados ao mercado de consumo.
O art. 421 do Novo Código Civil, por sua vez, estabelece como limite à liberdade de contratar o atendimento à *função social do contrato*. Neste sentido, NALIN (2006) esclarece que *"a percepção da tutela do interesse social pelo contrato interprivado parece ter sido a força motriz que inspirou os redatores do Código Civil, na parte referente às Obrigações, o que foi mantido nas suas seguidas alterações legislativas. Função social do contrato se dá em nível de socialidade do Direito, em idêntico sentido ao que passa na propriedade"* (NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed.. Curitiba: Juruá, 2006, p. 227).

[15] Constituição, art. 5, LXXI: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

[16] Art. 170 da Constituição.

[17] Art. 1º e art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

responsabilização civil e não de um direito subjetivo fundamental, não se perfazendo, tão-somente, mediante a edição de normas.

A partir da interpretação literal do art. 170 da Constituição é possível detalhar o conteúdo da livre iniciativa associado diretamente à propriedade privada[18], açambarcando, deste modo, a liberdade de empresa[19], de lucro[20] e de contratar. Saliente-se, novamente, que este mesmo princípio é condicionado ao fim público expressamente destacado no *caput* do artigo supracitado (qual seja: a justiça social).

No intuito de que "os ditames da justiça social" sejam assegurados, para garantir a "todos existência digna", a Constituição estabelece diversas medidas destinadas a neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso de liberdade de iniciativa, no exercício da atividade privada.[21]

Neste sentido, MOREIRA NETO (1989) esclarece que:

> O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e da solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.[22]

Segundo anteriormente explicado, cumpre ao Estado[23] conciliar determinados setores do mercado nacional, valendo-se de política de efetivo planejamento, com vistas a assegurar o bem-estar coletivo, garantindo saúde, habitação, educação, alimentação, urbanização e solução para as questões fundiárias etc., também disciplinando, mediante o exercício do seu poder de polícia, os setores nos quais a atividade econômica, embora exercida pelos agentes privados em regime de competição, deva estar submetida a determinados controles para coibir-se abusos e/ou ineficiências em face da pessoa humana.

---

[18] Art. 170, II, da Constituição.
[19] Art. 170, parágrafo único, da Constituição.
[20] Art. 170, IV, da Constituição.
[21] Conforme o art. 173, § 4º, da Constituição: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".
[22] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Apec, 1989, p. 28.
[23] Por meio de seus 3 (três) Poderes.

A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com o fenômeno da privatização, atribui ao Estado poder crescente de regulamentação e fiscalização da atividade privada, antes por ele exercida. No Brasil, o programa de reforma do Estado decorre da incapacidade do setor público prosseguir como principal agente do desenvolvimento econômico, sendo imperiosa a necessidade do aprimoramento das funções reguladoras. A retirada do Estado da prestação direta da atividade econômica não significa redução do intervencionismo estatal. Ao contrário, faz-se necessária a criação de mecanismos desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não fique ao alvitre do interesse privado do empresário, cuja atuação muitas vezes não beneficia a coletividade.[24]

A DEFESA DA DIGNIDADE DO CONSUMIDOR

Como doutrina FARIA (1991):

> [...] tanto a liberdade de empresa, como de concorrência, não podem exercitar-se em prejuízo dos legítimos interesses econômicos da população. O art. 5º, XXXII da Constituição determina que o Estado promova a defesa dos consumidores e o art. 170, V, atribui a essa tutela nível de princípio da ordem econômica. É preciso então conciliar a proteção dos interesses dos consumidores com a liberdade de empresa e de concorrência.[25]

[24] Esclareça-se que este processo de substituição das formas de intervenção direta do Estado não é peculiaridade brasileira, mas se trata de mudança ideológica e de reclassificação do papel estatal nos demais países organizados de forma social democrata. Para RIBEIRO, "os séculos IX e XX têm sido os palcos do progresso do Estado providência e, talvez não coincidentemente, também espectadores de importantes crises nos planos social, econômico e internacional. Todavia, à medida que se fez mais desenvolvido, o Estado de bem-estar passou a exigir a aplicação de recursos cada vez mais significativos, acompanhando-se ainda do acréscimo da demanda de sua atuação. Chega-se, então, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, nos países organizados de forma social democrata, a desequilíbrios das balanças comerciais, desestabilização da moeda, aumento fiscal e de preços" (RIBEIRO, Marcia Carla. **Sociedade de economia mista e empresa privada:** estrutura e função. Curitiba: Juruá, 1999, p. 155/156).

[25] Transcrito por DIAS, Sérgio Novais. Empresa – abuso de poder econômico – proteção ao consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo, v. 84, p. 19-34, out/dez. 1991, p. 32.

A partir da definição de fornecedor prevista no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor[26], conclui-se que o legislador prima por uma responsabilidade que garanta a proteção de interesses difusos, da coletividade, porque as atividades ali descritas (que dizem respeito, não exaustivamente, ao fornecedor) decorrem, em geral, da circulação de riquezas por meio da produção em larga escala, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização ou prestação de serviços etc., fazeres todos inerentes ao amplo mercado de consumo atual, que muito difere daquele então regulado pelo Código Civil de 1916, subjetivo, individualista, que envolvia um consumidor específico, efetiva e não potencialmente lesado, e um comerciante.

Em verdade, esta larga tutela dos direitos do consumidor não poderia ter sido diferente: desde sempre um grande número dos usuários de bens e serviços disponíveis em mercado não era e não é, necessariamente, parte contratante[27], ou seja; não participava e não participa diretamente do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços. Há de levar-se em conta, também, que o direito à integridade física e moral de um consumidor, nesta Política Nacional de Relações de Consumo, é valor existencial, de difícil (para não dizer impossível) reparação.

Quanto seria necessário despender o empresário/fornecedor para reparar os prejuízos que ele tenha causado ou que pudesse causar a um número indeterminado de pessoas?[28]

Na verdade, a efetiva proteção à sociedade exige que o dano, seja qual for a sua natureza, não se realize.

Quando se tratando de acidente de consumo, esta prevenção é direito básico, essencial, do consumidor, nos termos do art. 6º, VI, do Código de Defesa do

[26] Art. 3º, *caput* - "Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

[27] Apenas para exemplificar a afirmação, independentemente de quem tenha adquirido o automóvel e firmado o contrato de compra e venda junto à concessionária, é justo imaginar que os demais usuários do veículo (outros membros da família, amigos, motorista, um transeunte etc.) sejam, também, considerados consumidores. Ocorre que esta garantia ou reconhecimento da extensão do conceito de consumidor sobreveio, apenas, com a edição da Lei nº 8078/90 – o Código de Defesa do Consumidor – que, em seu at. 17, amplia o seu campo de aplicação às vítimas do evento danoso e no seu art. 29 amplia às pessoas expostas às práticas pré-contratuais e contratuais ali disciplinadas.

[28] Conforme art. 2º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Neste mesmo sentido, também dispõe o inciso VII: “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

“Assim, da mesma forma, qualquer pessoa física ou jurídica que sofra danos em virtude de fato do produto ou do serviço, sem que possa se enquadrar na condição de usuário final ou adquirente final, está automaticamente equiparada a consumidor e, apta, portanto, para pleitear indenização com base na responsabilidade independente de culpa do fornecedor”.[29]

Já é de notório conhecimento que o empresário/fornecedor é responsabilizado pelo produto ou serviço que disponibiliza em m’ercado, se estes apresentarem defeito potencial ou real e causarem dano[30]. A circulação de produto defeituoso, do qual decorra ato prejudicial, é o que caracteriza o dever de reparar. Frise-se que o ressarcimento não encontra apoio legal na singela conduta deficiente de quem fornece o produto ou serviço mas na imperfeição produzida capaz de gerar prejuízo.

A noção de defeito do Código de Defesa do Consumidor tem estreita ligação com a idéia de segurança do produto e do serviço.

A partir destas observações preliminares, não há dúvida de que a eficiente proteção do consumidor, finalidade da Política Nacional de Relações de Consumo, somente é possível alcançar-se por meio da atuação preventiva do Poder Público, coibindo os abusos praticados em face do usuário de bens e serviços, reprimindo a publicidade enganosa e incentivando a atividade dos fornecedores cuja conduta é substancialmente ética e legal.

---

[29] *in* ALVIM, Arruda *et al.*. **Código do consumidor comentado.** 2ª ed.. São Paulo: RT, 1995, p. 50. Os doutrinadores acrescentam que por meio do art. 17, as empresas de revenda de produtos e aquelas de transformação industrial passariam a ser tuteladas pelo Código de Defesa do Consumidor, ainda que não enquadradas como *adquirentes ou usuárias finais de produto ou serviço* (p. 49).

[30] A denominada responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, tal como dispõe o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que esta meta de defesa do consumidor seja viável, é essencial estudar as bases da responsabilidade civil regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, esclarecendo a sua extensão e potência, inclusive como medida preventiva de segurança, pois o Poder Judiciário vem limitando os seus efeitos ao compreendê-la, equivocadamente, como aquela inerente às relações reguladas pelo Código Civil de 1916.

Reitera-se que o sistema de proteção do consumidor, estabelecido pela Lei nº 8078/90, é para a defesa de interesses difusos, da coletividade, por ser impossível delimitar quem seriam todas as pessoas sujeitas ao apelo publicitário ou às práticas abusivas tão freqüentes no mercado de consumo.

A jurisprudência nacional[31] faz notar que o provimento jurisdicional quando de pedidos de ação indenizatória está a tutelar, quando muito, os consumidores singulares e não os direitos difusos de uma coletividade[32], deixando a desejar até mesmo quando do julgamento de ação civil pública.[33]

É verdade que a Lei nº 8078/90 não impõe limites econômicos ou, melhor explicando, valores de alçada a subsidiar o magistrado no arbítrio da indenização a ser suportada pelo fornecedor responsabilizado. Todavia, é mister ter-se em mente que, além de reparar um dano de amplitude social[34], a condenação deve prevenir incidentes na medida em que a sua publicidade coibirá a prática desta mesma atividade pelos demais produtores e prestadores de serviços. O risco de desrespeitar os direitos básicos do consumidor seria, a depender da gravidade do ato e do conseqüente montante imposto a título de reparação de danos, inviabilizar a continuidade do próprio negócio.

Nem se diga que o pagamento da indenização por dano difuso, que se espera de acordo com os postulados do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, é incompatível com os princípios da livre iniciativa[35] e da livre concorrência que, tanto

---

[31] A título de exemplo, cita-se a Apelação Cível nº 191.866-1, TJ/SP, j. 17/06/93; Apelação Cível nº 596.126.037, TJ/RS, j. 22/08/96; Apelação Cível nº 133.395-7, TJ/PR, j. 13/04/04; e Apelação Cível nº 307.009-4, TJ/SP, j. 28/06/05.

[32] Aqueles previstos no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

[33] Cujos representantes legitimados estão arrolados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

[34] Independentemente do número de consumidores que compõe a lide.

[35] A livre iniciativa é o símbolo do Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, tem sua previsão no o *caput* do art. 170 e seu inciso IV, da Constituição.

quanto a defesa do consumidor, estão constitucionalmente tutelados como fundamento jurídico da Ordem Econômica.[36]

Cumpre ao Estado contemporâneo retornar às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial como saúde pública, segurança, educação e saneamento. Contudo, considerando a inegável relevância da atividade privada para a sociedade política, é também dever do Poder Público fiscalizar a atuação do fornecedor para compatibilizar a relação de consumo à almejada Ordem Econômica, de modo que os princípios arrolados no art. 170 da Constituição orientem-se, harmoniosamente, pela necessária valorização do ser humano, aos ditames da justiça social.

No campo específico da livre-concorrência, a par da ativação e modernização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que vem sendo empreendida ante a edição da Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994, parece ser imprescindível repensar os princípios da atuação intervencionista do Poder Público.

Sem poder inibitório, pode o CADE não cumprir sua função de intervir na Ordem Econômica para paralisar as formas do abuso do poder. Configuradas materialmente as infrações à Lei, isto é, se consumados tais fatos atentatórios à concorrência e ao interesse público, os efeitos danosos serão de difícil ou impossível reparação, ainda que haja intervenção ou a própria liquidação judicial - as penalidades administrativas tornar-se-ão inócuas ou absolutamente irrelevantes.

Da mesma forma, haveria de se ter em vista a concessão de uma eficiente capacidade inibitória ao PROCON, suficiente para coarctar os perigos representados para a Ordem Econômica por práticas em fase de consumação.

Em suma, seria imprescindível a transposição do conceito de poder cautelar, tão bem elaborado pela experiência processual, para os limites do Direito Administrativo, dito de polícia ou disciplinar, com a finalidade de suprimir as conseqüências do *periculum in mora* por meio de atuação preventiva, única forma, consoante já escrito, de efetivamente garantir a boa defesa da integralidade física e moral da sociedade.

Apesar dos quase 20 (vinte) anos de vigência da Constituição Federal e do ostensivo processo de redirecionamento da economia brasileira ao objetivo de justiça social e de existência digna ao ser humano, nota-se que a livre iniciativa, símbolo do

[36] Consoante art. 5º, XIII, da Constituição: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Estado liberal e dogma do modo de produção capitalista, ainda tem sido freqüentemente valorizada de forma equivocada e abusiva.

A satisfação dos princípios para a Ordem Econômica haverá de se traduzir na busca atenta e permanente da conciliação do interesse privado com o público; no atendimento aos reclamos da Economia nacional como um todo; na identificação da atividade empresarial com as reivindicações sociais; que a reorganização do Estado brasileiro seja pautada pela ética e boa-fé.

Por fim, uma vez que a livre iniciativa deve ser exercida pelos agentes econômicos atendendo-se ao disposto no art. 170 da Constituição, sendo que dentre tais parâmetros destaca-se a necessária observância da função social da propriedade (inciso III), é de se lembrar que os agentes econômicos (fornecedores) são constituídos, como regra, pela via contratual (contrato social, estatuto, etc.), razão pela qual a própria existência do fornecedor pessoa jurídica deve atender à sua função social e, conseqüentemente, estar comprometida com a responsabilidade socioambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda *et al.*. **Código do consumidor comentado**. 2ª ed.. São Paulo: RT, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Crise econômica e direito constitucional. **Revista Trimestral de Direito Público,** São Paulo, v. 6, p. 32-63, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e *et al*. **O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. **Código Civil**. 12ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Código Comercial.** 12ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal.** 38ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Código do consumidor – aspectos constitucionais. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 666, p. 58-72, abril. 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo, v. 15/16, ano XIII, 1974, p. 89/105.

_____. A proteção do consumidor na constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo, v. 80, p. 66-75, out/dez. 1990.

_____. Função social dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo, v. 63, p. 71-79, jul/set. 1986.

DIAS, Sérgio Novais. Empresa – abuso de poder econômico – proteção ao consumidor. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,** São Paulo, v. 84, p. 19-34, out/dez. 1991.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo.** 2ª ed.. Curitiba: Juruá, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARJAT, Gérard. A noção de direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 19, p. 25-67, jul/set. 1996.

FÉDER, João. **Estado sem poder.** São Paulo: Max Limonad, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito *et al*.. **O código civil e sua interdisciplinaridade:** os reflexos do código civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 1992.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 16ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Apec, 1989.

NALIN, Paulo. **Do contrato:** conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2ª ed.. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor,** nº 3, Set/Dez – 1992, p. 44-77.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **A teoria contratual e o código de defesa do consumidor.** São Paulo: RT, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla. **Sociedade de economia mista e empresa privada:** estrutura e função. Curitiba: Juruá, 1999, p. 155/156

A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA A PARTIR DA PESSOA DO CONSUMIDOR

Viviane Coêlho de Séllos Gondim*

RESUMO

O tema da política nacional das relações de consumo e o problema da responsabilização do fornecedor pelos produtos que oferece no mercado são revestidos de relevância jurídica. Está em voga, posto que vem renovando sua concepção privatística e recebendo grande atenção da comunidade jurídica em razão da valorização da dignidade da pessoa humana.
Isto porque a sociedade contemporânea vem sofrendo incontrolável "difusão de danos" decorrentes do uso de "produtos defeituosos". Resultado da industrialização e produção em massa. Afinal, quem nunca adquiriiu produto ou serviço que não tenha correspondido às suas expectativas? Quem nunca foi mal atendido por algum fornecedor de produto ou serviço? Quem nunca se sentiu lesado como consumidor?
Por isto é que países mais desenvolvidos que o nosso, ao atingir o grau de industrialização que temos hoje, regularam as relações de consumo a partir da criação de leis extravagantes disciplinadoras do tema. Assim, nossa doutrina inspiradora encontra-se no direito estrangeiro, em especial com a Diretiva 374/75 da Comunidade Econômica Européia, com a qual nosso sistema guarda semelhanças, sem esquivar-se dos acordes à nossa realidade.

PALAVRAS-CHAVE: RELAÇÕES DE CONSUMO, POLÍTICAS PÚBLICAS, DIGNIDADE HUMANA.

ABSTRACT

The theme of the national policy for the consumption policies and the problem of considering the supplier responsible for the products offered to market are covered with juridical relevance. It is in evidence, since it is renewing its private conception and receiving great attention of the juridical community, due to the valorization of the human dignity.
This occurs because the contemporaneous society has been suffering an uncontrollable "diffusion of damages" caused by the use of "defective products". This is a result of the

*Doutora em Direito do Estado – Direito Constitucional pela PUC/SP,Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Professora Universitária em Graduação e Pós-Graduação, Consultora Jurídica. Pesquisadora Científica **Membro da Rede Nacional de Direitos Humanos**, Membro do Tribunal de Ética da OAB/ São Paulo.

industrialization and mass production. Who has never purchased a product or service that did not fulfill all the expectations? Who was never victim of a bad service? Who has never felt injured as a consumer?
For these reason, in countries more developed than ours, as they reached the industrialization degree we have now, the consumption relations were regulated by creation of extravagant laws which aimed to discipline the theme. Therefore our inspiring doctrine is found in foreign right systems, especially the Directive 374/75 of the European Community, with which our system has some similarity, without avoiding the characteristics of our reality.

KEYWORDS: CONSUMPTION RELATIONS, PUBLIC POLICIES, HUMAN DIGNITY

INTRODUÇÃO

A questão que neste momento nos propomos a estudar, representa uma análise do novo conceito jurídico do "velho tema da responsabilidade civil extracontratual",[1] no Brasil inovado através da promulgação Código de Proteção e Defesa do Consumidor[2], peculiaridade do Direito Brasileiro, já que mesmo os países de primeiro mundo não adotam o sistema de codificação.[3]

O CDC veio criar "uma situação especial e de exceção perante alguns princípios tradicionais, enquanto estabeleceu um tratamento novo para situações já reguladas",[4] buscando selecionar questões como aquelas que acabamos de propor.

É que com o advento da lei específica, foi introduzida considerável mudança nas relações de consumo, já que o "direito privado das obrigações passou a ser disciplinado por três grandes regimes jurídicos: o civil, o comercial e a tutela do consumidor",[5] os quais, completamente opostos e incompatíveis entre si.[6]

Assim , devemos esquecer dos "princípios individualísticos do século passado" para solucionar as questões referentes às relações de consumo, nas quais se faz obrigatória a presença de dois sujeitos: o consumidor e o fornecedor.[7]

No que tange à responsabilidade civil, foram alteradas as regras para garantir ao consumidor, eficaz proteção contra vícios e defeitos em produtos e serviços que possa adquirir.[8]

Assim, o Código trata do assunto particularmente, distinguindo a responsabilidade em dois modos:[9]

a) pelo *fato* do produto e do serviço – que resulta ou pode resultar em danos aos consumidores, caracterizando os acidentes de consumo (art. 12 e ss.);

b) pelo *vício* do produto e do serviço – referentes à qualidade ou quantidade dos bens e serviços (art. 18 e ss.).

1. A Política Nacional das Relações de Consumo

Até o início da década de noventa carecíamos de legislação específica para tratar dos problemas que acompanharam nosso desenvolvimento econômico, industrial e comercial, os quais se propagaram com a difusão das chamadas *relações de consumo*,[10] o que aconteceu após a edição do CDC, dando cumprimento aos arts. 5º, XXXII e 170, V, da CF/88, além do art. 48 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Em um país democrático e em desenvolvimento, imprescindível a implantação de um sistema jurídico de proteção ao consumidor. É o que nos diz Rosário Ferrara: *Non è ingiustificato quindi affermare Che il problema della protezione giuridica dei consumatori è, probabilmente, uno dei nodi giordiani delle società contemporanee a democrazia liberale, allá cui soluzione se connettono (anche) i tentativi di organizare e di estire il consenso sociale nel quadro di uma moderna democrazia industriale.*[11]

Para o jurista português Carlos Ferreira de Almeida, consumeirismo é, dentre outras hipótese, "o crescimento em espiral da procura e oferta de bens de consumo, nas sociedades industrializadas, mas também naquelas que estão em desenvolvimento, *para satisfação de necessidades nem sempre reais ou corretamente hierarquizadas* (fenômeno que se costuma designar pela expressão de "sociedade de consumo").[12]

Segundo o ensinamento e exemplo dos juristas de países mais adiantados (tanto no plano econômico quanto jurídico), o constituinte brasileiro veio, em 1988, elencar dentre os princípios gerais da atividade econômica, a defesa do consumidor.

Isso constitui em avanço jurídico e social nacionais e acarretou posteriormente o advento do Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor, para a prevenção e eficaz solução dos problemas inerentes às relações de consumo, dando cumprimento ao art. 48 das Disposições Transitórias da CF/88.

Em decorrência às circunstâncias, o Código se apresenta como sistema protetivo, trazendo obrigações apenas aos fornecedores de produtores e/ou serviços, incluindo o Estado, tanto como fornecedor, quanto em relação ao dever de facilitar e promover a defesa do consumidor.

Em dissertação de mestrado pela PUC/SP, hoje obra nacionalmente conhecida, James J. Marins de Souza defendeu que "há que haver compreensão por todas as camadas sociais da real necessidade de um sistema eficazmente protetivo."[13] Concordamos com tal pensar, pois, *Los derechos de los consumidores son uma consecuencia direta de la reivindicaión de uma igualdad real, del reconocimiento del derecho a la participación de todos los ciudadanos y del modelo del Estado social del Derecho.*[14]

Em sua tese, James Souza assinala que "A defesa do consumidor aparece no texto constitucional, entre os *direitos e deveres individuais e coletivos*, com a prescrição de que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (art. 5º, XXXII), estando também elevada, a defesa do consumidor, à categoria de "princípio geral da atividade econômica" (art. 170, V), estando justaposta com princípios basilares para o modelo político-econômico brasileiro, como a da soberania, da propriedade privada, da livre concorrência e outros".[15]

Em consonância com os artigos constitucionais supracitados e ainda com o art. 48 das Disposições Transitórias da CF/88, o CDC estabelece, de acordo com seu art. 1º, "normas de proteção e defesa do consumidor, *de ordem pública e interesse social*. Assim, fala-se hoje não mais apenas em ordem pública econômica, como também em "ordem pública de proteção aos consumidores".[16]

Afinal, a "adaptação dos países menos desenvolvidos aos conceitos de consumo e proteção ao consumidor, já habilmente forjados nos mercados americano e europeu, é

condição inarredável para que se caminhe no sentido da integração dos mercados internacionais."[17]

2. Princípios Regedores da Política Nacional das Relações de Consumo

A política Nacional das Relações de Consumo é regida por uma série de princípios, insertos nos incisos I a VI do art. 4º do CDC, com o objetivo de atender às "necessidades dos consumidores, em respeito à sua dignidade, saúde e segurança, à proteção de seus interesses econômicos, à melhoria da sua qualidade de vida, bem como à transparência e harmonia das relações de consumo".

É o que podemos constatar ao fazer a leitura desse texto de lei trazido a plano:

" Art. 4º.A política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:[18]

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de a proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da CF), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV – educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V – incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI – coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII – estudo constante das modificações do mercado de consumo."

Tais princípios constituem-se em número de seis, quais são:

2.1 Princípio da vulnerabilidade – tem importância basilar para o nosso sistema consumeirista, pois o Código emana desse princípio, sendo que "a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos."[19] O que vai acarretar a necessidade de correção jurídica para minimizar a disparidade entre os sujeitos (consumidor e fornecedor) nas relações de consumo, dentro do princípio constitucional da isonomia, tratando os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.[20]

Arruda Alvim em obra conjunta, estabelece ser este princípio, informador e basilar de todo o sistema consumeirista, dado o fato de ensejar "um movimento de polícia jurídica colimando correção jurídica que minimize a disparidade evidenciada no grosso das relações de consumo.

A vulnerbilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico, não admitindo pova em contrário, por não se tratar de mera presunção legal. É a vulnerabilidade, qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de consumidor-pessoa jurídica ou consumidor-pessoa física".[21]

A fim de permitir ao leitor a visualização prática da importância deste princípio, vejamos a decisão unânime proferida pelo STJ em Recurso Especial:

"Código de Defesa do Consumidor". Foro de eleição. Cláusula considerada abusiva. Conclusão extraída da análise dos fatos (enunciado n. 7 da sum/STJ). Recurso inacolhido.

I – A cláusula de eleição do foro inserida em contrato de adesão somente não prevalece se "abusiva", o que se verifica quando constatado: a) que, no momento da celebração, parte aderente não dispunha de intelecção suficiente para compreender o sentido e os efeitos da estipulação contratual; b) que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) que se trata de contrato de obrigatória adesão, assim considerado o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.

II – Entendimento que se afigura aplicável mesmo quando em causa relação de consumo regida pela Lei n. 8.078/90.

III – Recurso não conhecido." (STJ – 3ª Turma – RESP n. 160193/SP, Rel. Mm. Waldemar Zveiter, j. 4.8.1998, v.u.)

2.2 ***Princípio do dever governamental*** – fixador do atual modelo intervencionista do Estado, demonstra a insuficiência dos particulares para resolver pendências nas relações de consumo, sendo observado sob dois aspectos a seguir descritos:

a) Como "modelo de intervencionismo estatal", para corrigir as distorções do "mercado de consumo", de acordo com o art. 4º, II, VI e VII;

b) Como "prestador de serviços", dado o dever de o Estado otimizar os serviços públicos , promovendo sua racionalização e melhoria, conforme o art. 4º, VIII.

Neste sentido é adequada a análise da decisão unânime do STJ em recurso especial sobre tributação de serviço público. Veja-se:

"Tributário. Serviço de Fornecimento de Água. Taxa. Natureza Tributária."

1. O serviço de fornecimento de água e esgoto é cobrado do usuário pela entidade fornecedora como sendo taxa, quando tem compulsoriedade.

2. Trata-se no caso em exame, de serviço público concedido, de natureza compulsória, visando atender necessidades coletivas ou públicas.

3. Não tem amparo jurídico a tese de que a diferença entre a taxa e preço público decorre da natureza de relação estabelecida entre o consumidor ou usuário e a entidade

prestadora ou fornecedora do bem do serviço, pelo que, se a entidade que presta o serviço é de direito público, o valor cobrado caracterizar-se-ia como taxa, por ser a relação entre ambos de direito público; ao contrário, sendo o prestador do serviço público pessoa jurídica de direito privado, o valor cobrado é preço público/tarifa.

4. Prevalência no ordenamento jurídico das conclusões do X Simpósio Nacional de Direito Tributário, no sentido de que "a natureza jurídica da remuneração decorre da essência da atividade realizadora, não sendo afetada pela existência da concessão. O concessionário recebe remuneração da mesma natureza daquela que o Poder Concedente receberia, se prestasse diretamente o serviço". (RF, julho a setembro/1987, ano 1897, v.299, p. 40).

5. O art. 11, da Lei n. 2.312, de 3.9.1994 (Código Nacional de Saúde) determina: "É obrigatória a ligação de toda construção considerada habitável à rede de canalização de esgoto, cujo afluente terá destino fixado pela autoridade competente."

6. "No Município de Santo André/SP, as Leis Municipais ns. 1.174/29.11.1956 e 2.742/21.3.1966 obrigam que todos os prédios se liguem à rede coletora de esgotos, dispondo, ainda, que os prédios situados em locais servidos de rede de distribuição de água devem a ela ser ligados obrigatoriamente" (Memorial apresentado pela recorrente).

7. Obrigatoriedade do serviço de água e esgoto. Atividade pública (serviço) essencial posta à disposição da coletividade para o seu bem estar e proteção à saúde, no Município de Santo André/SP.

8. "A remuneração dos serviços de água e esgoto normalmente feita por taxa, em face da obrigatoriedade da ligação domiciliar à rede pública" (Helly Lopes Meirelles, in *Direito Municipal Brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: RT, 1977, p. 492).

9. "Se a ordem jurídica obriga a utilização de determinado serviço, não permitindo o atendimento da respectiva necessidade por outro meio, então é justo que a remuneração correspondente, cobrada pelo Poder Público, sofra as limitações próprias de tributo". (Hugo de Brito Machado, "in" Regime Tributário da Venda de Água, *Rev. Juríd. Da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual/ Minas Gerais,* nº 5, p. 11).

10. Adoção da tese, na situação específica examinada, de que a contribuição pelo fornecimento de água é taxa. Aplicação da prescrição tributária, em face da ocorrência de mais de cinco anos do início da data em que o deferido tributo podia ser exigido.

11. Recurso especial provido". (STJ - 1ª Turma – RESP n. 167489/SP, Rel. Mm.: Ministro José Delgado, j. 2.6.1998, v.u.).

2.3 ***Princípio da garantia de adequação*** – implica em que produtos e serviços devem atender adequadamente às necessidades dos consumidores em segurança e qualidade, respeitando sua saúde, segurança, dignidade e interesses econômicos,[22] viabilizando a concretização dos princípios regedores da nossa ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição Federal.

Conforme exorta José Geraldo Brito Filomeno,[23] "é preciso acabar-se com a máxima "produto tipo exortação", ou seja, dando a entender – e o que resulta em última análise verdadeiro – que o consumidor brasileiro pode perfeitamente suportar produtos e serviços de qualidade inferior ao contrário de similares remetidos ao exterior." Para tanto porém, o aspecto social da educação pública faz-se essencial, poi, apenas uma população devidamente informada, terá condições de exigir a qualidade devida nos produtos e serviços dos quais se utiliza.

Este princípio é relativo não apenas à adequação de produtos ao que se destinam, como também de serviços, os quais devem atender exatamente às expectativas geradas pelo fornecedor ao consumidor. É como a idéia de segurança ao se contratar um serviço de seguro, ou a de pensionista e seus dependentes receberem atendimento médico-hospitalar pela Previdência Social, ou ainda de que um automóvel atenda às expectativas do consumidor.

Conheçam-se decisões a respeito:

1) "Seguro. Automóvel. Furto. Perda total do bem. Indenização. Valor ajustado no contrato. Quitação passada pelo devedor. Fundamento não impugnado.

A despeito de firmada a quitação pelo segurado, não se tem como exaurido o seu direito ao ressarcimento em face de norma inserta no Código de Defesa do Consumidor, invocada pela decisão recorrida e não impugnada no RESP.

Tratando-se de perda total do veículo, é devida na integralidade a quantia ajustada na apólice (art. 1.462 do CC), independentemente de seu valor médio vigente no mercado. Precedente da Quarta Turma.

Recurso especial conhecido, em parte, e desprovido." (STJ - 4ª Turma – RESP n. 162915/MG, Rel. Mm. Barros Monteiro, j. 2.6.1998, v. u.).

2) "Honorários médicos.

Paciente dependente de segurado da previdência social orgânica faz jus a atendimento médico-hospitalar gratuito em estabelecimento e por profissional credenciado, desde que aceite internação em habitação classificada como enfermaria.

Somente poderão ser cobradas diferenças de preços de serviços hospitalares e de honorários profissionais se o paciente aceitar mudança de classe de internação, optando por habitação privativa.

Promissória emitida por crédito de honorários médicos inexigíveis porque gratuita deveria ser a prestação do serviço. Título desprovido de causa. Embargos acolhidos. Sentença reformada.

Decisão: Dado provimento. Unânime. (TAC/RS – APC n. 189084734, Rel. Ivo Gabriel da Cunha, j. 18.10.1989, v. u.).

3) "Consumidor – Veículo automotor – Defeito de fabricação – Caracterização – Automóvel de luxo que, mesmo após a atuação do fabricante, continuou a apresentar superaquecimento interno, obrigando o comprador a utilizá-lo sem desfrutar do padrão mínimo de conforto esperável para a espécie – Responsabilidade do fabricante pela reparação do vício, sujeitando-o a substituir o veículo por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso – Inteligência do art. 18, § 1°, I, da Lei n. 8.078/90.

Se a atuação do fabricante foi insuficiente para suprir o defeito de fabricação verificado em veículo automotor, obrigando o consumidor a utilizá-lo sem desfrutar do padrão mínimo de conforto esperável para um automóvel de luxo, impõe-se reconhecer a responsabilidade do primeiro pela reparação do problema, sujeitando-o a substituir o veículo por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso, conforme rezao art. 18, § 1°, I, do CDC."

(Ap n. 782.484-2 - 3ª Câm. – j. 21.9.1999, Rel. Juiz Antonio Rigolin)

2.4 ***Princípio da boa-fé*** – referido no inciso III do art. 4° do CDC, dita que fornecedor e consumidor devem "respeitar um conjunto de deveres reconduzidos num

prisma juspositivo e numa ótica histórico-cultural, a uma regra de atuação de boa-fé",[24] resultando na transparência e harmonia (art. 4° *caput*) – das relações de consumo.

Antonio Junqueira de Azevedo em relatório brasileiro a respeito do tema, feito em 1992 para as *Jourrnées Louisianaises*, da Association Henri Capitant, sintetizou que "o princípio da boa-fé, quer no seu aspecto subjetivo, quer no objetivo de regra de comportamento, te, na formação dos contratos, grande aplicação na *vida prática* do povo brasileiro; uma verificação sociológica mostraria facilmente que as expressões "boa-fé" e "má-fé" são as mais usadas quando alguém comenta com outrem um negócio feito. No campo jurídico, porém, deixando de lado a questão da má-fé que, no fundo, diz respeito à boa-fé subjetiva, cumpre há disposição expressa no direito brasileiro sobre a formação contratual (nem mesmo sobre execução contratual). Novas leis, especialmente a Constituição da República (1988) e o Código de Proteção do Consumidor (1990), revelam, todavia, um aumento do número de disposições que se referem explicitamente à boa-fé objetiva."[25]

Vários casos envolvendo questionamentos sobre atos cometidos por má-fé em relações de consumo já foram levados a nossos tribunais, tal qual o exemplo de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, a seguir:

"Agravo Regimental. Recurso Especial não admitido. Compromisso de compra e venda. Restituição das parcelas pagas. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

1. Não se justifica a produção de outras provas, vez que o Tribunal *a quo* objetivou impedir o enriquecimento ilícito da empresa ao determinar a devolução de 80% das parcelas pagas pelo adquirente do imóvel, observando-se, assim, os preceitos do Código de Defesa do Consumidor e em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte. Cerceamento de defesa não caracterizado.

2. Agravo Regimental improvido." (STJ - 3ª Turma – AGA n. 177869/SP, Rel. Mm. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.9.1998, v. u.).

2.5 ***Princípio da informação ou transparência*** – este demonstra a preocupação do legislador com que o consumidor seja informado e educado para exercer seus direitos, fazendo com que se torne eficaz e completa a vigência do CDC.[26]

De acordo com as ponderações de Alberto do Amaral Júnior, "o art. 30 do Código de Defesa do Consumidor determina que: "Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com redação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga a fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado." Esta regra constitui decorrência lógica de três princípios previstos pelo Código: o princípio da transparência, que se encontra no art. 4º, *caput*, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, consagrado pelo inciso I do art. 4º, e o princípio da boa-fé, art. 4º, III.

Segundo o princípio da transparência, o consumidor deve possuir informações precisas e claras sobre os produtos e serviços existentes no mercado. O fornecedor, em conseqüência, tem o dever de informar os consumidores sobre os bens que estes venham a adquirir.

Assim concebido, o princípio da transparência vincula-se a um dos principais postulados da economia clássica, qual seja, o de que o funcionamento eficiente do mercado depende das informações que os agentes econômicos dispuseram sobre os bens trocados. Trata-se da transposição para o mundo econômico da noção de visibilidade de poder que acompanhou o nascimento do Estado constitucional no final do século XVIII e início do século XIX.

No mercado de capitais, desde há muito, a previsão legislativa do *full disclosure* significou a imposição do dever de informar em relação aos acontecimentos que possam influir em seu funcionamento. Daí a proibição do uso de informações reservadas, *insider trading*, cujo resultado acarretaria a distorção dos mecanismos de mercado.

No âmbito da proteção ao consumidor, os diversos países europeus e os EUA, a partir das décadas de 60 e 70, reconheceram o direito à informação como elemento central para a melhoria das relações de consumo. O art. 6º, III do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que os consumidores têm direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, preços, bem como todos os riscos que apresentam.

O direito à informação não se limita à fase pré-contratual abrangendo o conteúdo das relações contratuais. Os contratos para o consumo devem ser redigidos de forma clara sob pena de não vincularem os consumidores (art. 46). Já os contratos por adesão serão redigidos com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a sua compreensão pelo consumidor (art. 54, § 3º).

Com a mudança na forma de comunicação entre os agentes econômicos, surgida com o desenvolvimento da publicidade moderna, foi preciso não apenas impor a divulgação de informação, como também reelaborar os esquemas tradicionais da oferta ao público. Para concretizar tal objetivo, o legislador brasileiro decidiu atribuir caráter vinculante a toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada pelo fornecedor".[27]

A inspiração neste princípio permitiu ao Superior Tribunal de Justiça, subsídios para decidir, por unanimidade, caso concreto. Vejamos:

"RHC – Crime Contra o Consumidor – art. 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/90. Denúncia que corrige a anterior, julgada inepta, descrevendo mais claramente a ação delituosa e juntando a publicidade que teria induzido a vítima a erro.

1. A nova denúncia, descrevendo, agora, de forma adequada, a atividade reputada como criminosa, anexando-se, inclusive, a publicidade que teria contribuído para o erro do consumidor, corrige a falha detectada anteriormente por meio de um "writ", estando apta a ensejar a correspondente ação penal.

2. Recurso improvido." (STJ - 6ª Turma - RHC n. 7531/SP, Re. Mm. Anselmo Santiago, j. 20.10.1998).

2.6 Princípio do acesso à justiça - ainda que não expresso diretamente pelo art. 4º do CDC, dada a necessidade de facilitar o acesso à justiça e agilizar o curso processual das demandas propostas, a Lei criou meios de desobstruir tais caminhos prevendo o tratamento coletivo de pretensões individuais e a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Conforme os registros de Arruda Alvim, a "necessidade de conferir efetividade ao processo e facilitação do acesso à justiça exigiu que se fortalecesse a posição do consumidor, retirando-o da condição de postulante de direito atomizado, pulverizado,

para inseri-lo em um contexto mais amplo, com a criação de mecanismos de ordem processual que realmente representassem a desobstrução do acesso à Justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução."

Podemos visualizar que os tribunais vem sendo unânimes na facilitação do acesso ao judiciário aos consumidores. Vejam-se os casos:

a) "Processual Civil. Ação Civil Pública. Direitos e interesses individuais homogêneos. Ministério Público. Legitimidade. Recurso especial.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual.

3. Recurso conhecido e provido." (STJ - 5ª Turma - RESP n. 95347/SE, Rel. Ministro Edson Vidigal j. 24.11.1998, v. u.).

b) "Mandado de Segurança. Ministério público. Mensalidades escolares. Requisição de informes a estabelecimento de ensino destinados a instruir procedimento de investigação preliminar. Interesse coletivo. Legitimidade de parte.

O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública na defesa de interesses coletivos de comunidade de pais e alunos, sendo-lhes permitido, por conseguinte, requisitar informações aos estabelecimentos de ensino destinadas a instruir procedimento de investigação preliminar.

Recurso especial conhecido e provido." (STJ - 4ª Turma - RESP n. 168881/DF, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 21.5.1998, v. u.).

Note-se que a "criação de instrumentos processuais adequados para a proteção do consumidor, atinge dois diferentes planos de incidência. O primeiro quanto à possibilidades que cria para a efetivação da proteção do consumidor em juízo, contribuindo para que se possa concretamente extrair resultado das demandas relativas ao direito de consumo. O segundo plano de incidência, decorre não do uso destes

mecanismos em juízo, mas de sua simples potencialidade de uso, e diz respeito à necessidade de se criar uma nova "mentalidade" que nos afaste de paternalismo do Estado e nos traga para uma sociedade mais consciente e participativa."[28]

Desta forma, "O legislador do CDC, lançou mão de técnica legislativa consistente em, inicialmente, elencar princípios e direitos básicos a serem tutelados, com posterior detalhamento quanto à forma de execução da proteção e da defesa."[29]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ressaltar que o objeto de nosso estudo é o fato do produto, resultado de vícios de qualidade ou informação dos bens de consumo, bem como defeitos de produção, que possam atingir danosamente ao consumidor direito ou a terceiros (*bystanders*) vítimas do dano (art. 17), pois os fornecedores de serviços, o CDC trata diferenciadamente, obrigando-nos a estudar o tema em trabalho próprio.[30]

Para caracterizarmos a ocorrência ou iminência do fato do produto (ou serviço), e conseqüentemente responsabilizarmos o seu fornecedor, imprescindível a presença de três pressupostos básicos, os quais serão neste momento mencionados e mais adiante abordados:

a) o fato ou defeito do produto,
b) o dano emergente ou iminente(*eventus damni),*
c) o nexo causal ou relação de causalidade entre o defeito e o evento danoso.

Requisitos os quais vão caracterizar a Teoria da Responsabilidade Objetiva, alicerce do instituto em questão e que prega a responsabilização do fornecedor pelo fato do produto (ou serviço), pelo simples motivo de tê-lo colocado no mercado, independentemente de culpa ou dolo na existência de vícios ou defeitos nos bens oferecidos ou comercializados.[31]

É sabido que o Direito Civil tradicional cuidava do assunto da responsabilidade, mas, como dissemos, "tornou-se insuficiente para uma estrutura na qual as relações entre as pessoas foram substituídas por aquelas de consumo em massa".[32]

Por tratar-se de novidade jurídica, ainda há muito o que se doutrinar sobre o assunto, de acordo com a sua evolução jurisprudencial e as dúvidas que por certo advirão com a sua aplicabilidade, dada a polêmica que a Constituição Federal de 1988 causou em nosso sistema jurídico tradicional, objetivando proteger o consumidor, o qual de acordo com o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, é "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".[33]

Veja-se se que para Paulo Luiz Neto Lobo, 'dá-se a relação de consumo quando coisas ou serviços são fornecidos ao consumidor por quem exerce atividade econômico-jurídica permanente, o fornecedor. Atividade é um complexo de atos teleologicamente orientados, tendo continuidade e duração dirigidos a um fim. A atividade deve sempre tender a um resultado, constituindo um comportamento orientado." [34]

Desse modo, realçando os contornos legais do instituto, buscando o seu verdadeiro sentido como norma jurídica e desenvolvendo estudo específico e sistemático sobre os problemas que o envolvem, procuramos objetivamente discutir as soluções cabíveis aos questionamentos suscitados pela doutrina e pela jurisprudência.

---

[1] James J. Marins Souza, *Responsabilidade Civil Extracontratual do Fornecedor pelo fato do produto*, dissertação, Pontífica Universidade Católica de São Paulo, 1992, p.II.

[2] Cabe observar que o conceito jurídico de consumidor está previsto no art. 2º do CDC, o qual dispõe: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único – Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo."

[3] Nelson Nery Júnior, "Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, 3/46. São Paulo: Ed. RT.

[4] Vera Helena de Mello Franco, *O Executivo e o novo Código do Consumidor: as conseqüências para a empresa brasileira*. São Paulo: Maltese, 1991, p.29.

[5] Fábio Ulhôa Coelho, "A compra e venda os empresários e o Código do Consumidor", in *Revista de Direito do Consumidor*, 3/37. São Paulo: Ed. RT.

[6] Nelson Nery Júnior, op. Cit., p.49.

[7] Zelmo Denari, *Códio Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrni Grinover *et all*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp.84/5.

[8] Veja-se o que diz o próprio CDC em seu art. 1º: "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, ncso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias."

[9] Vera Helena de Mello Franco, op. Cit., p. 30.

[10] Observe-se que Maria Antonieta Zanardo Donato, em sua obra *Proteção ao Consumidor, Conceito e Extensão.* São Paulo: Ed. RT, 1994, pp.69 e 70, ressalta que: "O Código de Defesa do Consumidor não nos oferece o conceito de relação de consumo. Fornece-nos, o legislador pátrio, o conceito de consumidor, de fornecedor, de produtos e serviços, ou seja, os elementos necessários para compor-se a relação de consumo.

Devemos, pois, a partir da conjugação desses elementos, obter o significado e a extensão da relação de consumo que, em síntese, é próprio objeto de regulamentação do Código de Defesa do Consumidor.
Podemos, valendo-nos dos elementos conjugativos da relação jurídica de direito privado, obter o conceito da relação jurídica de consumo.
Assim, segundo Emilio Betti, a relação jurídica de direito privado caracteriza-se pela relação que o direito objetivo estabelece entre duas pessoas, conferindo a uma delas um poder e impondo à outra um vinculo correspondente.
Nessa mesma esteira de elementos podemos dizer que a relação jurídica de consumo, genericamente, caracterizar-se-á como a relação que o direito do consumidor estabelece entre o consumidor e o fornecedor, conferindo ao primeiro um poder e ao segundo um vínculo correspondente, tendo como objeto um produto ou um serviço."

[11] Rosario Ferrara, *Contributo allo studio della Tutella del Consumatore.* Milão: Giuffrè Editore, 1983, p.10.

[12] Carlos Ferreira de Almeida, *Os Direitos dos Consumidores.* Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 29.

[13] James J. Marins de Souza, op. Cit., p.22.

[14] Maria Teresa Q. Gonçalves, "La Proteción de los consumidores "y usudrios y la Constitución española de 1978", Madri, 1986, *apud* Parra Luccan, *Daños por productos y protección del consumidor.* Barcelona: Bosch Editor, 1990, p. 20, n. 3.

[15] James J. Martins de Souza, op. Cit., p. 21.

[16] Nelson Nery Júnior, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto,* Ada Pellegrini Grinover *et alli.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, pp.84/5.

[17] James J. Martins de Souza, op. Cit., p. 30.

[18] Comporta refletirmos a respeito do fundamental papel dos princípios para a existência de um sistema jurídico. A principiologia prevista no Código de Defesa do Consumidor, estabelece limites para a sua própria interpretação, norteando as suas regras.
Os princípios como tais, são os pilares do microsistema criado pelo CDC, exercendo função básica como padrão tecnológico do sistema, ao estabelecer as linhas mestras que movimentam o todo.
Isto porque, necessária a compreensão do sentido integrado das leis, já que a lei não existe para si mas sim para viger no ordenamento jurídico. Neste sentido, Eduardo Garcia Enterria in *Reflexiones sobre la ley e los princípios generles del derecho,* Cuadernos Civitas, 1986, pp. 28/29 e 34/35, aduz sobre a importância dos princípios para existência de um sistema jurídico, como se propõe a ser o Código de Defesa do Consumidor. Vejamos:
"O substrato da construção positiva desapareceu com eles. Não só a consciência jurídica geral (que é algo que necessariamente está na mesma base da ordem jurídica), se tem nisto forçada a postular uma justiça extralegal, e incluem freqüentemente contra, ademais o simples serviço técnico de integração de algumas leis elaboradas em tais condições dentro do sistema geral do que a ordem exige. Rigorosamente, com uma impersonalidade muito mais enérgica do que se poderia dar em relação aos velhos códigos unitários e sistematizados, uma apelação constante aos princípios gerais do direito. A superioridade do Direito Romano sobre outro dos grandes legisladores lembrados, como que os juristas fossem os primeiros que começaram na jurisprudência segundo princípios o qual se tem acreditado na sua formação pois com a superioridade e certeza, frente à qualquer código perfeito e guardado de todos os que à história nos apresenta".

[19] Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, in *Comentário ao Código de Proteção ao Consumidor,* coordenação de Juarez de Oliveira. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991, pp. 224/5.

[20] Nelson Nery Júnior, op. Cit., p.53.

[21] Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, *Código do Consumidor Comentado,* in Biblioteca de Direito do Consumidor, Diretor: Antonio Herman V. Benjamin, 2ª ed., ver. Ampl. São Paulo: Ed. RT, 1995, pp.44 e 45.

[22] Ada Pellegrini Grinover *et alli*, op. Cit., p. 9.

[23] José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de direitos do consumidor,* 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991, p. 43, salientando ainda que no mesmo sentido o governo federal no início da década de 90 implementou o *Programa Nacional de Qualidade e Produtividade,* adotando a norma internacional NB 19000, conhecida como ISSO 9000, exigida a partir de 1993 pela Comunidade Européia como essencial para a aceitação da entrada e comercialização de produtos em sua circunscrição. Mas, ao mesmo tempo Filomeno adverte que "não é só o mercado externo que deveria preocupar as empresas, uma vez que, quem estiver operando em

conformidade com os critérios da NB 19000 poderá evitar problemas legais, que podem ocorrer a partir da vigência da Lei n. 8.078/90 que institui o Código de Defesa do Consumidor."

[24] James J. Marins Souza, op. cit., p. 40, n. 54.

[25] Antonio Junqueira de Azevedo, *A boa –fé na Formação dos Contratos*, in Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 3. São Paulo: Ed. RT, setembro/dezembro 1992, pp. 85 e 86.

[26] Ada Pellegrini Grinover *et alli*, op. cit., pp. 497/8.

[27] Alberto do Amaral Júnior, *O Princípio da Vinculação da Mensagem Publicitária*, in Direito do Consumidor, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 14. São Paulo: Ed. RT, abril/junho 1995, pp. 45 e 46.

[28] Arruda Alvim *et alli*, op. cit., p. 50.

[29] James J. Marins Souza, op. cit., p. 49.

[30] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre fruição e riscos.

§ 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apura mediante a verificação de culpa.

[31] Nelson Nery Júnior, op. cit., pp. 3/56.

[32] Vera Helena de Mello Franco, in op. cit. São Paulo: Maltese, 1991, p.30.

[33] Art. 2º do CDC: "toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

[34] Paulo Luiz Neto Lôbo, *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas.* São Paulo, 1991, p. 58.

O EMPRESÁRIO E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR: AS PRÁTICAS COMERCIAIS E A PROTEÇÃO CONTRATUAL

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves[*]

Clarice Helena de Miranda Coimbra[**]

Francisco Serrano Martins[***]

Luiz Cláudio Carvalho de Almeida[****]

Luiza Queiroz Sanz[*****]

Sara Simonato Tosato[******]

RESUMO

Trata das relações do empresário com os consumidores no que tange as práticas comerciais e a proteção contratual previstas no Código de Defesa do Consumidor. Analisam-se temas como a responsabilidade pré-contratual, a força obrigatória da oferta, a publicidade e a vinculação da mensagem dirigida ao consumidor, as práticas comerciais abusivas, a cobrança de dívidas e os cadastros e bancos de dados de consumo, bem como a proteção contratual nos contratos de consumo.

PALAVRAS-CHAVES: EMPRESA. CONSUMIDOR. PRÁTICAS COMERCIAIS.

RÉSUMÉ

Il s´agit d´un exposé sur les rapports de l´entrepreneur vis-à-vis les consommateurs. L´étude est fondé sur les pratiques commerciales et la protection contractuelle des consommateurs réglées au Code de la Consommation brésilien (Loi 90-8078). Ils sont analysés des thèmes comme la responsabilité précontractuelle, la force obligatoire de l´offre, l´attachement de la publicité en face du consommateur, les pratiques commerciales interdites par la loi, le recouvrement des dettes et les fichiers de consommation, aussi bien que la protection contractuelle du consommateur.

MOT-CLÉS: ENTREPRISE. CONSOMMATEUR. PRATIQUES COMMERCIALES.

[*] Professor do Mestrado da FDC. Líder do Grupo "O Empresário e os Direitos do Consumidor".

[**] Mestranda em Direito /FDC. Professora da Universidade Veiga de Almeida. Advogada.

[***] Mestrando em Direito/FDC. Especialista em Direito Civil/PUC-MG. Advogado. Prof. do UNESC.

[****] Mestre em Direito/FDC. Professor da FDC (graduação e especialização). Promotor de Justiça.

[*****] Mestranda em Direito/FDC. Advogada.

[******] Mestranda em Direito/FDC. Profª de Direito do Consumidor na FACASTELO/ES. Advogada.

INTRODUÇÃO

Empresário e consumidor. Interesses opostos? Incompatíveis? Ao contrário do que se pensa ou do que a prática muitas vezes revela, a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) preconizam a harmonia e a inter-relação entre ambos. A primeira elenca dentre os princípios norteadores da atividade econômica a defesa do consumidor (art. 170, V) e o segundo dispõe sobre direitos e deveres das partes na relação de consumo, buscando o equilíbrio e a justiça contratual.

De fato, o consumidor necessita para seu uso e gozo dos produtos e serviços postos em circulação, ao passo que a clientela do empresário é um dos atributos da empresa e por esta razão deve ser cativada e respeitada. Vai de longe o pensamento tradicional de que o consumidor era apenas um meio do empresário auferir lucro rápido e, muitas vezes, das formas mais inescrupulosas e fraudulentas, tudo em observância às "práticas de mercado" e da liberdade de iniciativa, por vezes deturpada e com viés emulativo. Consumava-se a iniqüidade e o abuso do direito, até mesmo com supedâneo na liberdade contratual e na máxima do individualismo *pacta sunt servanda*.

Hodiernamente, é preciso rever comportamentos e atitudes conservadoras perante o consumidor, antes durante e após a contratação, sob pena de o fornecedor perder posição no mercado diante de concorrentes mais preparados para os desafios da livre iniciativa e que compreenderam e aplicam os cânones da novel legislação.

Sem embargo, é imperiosa a atuação do legislador, do aplicador do direito e da sociedade para assegurar a efetividade dos princípios constitucionais e promover o desenvolvimento econômico baseado na justiça social e na realização dos objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal, em especial o desenvolvimento nacional (inciso II), na medida em que um mercado de consumo justo e equilibrado favorece condições à geração de empregos, aumento da arrecadação de tributos e contribuições e do fluxo de capitais.

O cerne deste trabalho é analisar a tutela dos direitos do consumidor e seus reflexos no exercício da empresa. Para tanto, destacou-se para perscrutação os Capítulos V (Das Práticas Comerciais) e VI (Da Proteção Contratual) do CDC, pois são aqueles que têm relação direta com o titular da empresa, na condição de fornecedor. Embora o conceito de fornecedor, insculpido no art. 3º do diploma legal, englobe também os profissionais autônomos, as pessoas jurídicas de direito público, de direito privado (não caracterizadas como sociedade empresárias) e os grupos não personificados, são os

fornecedores empresários aqueles que preponderam nas relações de consumo e, por isso mesmo, ganham importância nos casos concretos apreciados pelos Tribunais.

1. A OFERTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O empresário ao atuar no mundo dos negócios realiza dois tipos de atividade: a produção e a comercialização - produzir em grande escala e por em circulação os bens de consumo. O Código de Defesa do Consumidor dispõe de um Capítulo que disciplina as práticas comerciais visando somente à comercialização do que é produzido, ou seja, o CDC regulamenta o produto ou o serviço que é posto à disposição do consumidor desde a fase pré-negocial até a fase pós-negocial[1].

Diante das constantes evoluções tecnológicas que imprimem novas práticas comerciais aos empresários (v.g. a contratação à distância e no meio virtual), a proteção da autonomia privada fica cada vez mais evidenciada. Várias são as opções que o mercado apresenta, tão complexas e sutis que é inviável para o consumidor compreendê-las e decidir livremente em relação a estas.

O CDC prevê em seu art. 6°, inciso III, o direito básico do consumidor à informação; ademais a lei contém outras normas[2] mais minuciosas sobre este direito[3]. Almeja-se com isto proporcionar ao consumidor segurança nas relações negociais para que a informação passe a ser não só um poder, mas também um dever[4]. Dentre as normas relacionadas ao direito à informação destaca-se a do art. 31.

O art. 31 inseriu o dever do fornecedor de prestar informações corretas. Tal dever chama atenção para dois momentos: o da informação que precedeu a celebração do contrato e o da informação que é transmitida no momento da formalização do ato de

[1] Para António da Rocha Menezes Cordeiro, "a fase das negociações se estende desde a primeira abordagem entre as partes, com o fito de contratar, até a emissão da proposta contratual." In *Direito das obrigações*. Lisboa: Assoc. Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, reimp. 1999, p. 437.

[2] Cabe mencionar o dever de informar do empresário fabricante sobre o perigo real ou potencial do seu produto (art. 9º), sob pena de ser considerado civilmente responsável, de forma objetiva, pela falta de informação (art. 12). Com o mesmo desiderato, a norma do art. 14 estabelece que o fornecedor deve ser responsabilizado pela insuficiência ou inadequação da informação prestada ao consumidor.

[3] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123, nota 148.

[4] SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 64.

consumo, ou seja, no instante da contratação[5]. É na informação de natureza pré-contratual que o consumidor é induzido ou não para adquirir certo produto ou serviço.

Segundo Récio Eduardo Cappelari, a responsabilidade pré-contratual

> decorrente de informações enganosas ocorre quando a representação preventiva do conteúdo do futuro contrato não for mais possível correspondente à realidade, ou seja, quando existir qualquer forma de enganosidade na informação prestada, seja intencional ou fruto de desconhecimento da outra parte sobre os caracteres do produto ou serviço objeto do contrato, de maneira que lese ou possa vir a lesar os interesses do futuro contratante[6].

Mesmo com as inovações trazidas pelo CDC, o consumidor que se sentir lesado por ter feito uma má escolha, ou até mesmo sido induzido a erro, pode sempre buscar a reparação civil para eventuais danos que o marketing publicitário (oferta ou informação) lhe causar, conforme dispõe o art. 35.

É importante ressaltar que os artigos 30, 31, 36 e 37 cuidam, respectivamente, da vinculação da publicidade, precisão de suas informações e proibição de publicidades ilícitas. É normal hodiernamente na aquisição de produtos e serviços que informações prestadas pelos fornecedores sejam o instrumento mais importante de persuasão do consumidor.

A prática da oferta ou da mensagem publicitária abusivas dá ensejo, na esfera civil, à indenização aos consumidores afetados, decorrente do princípio da vinculação da oferta. Desta feita, tendo o anunciante se esquivado em observar o art. 31, será responsabilizado, acarretando-lhe o cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta ou publicidade veiculada. Alternativamente, o consumidor poderá aceitar outro produto ou serviço equivalente ao prometido ou ofertado, ou ainda a rescisão do contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos[7]. Ademais, é importante frisar que em se tratando de

---

[5] CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*: aplicabilidade ao Direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 49.

[6] Ibidem, p. 50.

[7] No sentido do texto, cf. decisão da Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementada: DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. SOLIDARIEDADE PASSIVA. OFERTA DE VEÍCULO USADO. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO E DE QUANTIA EMPRESTADA. VENDA DO VEÍCULO A OUTRA PESSOA ANTES DA ASSINATURA DO CONTRATO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. Tendo em vista que a oferta suficientemente clara e precisa obriga o fornecedor que a fizer veicular, o descumprimento da mesma verificado com a venda do veículo prometido a terceiro gera o dever de indenizar, nos termos do que dispõe o art. 35, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso parcialmente provido. (Recurso Cível nº 71000919480, relator: Ricardo Torres Hermann, julgado em 31/08/2006).

veiculação de oferta ou publicidade enganosa, a inversão do ônus da prova é obrigatória, conforme preceitua o art. 38.

Vale ressaltar que a oferta declarada pelo marketing publicitário desperta o interesse do consumidor na hora de escolher um produto ou serviço. Portanto, em regra, é inescusável a alegação por parte dos fornecedores de possível erro na veiculação da publicidade, como forma de eximir-se de sua responsabilidade, uma vez que os deveres decorrentes da boa-fé objetiva incidem em todas as fases contratuais.

2. O EMPRESÁRIO E A PUBLICIDADE

Uma das facetas fundamentais em que a atividade empresarial se apresenta relevante diz respeito ao cumprimento pelo empresário do dever de informação ao consumidor, exposto no capítulo anterior.

A contratação típica das sociedades de massa impede longas tratativas e subverte a livre manifestação de vontade do consumidor, por vezes submetido ao contrato sem o prévio e necessário esclarecimento quanto às conseqüências de seu ato, situação comumente verificada nos contratos de adesão.

Faz-se imperioso registrar que a forma de contratação massificada apresenta-se hoje como irreversível condição para a sobrevivência do empresário no mercado.

Caso não se alcance o percentual de vendas necessário ao pagamento dos custos cada vez mais altos de manutenção da atividade (aí incluídos encargos tributários, previdenciários e trabalhistas), a sobrevivência da própria empresa se torna ameaçada.

Deve ser lembrado ainda que a publicidade se insere como veículo eficaz de divulgação da marca, do produto ou do serviço, mas em contrapartida exige resultados significativos, até mesmo para justificar o investimento em marketing.

Nesse particular vislumbra-se um fenômeno de retro-alimentação em que o empresário onera-se com gastos em publicidade cada vez mais altos, mas dela depende para gerar receita em níveis igualmente altos que compensem os investimentos.

E diante dessa necessidade de presença permanente no dia-a-dia do consumidor surgem as normas que atribuem ao informe publicitário força obrigacional, não só como limitadoras da atividade empresarial como também garantidoras do direito da parte vulnerável.

Consoante dispõe o art. 30 do CDC, a oferta suficientemente clara vincula o fornecedor que a fizer veicular e integra o contrato que vier a ser celebrado. Nesse ponto

necessário se faz esclarecer que não se confundem os conceitos de oferta e de publicidade, sendo aquela bem mais ampla que esta.

Enquanto a publicidade se traduz numa forma organizada profissionalmente e sistematizada estrategicamente para divulgação de produtos e serviços, a oferta constitui o complexo de informações a respeito do produto e das condições de contratação que devem ser repassadas ao consumidor. Na oferta existe a obrigação de esgotar a informação, o que não acontece com a publicidade, que sob tal aspecto pode ser vista como uma forma de oferta, *rectius*, uma parte dela.

O enfoque que ora se destaca refere-se à publicidade e suas conseqüências para a relação contratual consumerista almejada.

Notadamente, no plano empírico, verifica-se que as práticas comerciais consagradas pela história permanecem muitas vezes alheias aos preceitos protetivos do Código de Defesa do Consumidor. Isto porque não é raro perceber, sobretudo nos informes publicitários televisivos, a adoção de técnicas cujo objetivo é, sem grandes rodeios, iludir o consumidor, passando uma falsa imagem dos termos da contratação, de modo a convencê-lo a procurar o fornecedor sem a devida informação acerca do que trata o produto ou o serviço.

Não se nega que a publicidade possui dois elementos fundamentais: um informativo e outro persuasivo, sendo este último consubstanciado na intenção de convencer o consumidor a optar por um fornecedor em detrimento de outro, por motivos nem sempre calcados em critérios racionais.

Porém, a publicidade por possuir tal característica não isenta o empresário do compromisso de veicular informações claras e verdadeiras a respeito do serviço ou produto cuja divulgação se propõe, sob pena de incorrer em enganosidade, expressamente vedada pela Lei nº 8.078/90 (art. 37, §§ 1º e 3º), que sujeitam os infratores a sanções inclusive de natureza penal (art. 67 da Lei nº 8.078/90 e art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90).

A despeito de tal previsão legal, não é incomum presenciar informes publicitários cujo escopo é funcionar com uma espécie de chamariz (ou seria mais apropriado dizer armadilha?) para o consumidor de modo a lhe criar uma falsa expectativa sobre o produto ou serviço que o leva a contratar. Apenas por ocasião da execução do contrato é que há a percepção do engodo, quando então já enredado em situação jurídica complexa prefere o consumidor conformar-se a enfrentar desgastante batalha judicial.

Nesse sentido, apresentam-se como marcadores de tais condutas certas práticas comuns no mercado como, por exemplo, o *lettering*, que consiste na inserção de informes escritos no curso da veiculação publicitária, informes estes que muitas vezes contradizem o teor das imagens.

A utilização desse subterfúgio tem o claro objetivo de gerar cláusula restritiva de direitos dos consumidores, como sói acontecer nas hipóteses de mensagens com letras diminutas que se fazem acompanhar de asteriscos remissivos nos quais se lêem advertências quanto à possibilidade de alteração ou restrição do que parece ser a contratação diante das imagens veiculadas.

A toda evidência que tais práticas possuem conteúdo notadamente abusivo e demandam do fornecedor o cuidado de não lesar o direito o consumidor.

Note-se que o empresário não é obrigado a se valer da publicidade televisiva como único meio de informar. Na verdade, a publicidade sequer necessita de teor informativo, podendo limitar-se a criar uma curiosidade no consumidor a ser satisfeita perante o contato pessoal com o fornecedor. Nesta ocasião, este último deve se desincumbir do dever de informar sobre as características do produto ou serviço, condições de contratação e riscos que os mesmos apresentem, prestando de forma verídica todos os dados ao consumidor.

Nesse sentido, a inserção de caracteres diminutos e por tempo insuficiente à leitura ou contraditórios em relação ao contexto da publicidade pode ser inócuo aos fins visados pelo empresário. Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor mostra-se coerente ao exigir do fornecedor os mesmos parâmetros que norteiam, por exemplo, a contratação via contrato de adesão (vide art. 54, § 4º).

Como qualquer informação suficientemente clara integrará o contrato a ser celebrado, a imprecisão ou contradição entre imagens e texto escrito deverá ser sempre interpretada em favor do consumidor, por força do que estipula o art. 47.

É nesse contexto que a atividade empresarial, nos exatos limites da função social que a Constituição Federal lhe impõe como meta, deve zelar pela efetividade dos direitos do consumidor.

3. DAS PRÁTICAS ABUSIVAS

O CDC preocupou-se com as práticas comerciais abusivas, instituto este decorrente do uso irregular pelos empresários dos direitos subjetivos. Os direitos

subjetivos ganharam força "a partir do Código Civil de Napoleão, pelo qual o exercício de um direito era protegido em toda e qualquer hipótese, ainda que dele decorressem conseqüências funestas para a sociedade"[8]. O que antes foi considerado um avanço tornou-se uma inconveniência à nova realidade sócio-econômica, passando assim a ser objeto de lei.

As práticas comerciais abusivas nas relações de consumo são caracterizadas pelo exercício irregular e em desconformidade com os padrões da boa-fé objetiva, ou seja, é o excesso no exercício de um direito capaz de causar dano ao consumidor.

O empresário apesar de ter o direito de vender seu produto ou serviço não pode condicionar essa venda a outro produto ou serviço, uma vez que estaria violando o preceito do inciso I do art. 39, qual seja a operação ou venda casada, considerada uma forma de abuso e excesso no exercício de seu direito.

Ultrapassada está a divergência quanto a taxatividade do rol de práticas abusivas trazido pelo art. 39 após a entrada em vigor da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, cujo art. 87 determinou a alteração da redação do art. 39 do CDC para incluir a expressão "dentre outras" ao *caput*, demonstrando se tratar de *numerus apertus* o referido rol[9]. Sem embargo, é possível verificar que a abusividade da conduta do empresário está presente também em outras passagens do Código[10].

Ainda que o *caput* do art. 39 não sofresse a referida alteração, o art. 6º já prevê a proteção do consumidor contra práticas abusivas[11]. Tal proteção é uma tentativa de impor a ética às relações entre consumidor e o empresário fornecedor de produtos e serviços. Essa ética impõe ao empresário que atue no mercado de consumo respeitando os direitos do consumidor e dos empresários concorrentes, nos termos dos princípios que regem a atividade econômica (art. 170, incisos IV e V da Constituição Federal).

A boa-fé objetiva, como parâmetro de honestidade e lealdade que se espera entre as partes envolvidas na relação de consumo, colabora para a verificação das práticas

---

[8] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 159.

[9] Outras práticas abusivas foram introduzidas ao Código de Defesa do Consumidor pelas Leis nº 8.884/98 e 9.008/95; pela Medida Provisória nº 550/94, convertida na Lei nº 9.870/99. Leis como a nº 1.521/51 conhecida como a Lei dos crimes contra a economia popular, e a Lei Delegada nº 4/62 já dispunham de alguns atos indevidos dos fornecedores no mercado de consumo.

[10] Citem-se, a guisa de ilustração, os arts. 51 (cláusulas abusivas), 37, § 2º (publicidade abusiva) e 42 (cobrança abusiva de dívidas).

[11] "Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; [...]."

abusivas. Além de ser um princípio e uma cláusula geral tem poder de interpretação contratual e de limitar o exercício de direitos subjetivos que possuam caráter lesivo.

O empresário que realiza práticas abusivas poderá incidir em até três esferas de responsabilidade, cada uma com sanções peculiares.

Na esfera civil poderá ser obrigado a indenizar danos materiais e morais causados ao consumidor (art. 6º, inciso VI). Outras sanções de caráter civil também podem ser utilizadas: ocorrendo repasse de informação depreciativa o consumidor pode pleitear a abstenção desta prática, inclusive de forma preventiva (art. 39, inciso VII); havendo remessa não solicitada de produto pode o consumidor dele fazer uso sem ter de arcar com qualquer ônus (art. 39, inciso III e parágrafo único). As práticas abusivas podem ainda culminar em infrações administrativas e penais, aquelas sancionadas com multas, interdições, cassação de licenças, entre outros (arts. 56 a 60); e estas incidem nos tipos penais descritos entre os arts. 63 a 75 e na Lei de crimes contra economia popular (Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951).

O CDC possui a visão pró-consumidor por entender que este é sempre a parte vulnerável da relação jurídica pelo fato do fornecedor ser o detentor dos meios de produção. A vedação às práticas que lesem o consumidor tem fundamento nos princípios da proporcionalidade, eqüidade, boa-fé, e nos princípios gerais da ordem econômica, como a função social da propriedade e, por dedução, da empresa.

Apesar de o legislador ter se preocupado com os efeitos negativos das práticas abusivas sobre o consumidor e seus direitos básicos, estas ações podem importar prejuízo também ao empresário fornecedor de produtos e serviços. Não raras vezes é possível perceber consumidores litigantes de má-fé, valendo-se do princípio da interpretação a favor do consumidor para exceder no exercício de alguns direitos. Por isso é que a verificação do abuso do direito, no caso concreto, é fundamental para o equilíbrio de toda e qualquer relação jurídica, seja de consumo ou empresarial.

4. DA COBRANÇA DE DÍVIDAS E DOS CADASTROS E BANCOS DE DADOS DE CONSUMO

Grandes questionamentos surgem para o empresário quando se trata da cobrança extrajudicial de dívidas provenientes das relações de consumo. O consumidor muitas vezes envolvido pelas práticas de mercado, principalmente pelas ofertas de crédito

facilitado, acaba-se por descontrolar suas despesas e se tornar inadimplente nas obrigações assumidas junto ao empresário fornecedor de produtos ou serviços.

Nesse sentido, há que se conciliar as normas de proteção do consumidor com o direito subjetivo do empresário em cobrar as dívidas vencidas de seu devedor. A cobrança de dívida é atividade corriqueira e inerente ao credor, pois aquele que assume uma obrigação deverá satisfazê-la e o seu descumprimento importará em inadimplência, ficando sujeito aos termos do art. 389 do Código Civil. O direito de o credor cobrar seu crédito é garantia constitucional insculpida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição, com fundamento na proteção da propriedade privada.

Assim, a conduta do empresário em proceder à cobrança dos consumidores inadimplentes constitui um exercício regular de seu direito, sendo atividade perfeitamente lícita nos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil. Contudo, tal exercício deverá obedecer a certos parâmetros legais, sob pena de incorrer em abuso do seu direito, conforme prevê o art. 187 do Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece uma tutela do consumidor não apenas *antes* ou *durante*, mas também *após* a formação relação de consumo. Em relação à tutela póstuma, têm relevo as disposições sobre a cobrança de dívidas e aos cadastros de consumidores.

O empresário deverá observar a norma do art. 42 para a cobrança de dívidas, bem como o art. 71, ambos do CDC, que devem ser analisados conjuntamente. A norma consumerista, sob influência do *National Consumer Act*[12], não proíbe a atividade de cobrança de dívidas, mas apenas limita certas práticas abusivas cujo fundamento se sustenta na vulnerabilidade do consumidor (art.4º, inciso I, CDC), na preservação de sua dignidade (art.1º, inciso III, Constituição Federal; e art. 4º, *caput*, CDC), na sua privacidade (art. 5º, inciso X, CF) e na manutenção da harmonia entre o consumidor e o fornecedor nas relações de consumo (art. 4º, *caput* e inciso III, CDC).

A normativa do art. 42 traz uma proibição absoluta de certas práticas abusivas na cobrança de dívidas, visto que os artifícios utilizados pelos credores ou por pessoas por ele encarregadas da cobrança são os mais distintos possíveis, expondo o consumidor ao vexame, humilhação e ao ridículo, interferindo no seu ambiente de trabalho e no

[12] O *National Consumer Act* foi o projeto de lei norte-americano que instituiu a lei de proteção do consumidor, promulgada em 1977, mais conhecida como *Fair Debt Collection Practices Act.*

momento de lazer. A questão se agrava quando se trata de consumidor de baixa renda e a cobrança abusiva reduz tal pessoa ao estado de miséria, afetando a sua mantença e de sua família.

Destarte, o empresário ao exercer seu direito de cobrança deverá observar certos limites, abstendo-se de submeter o consumidor inadimplente a situações vexatórias ou de interferir em sua vida pessoal ou profissional, não se utilizando de ameaça, coação, constrangimento, afirmações falsas, incorretas ou enganosas. O excesso praticado pelo empresário importa em abuso do direito e faz presunção *juris et de jure* de prejuízo moral ao consumidor. Ademais, fica o lesante sujeito a responsabilidade pelos danos materiais que der causa, com fulcro no art. 6º, inciso VI, do CDC e no art. 927, *caput*, do Código Civil, além de responder penalmente nos termos do art. 71 do CDC.

No que se refere à ameaça ou constrangimento, a norma consumerista tem uma amplitude maior que a estabelecida pelo Código Penal no art. 147, pois qualquer ameaça seja patrimonial ou moral desprovida de fundamentos justificáveis é repudiada pelo CDC.

Ressalte-se que simples advertência do empresário de que irá cobrar judicialmente a dívida não enseja nenhuma violação legal, pois a lei não pode excluir da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV da CF). Não se pode considerar coação a ameaça do exercício normal do direito do empresário, ou mesmo o simples temor reverencial, pois o ato de cobrança sempre importará em um desconforto para o consumidor[13]. Do mesmo modo, o apontamento pelo credor ou seu mandatário de título ou documento de dívida a protesto é um ato lícito e regular, autorizado pela Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, a fim de comprovar a inadimplência e o descumprimento da obrigação pelo devedor.

Estabelece, ainda, o parágrafo único do art. 42 que se o consumidor for cobrado em quantia já paga, terá direito à repetição do indébito em dobro, solução idêntica à prevista no art. 940 do Código Civil. O *quantum* da sanção há de ser apurado sobre o

[13] Nesse sentido julgou a Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Recurso Cível nº 71001087519, relator João Pedro Cavalli Junior, julgado em 29/03/2007, publicado no Diário da Justiça de 13/04/2007, assim ementado: DANO MORAL. COBRANÇA DE DÍVIDA. ALEGAÇÃO DE HUMILHAÇÃO E CONSTRANGIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. DANO MORAL INOCORRENTE. Não havendo prova capaz de ensejar a condenação do demandado, não há abrigo para a compensação por dano moral, pelo constrangimento ou ameaça, já que atuou o réu, ao cobrar a dívida, nos limites do exercício normal de um direito, plenamente acolhido pelo art. 153 do CC. Negaram provimento. Unânime.

que foi pago em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, e não necessariamente sobre toda a dívida. Para incorrer em tal cominação legal basta que o empresário tenha cobrado e recebido quantia já paga, mesmo que esta cobrança tenha se dado extrajudicial ou judicialmente, pois o termo "cobrança" comporta estas duas modalidades[14].

O empresário escusa-se de incorrer na sanção legal se houver engano justificável, o que se relaciona a situações que excluam o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano imposto ao consumidor, como, por exemplo, o caso fortuito ou força maior[15]. Sublinhe-se que mesmo o empresário ressarcindo em dobro a quantia indevidamente paga não fica elidida sua responsabilidade de indenizar por eventuais dados materiais ou morais que causar ao consumidor.

Os cadastros de consumidores, incluídos os bancos de dados, surgiram e se aperfeiçoaram com o próprio desenvolvimento e amadurecimento do comércio, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Os arquivos de informações, que originariamente se restringiam a cada empresário e ao seu estabelecimento empresarial, em face do desenvolvimento de novas tecnologias, expandiram-se e modernizaram-se diante da necessidade de uma maior proteção ao crédito.

Os arquivos de consumos notadamente os bancos de dados e os cadastros de consumo representam um papel preponderante na atual economia de sociedade de massa e no dinamismo das relações comerciais. A possibilidade de o empresário conhecer e ter informações de seu cliente proporciona maior agilidade, segurança e confiança na concessão do crédito[16]. As negociações tornaram-se mais rápidas e o comércio mais dinâmico devido às facilidades na obtenção de crédito[17].

A necessidade de proteção ao crédito fez surgir no Brasil algumas entidades destinadas à coleta e manutenção de arquivos pessoais, dentre as quais se destacam o

[14] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Op. cit., p.546.
[15] Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.051.
[16] BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Proteção ao Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.31.
[17] O crédito está diretamente relacionado ao grau de conhecimento e informações que se tem de alguém. Considera Rubens Requião que "o crédito importa um ato de fé, de confiança, do credor. Daí a origem etimológica da palavra – *creditum, credere.*" (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p.318).

Serviço de Proteção ao Crédito (SPC)[18], a SERASA (Centralização de Serviços de Bancos S/A), o Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos (CCF), de responsabilidade do Banco Central, e o Cadastro Informativo de Crédito não Quitados do Setor Público Federal (CADIN). Pode-se citar também os arquivos de protesto de títulos, como se infere do art. 29 da Lei nº 9.492/1997.

Esses bancos de danos e cadastros de consumidores, ainda que mantidos por entidades privadas, são considerados de caráter público. Assim, qualquer arquivo relacionado às relações de consumo mesmo que restrito ao estabelecimento do empresário deve ser revelado ao consumidor, conforme estabelece o § 4º do art. 43 do CDC. A justificativa de tal prescrição está contida no *caput* do citado artigo, pois o consumidor poderá consultar as informações sobre ele existentes nesses arquivos, independente de qualquer medida judicial. Desse modo, a lei proporciona ao consumidor o acesso a dados sobre si em poder do empresário e o direito potestativo de exigir a solução de eventuais inexatidões ou incorreções neles contidas (art.43, § 3º).

Não obstante os aspectos positivos contidos no CDC, o consumidor se apresenta extremamente vulnerável quanto à coleta e a prestação de informações inidôneas sobre sua pessoa. Pelo próprio caráter invasor de privacidade dos arquivos de consumo há a necessidade de maior controle, devido às práticas abusivas atentatórias à dignidade e ofensivas à honra e à privacidade do consumidor.

A manutenção de cadastros ou arquivos de informações de consumidores parece conflitar com o direito à privacidade, que proíbe a divulgação de sua individualidade a uma coletividade de pessoas, ainda que determinadas. Tanto a honra quanto a privacidade são direitos personalíssimos constitucionalmente protegidos (art. 5º, inciso X). A questão se torna mais sensível quando se trata da manutenção de informações sobre o consumidor, mesmo que positivas, e nas vendas a qualquer pessoa de cadastros[19] visível por meio das *malas diretas* e anúncios veiculados na imprensa.

Tal controvérsia foi superada por decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 1998, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de

[18] O SPC é mantido pelas Câmaras de Dirigentes Lojistas e Associações Comerciais (CDL). É unificado em âmbito nacional pelo SPC Brasil, que auxilia na tomada de decisão para a concessão de crédito, centralizado num único Banco de Dados, prestando informações às empresas associadas às CDL's em todo o território nacional. Possui atualmente 112 milhões de cadastros de pessoas físicas e 14 milhões de cadastros de pessoas jurídicas (dados obtidos na página eletrônica da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas. SPC. Disponível em: http://www.cndl.org.br/. Acesso em 09 de maio de 2007).

[19] O § 2º do art. 43 obriga a comunicação ao consumidor da abertura de arquivos quando não solicitado.

Inconstitucionalidade nº 1790/DF[20], onde se concluiu que a garantia da privacidade deve se harmonizar com a existência dos bancos de dados pessoais, sendo estes realidade já conhecida pela Constituição Federal ao prever a garantia do *habeas data* no art. 5º, inciso LXXII, alínea "a". Portanto, a inclusão indevida do nome do consumidor nesses arquivos sujeita os empresários e as entidades mantenedoras de tais arquivos a responsabilidade por eventuais danos morais ou materiais, na forma do art. 5º, inciso X, da CF e do art. 6º, inciso VI, do CDC. A reparação dos danos materiais exige a efetiva comprovação dos prejuízos, contudo os morais resultam *ex re ipsa,* independente de comprovação dos efetivos prejuízos[21].

5. CONTRATOS DE CONSUMO

As transformações ocorridas no século XX, especialmente no período posterior às grandes guerras mundiais[22], conferiram novo paradigma ao contrato, que não mais se prestaria apenas a implementar a vontade individual e sim seria instrumento de realização social.

O CDC criou um microssistema para regulamentar as relações de consumo, entendidas como as relações contratuais entre o consumidor e o fornecedor de bens ou serviços, onde há, provavelmente, um desequilíbrio entre os contratantes.

Seguindo o exemplo do CDC, que já conferia novos princípios à relação contratual com a finalidade de reequilibrar as relações de consumo, o Código Civil de 2002, em conexão com a Constituição Federal e os princípios constitucionais, passou a intervir diretamente no conteúdo material dos contratos, em especial através das modernas diretrizes contratuais da *boa-fé objetiva* e da *eqüidade*.

Entre as normas, princípios e cláusulas gerais hábeis a proteger o contratante mais fraco, a Lei nº 8.078/90 prestigiou o real desígnio do contratante, ou seja, a manifestação de vontade emitida pelo consumidor deve ser *livre*, *informada* e *legítima*,

---

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1790/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 23/04/1998, publicado no Diário da Justiça de 08/09/2000, p. 04.

[21] A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que "o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, não havendo necessidade da prova do prejuízo, desde que comprovado o evento danoso" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 768.153 / SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 25/09/2006, publicado no Diário da Justiça de 09/10/2006, p. 292).

[22] Após as grandes guerras houve um grande aumento populacional e, conseqüentemente, uma massificação dos negócios jurídicos e dos contratos de adesão.

como revela a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferida no Recurso Especial nº 45.930/RS[23].

O CDC, em consonância com a função a que se destina, conferiu diversas obrigações ao fornecedor, dentre elas encontra-se o *dever de transparência*, positivado no art. 4º, *caput*, que consiste no dever de informar ao consumidor com clareza e honestidade a respeito das características do objeto da relação contratual e essencialmente sobre o conteúdo do contrato. A *mens lege* é que o consumidor não adquira um produto indesejado ou inadequado, ou até mesmo para não ficar vinculado a uma obrigação que não possua meios de adimplir.

Essas informações podem estar contidas na oferta ou no próprio texto do contrato e este, segundo o art. 46, deve ser redigido de forma clara e precisa pelo fornecedor, sob pena de livrar o consumidor de uma obrigação perfeitamente acordada.

Outra regra a ser seguida pelos empresários é a boa-fé objetiva, que teve sua estréia no Código Civil francês de 1804[24] (art. 1.134) e desenvolveu-se como é concebida hodiernamente no Direito germânico[25]. Entretanto, tal princípio de direito contratual foi introduzido no ordenamento pátrio apenas em 1990 pelo Código de Defesa do Consumidor[26], como forma de harmonizar os interesses entre as partes nas relações de consumo.

Ao incorporar essa cláusula geral, o CDC buscou trazer, além da ética e de um contrato sem abusos, a *honestidade* e a *confiança* entre os contratantes. Uma vez que

---

[23] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 45.930/RS, relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 14/06/1994, publicado no Diário da Justiça de 05/09/1994, p. 2310. Destaque-se o seguinte trecho da ementa: a "outorga de mandato pelo mutuário a pessoa integrante do grupo mutuante ou a ele próprio, em regra, não tem validade, face ao manifesto conflito de interesses, a sujeição do ato ao arbítrio de uma das partes e a afetação da vontade. II- O princípio, assim consubstanciado no verbete 60-STJ e revigorado pelo legislador que, com a vigência do Código do Consumidor**,** passou a coibir clausulas, cuja pactuação importe no cerceio da *livre manifestação da vontade do consumidor*". (grifamos)

[24] Código Civil francês, art. 1.134: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. [...] *Elles doivent être exécutées de bonne foi*." (grifamos)

[25] Judith Hofmeister Martins Costa leciona que o Código Civil germânico deu início à concepção objetiva da boa-fé em seu § 242 – "O devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé [...]" (A incidência do principio boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. n. 4. p.140-72. out./dez. 1992). Em 1996, o Código Civil português também incluiu o princípio no direito obrigacional em vários artigos, mas em especial no art. 762, 2ª alínea – "No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé". O Código Civil italiano trata a boa-fé como cláusula geral – "Art. 1.374. Execução de boa-fé – O contrato deve ser executado segundo a boa-fé".

[26] Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros apregoa que no Direito brasileiro o marco decisivo em matéria de boa-fé objetiva é o CDC, que a consagra expressamente e a vincula, também de forma explícita, aos princípios constitucionais informadores da ordem econômica (NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 189).

essa regra é *conditio sine qua non* de realização da justiça e representa a plena lisura dos negócios jurídicos, sua violação significa afronta à norma e, sobretudo, à moralidade, devendo ser declarado ilícito todo ou parte do objeto que com ela conflite[27].

O princípio em comento, por tratar-se do lastro que reequilibra as forças na relação de consumo, deve reger não somente a relação pré-contratual, mas permear toda a execução do contrato e alcançar seus últimos efeitos.

Cumpre examinar, ainda que de forma sucinta, um instituto de Direito do Consumidor que procura dar paridade de armas aos contratantes, qual seja, as *cláusulas abusivas*, disciplinadas em rol não taxativo no art. 51 e que revela o desequilíbrio de obrigações entre os contratantes e ataca o conteúdo essencial da relação contratual.

Dentre as cláusulas abusivas, é imprescindível tratar da eqüidade prevista no art. 51, inciso IV, uma vez que o consumidor, em regra, não possui conhecimentos para averiguar se as informações apresentadas pelo fornecedor sobre os produtos e serviços que lhe são ofertados são fidedignas. Além disso, geralmente o consumidor não se encontra na mesma condição econômica do empresário, reconhecendo o legislador sua vulnerabilidade. Portanto, a eqüidade é o princípio que garante a justiça e o equilíbrio contratual, eis que o CDC sanciona e afasta o desequilíbrio, independentemente de prejuízo ao consumidor.

O legislador, na busca da eqüidade à relação de consumo, comina de nulidade absoluta as cláusulas de conteúdo abusivo, uma vez que elas não observam os princípios basilares da nova ordem contratual. Nesta ocasião, permite maior interferência do Poder Judiciário nos contratos de consumo, almejando restabelecer o equilíbrio entre direitos e obrigações, como ilustra a decisão do STJ no REsp 154.440/SP[28].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A boa-fé deve estar presente desde as tratativas preliminares, passando pela realização, cumprimento, execução e pós-execução do contrato, garantindo a segurança

[27] Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 436.853/DF, relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 04/05/2006, publ. no Diário da Justiça de 27/11/2006, p. 273.

[28] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 154.40/SP, relator Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 21/05/1998, publicado no Diário da Justiça de 05/04/1999, p.125. Ementa: Competência. Foro de eleição. Contrato de adesão. Código de Defesa do Consumidor. Nulidade da cláusula que estabelece como competente determinado foro se daí resulta dificuldade particularmente notável para a defesa do direito do consumidor. Possibilidade de reconhecer-se a nulidade de ofício e ter-se como absoluta a competência, afastando-se a incidência da Súmula 33.

dos negócios jurídicos e o cumprimento integral dos deveres que estão ligados diretamente ao comportamento das partes contratantes.

Na fase pré-contratual, deve-se impedir que se crie um estado ilusório de confiança, sendo impostas às partes condutas de acordo com o princípio da boa-fé objetiva e com o princípio da vinculação. Significa dizer que a expectativa legítima na prestação de informação do fornecedor para o consumidor não pode ser injustificadamente frustrada, sobretudo por comportamentos desprovidos do espírito de lealdade, honestidade e legalidade de que devem estar envolvidos os negociantes.

Intimamente associada com a boa-fé e a vinculação, a publicidade, à luz do princípio vetor da ordem econômica previsto pelo art. 170, inciso V, da Constituição Federal, deve nortear-se pelo respeito ao direito de informação do consumidor. Neste passo, deve ser inibida toda prática tendente a criar mensagens de conteúdo dúbio, aptas a induzir o consumidor em erro, frustrando desta forma sua legítima expectativa em relação ao produto ou serviço oferecido.

A ocorrência de práticas abusivas viola princípios básicos do Código de Defesa do Consumidor, como o equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva e os princípios da ordem econômica dispostos na Constituição de 1988, viciando não só as relações de consumo como também a livre concorrência empresarial.

A teoria do abuso do direito pode ser invocada e aplicada toda vez que o empresário fornecedor exerce seu direito subjetivo com objetivo de tirar vantagem da vulnerabilidade do consumidor para impor-lhe certos comportamentos incompatíveis com o ambiente equilibrado e eqüitativo que deve iluminar as relações de consumo.

Ao empresário é perfeitamente lícita a cobrança de dívidas do consumidor, constituindo exercício regular de um direito subjetivo. Contudo, ao exercê-lo não pode exceder os limites estabelecidos pelos art. 42 e 71, sob pena de ficar sujeito a sanções decorrentes da responsabilidade civil e penal pela conduta perpetrada.

Na sociedade de massa os arquivos de consumidores, incluindo aos bancos de dados e os cadastros, são uma realidade, impulsionando o dinamismo do comércio e auxiliando o empresário na concessão do crédito. Entretanto, pela multiplicidade de forma das práticas comerciais, o consumidor apresenta-se extremamente vulnerável, principalmente quando se trata de coleta e divulgação de informações inidôneas. A manutenção de cadastros ou arquivos de informações deve coexistir com os direitos personalíssimos do consumidor, tais como a honra e a privacidade, impondo ao

empresário e as entidades de proteção do crédito maior cautela e cuidado, sob pena de responder por eventuais danos materiais e morais.

O CDC instituiu novos paradigmas nas relações jurídicas patrimoniais, a fim de proteger a vontade das partes contratantes, em especial os legítimos interesses e expectativas dos consumidores, cominando de nulidade estipulações abusivas. Tal orientação não representa uma restrição ao exercício da atividade econômica e da livre iniciativa. Ao contrário, coaduna-se com o valor social da livre iniciativa insculpido no art. 1º, inciso IV, da Constituição, ao coibir a lei práticas irregulares e lesivas aos consumidores e estabelecer certo dirigismo contratual. Por conseguinte, a atuação do empresário deve atender aos valores constitucionais, dentre eles o atendimento às demandas dos consumidores e o respeito a seus direitos.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. *O Consumidor e os Limites dos Bancos de Proteção ao Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor na obra publicitária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do Consumidor e Direitos da Personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 37, ano 10, p. 197-205. jan.-mar. 2001.

CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual*: *aplicabilidade ao Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

EFING, Antônio Carlos. *Banco de Dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: RT, 2002.

GENTILI, José Carlos. *Os bancos de dados na sociedade de consumo e o código de defesa do consumidor*: a questão da responsabilidade jurídica por danos morais. Brasília: Tecprint, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini *et al*. *Código de Defesa do Consumidor*: comentados pelos autores do anteprojeto. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. A incidência do principio boa fé no período pré-negocial: reflexões em torno de uma notícia jornalística. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo. n. 4. p.140-72. out./dez. 1992.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Direito das obrigações*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, reimp. 1999.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

SANTOS, Fernando Gherardini. *Direito do Marketing*: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006.

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Guilherme Calmon Nogueira da Gama[*]

Deilton Ribeiro Brasil[**]

RESUMO

O instituto da desconsideração da pessoa jurídica, após uma longa trajetória jurisprudencial, finalmente foi acolhido no direito material no art. 50 do Código Civil de 2002. De acordo com a sua formulação original, a teoria da desconsideração somente deve ser aplicada quando se encontra especificamente caracterizada a fraude ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica. O simples prejuízo de credores decorrente da separação de patrimônios entre sócios e sociedade empresária não se mostra, de acordo com a formulação original da teoria, suficiente para autorizar a aplicação da teoria. Esses pressupostos de aplicação da desconsideração não são respeitados nas leis que a prevêem expressamente no Brasil (art. 28, Lei n° 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, art. 18, Lei n° 8.884, de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência, art. 4°. Lei n° 9.605, de 1998 – Nova Lei Ambiental).

PALAVRAS-CHAVES: TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA, ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, FRAUDE, ABUSO DE DIREITO, INOBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO.

ABSTRACT

The doctrine of the disregard of legal entity, after a long jurisprudencial trajectory, finally was conceived in our law system by the article 50 of Civil Law Code promulgated in 2002. In accordance with its original conception, the doctrine of disregard legal entity must be applied when it meets specifically characterized the fraud or abuse of law by meanning using the corporate entity veil for illegal objectives. The simple decurrent damage of creditors of the separation of assets between partners and society entrepreneur does not reveal, in accordance with the original formularization of the theory, sufficient to authorize the application of the disregard doctrine. These estimated application of the disregard of legal entity are not respected in the existing laws' order in Brazil (article 28, Law n° 8,078, of 1990 - Code of Consumer´s Defence,

[*] Mestre e Doutor em Direito pela UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da UGF/RJ. Pesquisador. E-mail: gcalmon@trf2.gov.br

[**] Mestre em Direito Empresarial pela FDMC de Belo Horizonte/MG. Doutorando em Direito pela UGF/RJ. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

article 18, Law n° 8.884, of 1994 - Defense of the Free Competition, article 4°, Law 9.605, of 1998 - Environmental law).

KEYWORDS: DOCTRINE OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY, ARTICLE 50 CIVIL LAW CODE, FRAUD, ABUSE OF LAW, IGNORING THE EXISTING LEGAL FOUNDATIONS FOR ITS APPLICATION.

INTRODUÇÃO

O vetusto Código Civil de 1916 em seu art. 20 dispunha que as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. A pessoa jurídica é uma criação jurídica para consecução de certos fins.

Para Sílvio Rodrigues [1] a pessoa jurídica surge para suprir a própria deficiência humana. Freqüentemente o homem não encontra em si forças e recursos necessários para uma empresa de maior vulto, de sorte que procura, estabelecendo sociedade com outros homens, constituir um organismo capaz de alcançar o fim almejado.

A existência, perante a lei, das pessoas jurídicas de direito privado começa com a inscrição dos seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos em seu registro público peculiar.

Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama [2] adverte com propriedade que o pressuposto fundamental da desconsideração é a existência de uma entidade personalizada. Caso haja uma sociedade despersonalizada (sociedade em comum ou em conta de participação) ou irregularmente constituída (e, conseqüentemente, despersonalizada, em função do art. 45 do Código Civil), não há que se falar em personalidade como meio para fraudes, tampouco em desconsideração.

A constatação do vício na constituição da sociedade pode levar as conseqüências parecidas com as da desconsideração. Não será o caso de apenas se ignorar a existência da personalidade jurídica. Afinal, determinados efeitos da personificação produzirão resultados. Dessa forma, o regime previsto para as sociedades personificadas poderá ser aplicado mesmo com relação à limitação de responsabilidade dos sócios. [3]

[1] RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*. 2002, pp. 86-7.
[2] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*: parte geral. 2006, p. 75.
[3] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins. *Desconsideração da personalidade*. 2004, pp. 218-9.

O ordenamento jurídico brasileiro optou por responsabilizar os fundadores e os primeiros administradores pelos atos irregulares exercidos em momento anterior ao arquivamento dos atos constitutivos (Lei n° 6.404/76 atualizada pelas Leis n°s. 9.457/1997, 10.194/2001 e 10.303/2001, arts. 92 e 99), entendendo ser inexistente a sociedade anônima irregular, pelo menos no que diz respeito ao fato de todos os sócios serem responsabilizados de forma ilimitada. Desse modo, a irregularidade somente gera efeito sobre os fundadores e os primeiros administradores, o que se diferencia do regime comum. [4]

Em síntese, é possível constatar que é impraticável detectar a origem da desconsideração no momento da constituição da sociedade ou no instante de sua personificação. A superação não decorre de um defeito congênito da pessoa jurídica ou da falta de algum requisito legalmente exigido para a validade dos atos de constituição da sociedade ou para a aquisição da personalidade jurídica que são problemas solucionáveis por meios de outros institutos jurídicos. [5]

As hipóteses em que é cabível a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pressupõem a existência de uma sociedade constituída de forma válida e formalmente perfeita. Há, na verdade, uma disfunção nas atividades da sociedade, um desvirtuamento dos fins primeiros que deveriam ser seguidos na prática pela sociedade. Para proteger a sociedade e o próprio instituto da pessoa jurídica, aplica-se a teoria da superação. Ocorre apenas a ineficácia episódica de sua validade. Já no caso de vício na constituição da sociedade, há o desaparecimento tanto da sociedade quanto da pessoa jurídica em decorrência da falta de pressupostos legalmente exigidos. A personalidade jurídica, no entanto, é reconhecida, incidindo de forma excepcional o regime jurídico das sociedades personificadas de forma total ou parcial. [6]

Com efeito, no momento em que a pessoa jurídica registra seu contrato constitutivo, adquire personalidade, isto é, capacidade para ser titular de direitos. Para exercer tais direitos, para atuar na vida cotidiana, a pessoa jurídica recorre as pessoas físicas que a representam. O legislador do novo Código Civil dispensou de repetir a regra do art. 17 do Código de 1916, partindo do pressuposto que ela existe, pois seu art. 46, que cuida dos requisitos para o registro das pessoas jurídicas, determina que ele

[4] Id. Ibid. 2004, p. 219.
[5] Id. Ibid. 2004, p. 220.
[6] Id. Ibid. 2004, *loc. cit.*

declare *o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente*. [7]

Para sob determinadas situações não é possível manter a clássica distinção entre pessoa jurídica e pessoa natural. Há situações de fraude nas quais proteger a pessoa jurídica sob o seu manto técnico leva a profundas distorções e iniqüidades. [8]

Nesse sentido Rubens Requião [9] assim se expressa, *todos percebem que a personalidade jurídica pode vir a ser usada como anteparo da fraude, sobretudo para contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais.*

Note ainda que não apenas o patrimônio das pessoas físicas dos controladores, dos administradores ou dos diretores pode ser atingido quando se desmascara uma pessoa jurídica, mas também e principalmente outras pessoas jurídicas ou físicas que direta ou indiretamente detêm o capital e o controle da pessoa desconsiderada. É muito comum que a pessoa jurídica atue no país com parco ou nenhum patrimônio e que esteja totalmente em mãos de uma empresa escritural estrangeira denominada *off shores*.[10]

Desse modo, a nova redação do art. 50 da lei n° 10.406 de 10 de janeiro de 2002 autoriza o juiz avaliar até que ponto o véu da pessoa jurídica deve ser descerrado para atingir os administradores ou controladores nos casos de desvio de finalidade, em prejuízo de terceiros, visando restabelecer o equilíbrio jurídico ou até mesmo, medidas como a própria decretação da extinção da pessoa jurídica.

Destarte, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, através da coibição do mal uso de seus fundamentos. Assim, a pessoa jurídica desconsiderada não é, extinta, liquidada ou dissolvida pela desconsideração; não é igualmente, invalidada ou desfeita. Apenas determinados efeitos de seus atos constitutivos deixam de se produzir episodicamente. Em outras palavras, a separação patrimonial decorrente da constituição da pessoa

[7] RODRIGUES, Sílvio Ibid. 2002, p. 93.
[8] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Curso de direito civil*. 2002, p. 290
[9] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 1977, p. 61.
[10] VENOSA, Sílvio de Salvo. Ibid. 2002, p. 293.

jurídica não será eficaz no episódio da repressão à fraude. Para todos os demais efeitos, a constituição da pessoa jurídica é existente, válida e plenamente eficaz. [11]

Edson Fachin [12] especifica que o princípio da preservação da empresa interessa ao Direito e à Economia, pela proteção que oferece à continuidade dos negócios sociais. Tal preservação da empresa tem uma notável importância. O princípio da preservação é gênero no qual a continuidade das atividades compõe a espécie, e nele se encontra similitude com a guarida ao patrimônio mínimo, na hipótese inerente à manutenção do empreendimento.

A inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na nova legislação civil não consiste verdadeiramente em uma inovação, pois além de ele já ter sido consagrado em outros textos de lei, como o Código de Defesa do Consumidor, não se pode esquecer que a *disregard* independe de fundamento legal. [13] No entanto, não se pode esquecer também que a nossa tradição é romano-germânica, caracterizada especialmente pelo grande apego ao direito escrito. [14] Assim, mesmo quando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica já poderia ser aplicada, não o era, por haver quem entendesse que isso só poderia ocorrer quando houvesse texto legal que a consagrasse expressamente. Com a inclusão do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio, facilita-se sua aplicação, tendo em vista a existência de um fundamento legal expresso.

Marlon Tomazete, [15] analisando o art. 50 do Código Civil de 2002, frisou que a desconsideração nesse particular vem claramente positivada como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento

---

[11] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2003, pp. 242-3.
[12] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2001, pp. 198 *et seq.*
[13] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins. *Desconsideração da personalidade...* 2004, p. 265.
[14] É pequena a influência do costume nos sistemas de direito escrito, mas não se pode subestimar sua influência. A lei não tem o condão de ser a fonte única do direito. O costume, por vezes, torna-se precioso no preenchimento de lacunas no direito escrito (...) Se levarmos em conta nosso sistema de direito escrito, apesar de na teoria geral do direito o costume ser considerado fonte principal, segundo o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é ele fonte formal, mas fonte subsidiária, já que o legislador dispõe que, na omissão da lei, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Portanto, temos lei para erigir o costume como fonte do Direito, ao contrário do que ocorre em outras legislações. Considerado fonte subsidiária, o costume deverá girar em torno da lei. Portanto, não pode o costume contrariar a lei, que só pode ser substituída por outra lei. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 2002, p. 43).
[15] TOMAZETE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. In: *Revista dos Tribunais*, v. 794, dez.-2001, pp. 76-94.

primitivo da própria teoria da desconsideração. Assim vê-se que o direito positivo acolhe a teoria da desconsideração em seus reais contornos.

Nessa linha de raciocínio, Sílvio de Salvo Venosa [16] escreve também que a aplicação da desconsideração possui gradação. Por vezes, a simples desconsideração no caso concreto é suficiente para restabelecer o equilíbrio jurídico. Outras vezes, será necessário ato mais abrangente, como a própria decretação da extinção da pessoa jurídica. Ainda, a gradação da desconsideração estará na medida da prática de um ato isolado abusivo ou fraudulento, ou de uma série de atos, o que permitirá a desconsideração equivalente. Como se denota, o tema é vasto, de difícil enumeração teórica. Conclui Marçal Justen Filho[17] que a escolha por uma desconsideração mais ou menos extensa, então, não é produzida por atenção específica à natureza do risco de sacrifício, mas à extensão do abuso. Quanto mais ampla for a utilização abusiva da pessoa jurídica, tanto mais extensa será a desconsideração. [18]

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama [19] é necessário esclarecer que a introdução expressa da desconsideração no Código Civil de 2002 atende à intenção de afastar, através da introdução de valores constitucionais e de princípios éticos, o Direito Privado da orientação individualista que guiava o Código de 196 que, na seara da Teoria da Pessoa Jurídica, resultava em sociedades que objetivavam apenas a satisfação egoística de seus membros. Essa orientação, agora, é modificada pela percepção de que as pessoas jurídicas exercem importante papel social, podendo o juiz desconsiderar sua personalidade se elas se afastarem desse papel, tornando-se *alter ego* dos sócios e meios de fraude.

Guilherme Calmon [20] escreve ainda que partindo para a análise da redação final do art. 50, o qual, ressalte-se, foi objeto de diversas emendas durante a tramitação do projeto, percebe-se que ele foi influenciado pela teoria objetivista [21] de Fábio Konder

---

[16] VENOSA, Sílvio de Salvo. Ibid. 2002, *passim*.
[17] JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, *passim*.

[18] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* parte geral. 2002, p. 294.
[19] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*: parte geral. 2006, pp. 78-9.
[20] Id. Ibid. 2006, p. 79.
[21] A corrente objetivista centra-se na função do ente personalizado para fundamentar a desconsideração, relegando o elemento subjetivo. Comparato, afirma que *toda pessoa jurídica é criada para o desempenho de funções determinadas, gerais e especiais*, sendo a desconsideração da personalidade jurídica *operada como conseqüência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, as mais das vezes, de*

Comparato, mencionando o *desvio de finalidade* e a *confusão patrimonial* como razões para a desconsideração. É necessário ressalvar, todavia, que ambas as situações são apenas presunções do abuso de personalidade, este sim o verdadeiro fundamento da aplicação da teoria, mostrando-se o art. 50 como cláusula aberta.

Outro ponto salientado por Guilherme Calmon [22] é a legitimação para a desconsideração, já que pelo Código de 2002 o juiz não pode aplicá-la *ex officio*, só podendo fazê-lo a *requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo*. Tal disposição, a princípio, conflita com o disposto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que afirma que *o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade*, mas esse conflito, numa melhor análise, pode ser reputado apenas aparente.

Para a correta solução da questão, é necessário analisar o ideário que embasa cada dispositivo. Enquanto o Código Civil visa regrar relações entre sujeitos em suposta igualdade e que mantêm relações privadas, o Código de Defesa do Consumidor tem, notadamente, um caráter protecionista, na medida em que a hipossuficiência do consumidor é notória, sendo a proteção deste, inclusive, imperativo constitucional e havendo forte tendência de se considerar as questões a ele relativas como de ordem pública. Deste modo, compreender-se-á, facilmente, a ampla liberdade conferida ao julgador pela legislação consumerista, em oposição à restrição imposta pelo Código Civil, sendo claro que não há oposição entre ambos, já que eles visam a normatizar situações diferenciadas. Apenas como observação, deve-se mencionar que o raciocínio acima aplicado também é útil para a solução de diversas das aparentes contradições existentes entre ambos os diplomas. [23]

Outra questão a ser analisada é a extensão que a desconsideração recebe na nova legislação. De acordo com a redação do art. 50, conclui-se que ela seria apenas uma forma de responsabilizar subsidiariamente o sócio, ou seja, só poderia ser aplicada quando o patrimônio da própria pessoa jurídica fosse insuficiente para o total ressarcimento do lesado. [24] Alexandre Ferreira de Assumpção Alves critica duramente essa posição, que apresentando entendimento que a teoria da desconsideração, além de

---

abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. (COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 1983, p. 286).

[22] Id. Ibid. 2006, *loc. cit.*

[23] Id. Ibid. 2006, *loc. cit.*

[24] Id. Ibid. 2006, pp. 79-80.

necessária para a proteção de terceiro, tem como objetivo também a proteção da própria pessoa jurídica, expõe que *se houver de fato um abuso da personalidade jurídica não é crível macular a sociedade e responsabilizar também todos os sócios ilimitadamente.* [25]

Para Assumpção Alves, a desconsideração deve ser usada para, atingindo diretamente o patrimônio do sócio responsável pelo ato abusivo, conservar o patrimônio da pessoa jurídica e também dos demais sócios não envolvidos na subversão. [26]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito vem passando por várias modificações, isto é um fato. Desde a patrimonialização da responsabilidade, que fez migrar da pessoa do devedor a *haftung* das dívidas, para uma garantia lastreada no patrimônio do indivíduo, que se vem buscando caminho para que a satisfação do débito alheio possa se dar com o mínimo prejuízo e agressão ao devedor.

Assim é, por que conforme prelecionam Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco: [27]

> *como é por todos sabido, ao refletir acerca da estrutura e da natureza da experiência jurídica, Miguel Reale concebeu a teoria tridimensional, segundo a qual o ordenamento jurídico, embora indubitavelmente normativo, não se apresenta tão somente como um conjunto de normas (...) diversamente, revela-se como um processo que se desenvolve na dimensão da historicidade e no qual se articulam as normas – momento culminante deste processo -, os fatos que estão em sua origem e os valores ou fins (...) ocorre, assim, a correlação dialética entre os três fatores, correlação fático-axiológico-normativa apresentada, contudo, no terreno chão da experiência e não no plano das idealizações abstratas.*

[25] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional:* o descompasso entre as disposições do código de defesa do consumidor e a *disregard doctrine*. 2003, p. 203.
[26] Id. Ibid. 2003, *loc. cit.*
[27] MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. 2002, p. 174.

Mesmo mote, com o desenvolver do sistema de inter-relações sociais e o avançar do mercantilismo, o crédito passou a funcionar como um dos pilares da sociedade, vez que, no mais das vezes, não conseguem os contratantes arcar com os valores necessários ao adimplemento das obrigações no momento imediato de sua concreção, sendo necessário que se aguarde certo período ou que se fracione o pagamento. O crédito, portanto, passa a ser a mola mestra do sistema capitalista.

Mas como garantir o crédito (e conseqüentemente todo o sistema produtivo) sem causar grave dano ao devedor? Como resguardar o direito do credor em ver seu crédito satisfeito, sem alçar o débito da outra parte em causa de sua penúria?

Estas questões se intercalam na atual sociedade, de modo a levar o jurista a conceber instrumentos eficazes para a proteção da pessoa e a garantia do crédito.

Para se resguardar o crédito, nasceu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, conhecida na Inglaterra e nos Estados Unidos como *disregard of legal entity* e caracterizada por inúmeras expressões como *to pierce the veil, to lift the curtain, to pierce and look behind the veil, craking open the corporate veil*, baseia-se na possibilidade de poder desconsiderar a personalidade jurídica sempre que houver abusos ou infração à lei, levados a cabo por meio da estrutura da pessoa jurídica.

Assim é que, para Alexandre Ferreira de Assumpção Alves: [28]

> *Hodiernamente, a sociedade não é mais concebida como um ente capaz apenas de proporcionar "lucros" ou satisfazer os ideais de seus integrantes – argumentos tradicionais para justificar a personalidade das pessoas morais. O empresário (sociedade) tem um compromisso com seu colaboradores, dependentes e independentes, e com a comunidade. Se a atuação da pessoa jurídica conduz à prática de atos ilícitos, não é possível manter os sócios sempre incólumes aos prejuízos por eles causados a terceiros.*

No espectro legislativo, poucas eram as referências que se faziam à possibilidade de responsabilização pessoal dos administradores ou sócios, como o Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25/10/66), através do art. 135, inciso III e a CLT, art. 2º, § 2º.

[28] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: *Problemas de Direito civil-constitucional*. 2000, p. 255.

Em 1990, ganhou o Brasil uma lei, estruturada na forma de Código, que regulamentava os direitos e deveres do consumidor, sob o n° 8.078, que trouxe em seu corpo séria inovação em relação ao instituto da desconsideração da pessoa jurídica

Para Waldirio Bulgarelli [29] a lei n.º 8.078, de 11/09/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, também acolheu condicional e parcialmente essa teoria, dedicando-lhe uma seção específica (a IV do capítulo referente a qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos) e o fez basicamente no art. 28 e seu § 5º que dispõe:

> *Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração.*
> *§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*

O art. 59 do Projeto do Código Civil de 1975 em sua redação original não aplicava de maneira clara e precisa o espírito do instituto que se deve levar em consideração, em razão das finalidades naturais nas quais é fundado todo o sistema jurídico, pois assim preceituava:

> *A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.*
> *Parágrafo único. Neste caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.*

Conforme se observa, contrariando a finalidade originária da teoria, o art. 59 do projeto previa a dissolução da pessoa jurídica quando fosse utilizada para fraude ou

[29] BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. 1996, p. 22.

abuso de direito. A distinção entre suspensão e extinção ou dissolução é fundamental, pois a grande vantagem da desconsideração em relação aos demais mecanismos de coibição de fraude previstos pelo Direito é a preservação da pessoa jurídica naquilo que não se relaciona com o ilícito praticado, preservando a sociedade empresária e os legítimos interesses envolvidos, como são os dos demais sócios, empregados e da própria comunidade.

Para Jean Louis Bergel [30] a regra de direito é um mandamento que a ordem jurídica dirige ao homem. Para além da obrigação, da autorização e da proibição que ela comporta, conforme os casos, a norma jurídica pode comportar muitas prescrições intermediárias e complementares. Não há, portanto, regra absoluta ou que seja fechada a inter-relações, não existe mais a figura do direito subjetivo total, irrestrito, absoluto, pois consoante Pietro Perlingieri: [31]

> *No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto por poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função social de solidariedade presente ao nível constitucional.*

Objetivando maior operabilidade do instituto da teoria da desconsideração da pessoa jurídica consistente em definição suficiente, o art. 59 do projeto originário sofreu alterações buscando dessa maneira o legislador dar o sentido da palavra que o designa segundo os elementos que o constituem.

O art. 50 preceitua, portanto, que:

> *Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.*

[30] BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito.* 2001, p. 402.
[31] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 2002, p. 121.

A nova redação ao art. 50 preserva a finalidade da teoria, não prevendo mais a dissolução da sociedade empresária. Na justificação da emenda realizada, o relator do projeto no Senado, Senador Josaphat Marinho, faz a importante distinção entre despersonalização e desconsideração, destacando que na desconsideração *subsiste o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, que é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto.* [32]

De acordo com a sua formulação original, a teoria da desconsideração somente deve ser aplicada quando se encontra especificamente caracterizada a fraude ou abuso de direito por meio da personalidade jurídica. O simples prejuízo de credores decorrente da separação de patrimônios entre sócios e sociedade empresária não se mostra, de acordo com a formulação original da teoria, suficiente para autorizar a aplicação da teoria.

Esses pressupostos de aplicação da desconsideração não são respeitados nas leis que a prevêem expressamente no Brasil (art. 28, Lei n° 8.078, de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, art. 18, Lei n° 8.884, de 1994 – Lei de Defesa da Livre Concorrência, art. 4°. Lei n° 9.605, de 1998 – Nova Lei Ambiental).

No novo Código Civil, procurou-se mediante o encaminhamento de emenda modificativa ao art. 50, além da preservação da personalidade jurídica da sociedade empresária na aplicação da teoria, a previsão da fraude e do abuso de direito como pressupostos necessários para a aplicação da teoria, prevalecendo no texto alterado a previsão do abuso, do desvio de finalidade e da confusão patrimonial como elementos autorizadores para a aplicação da desconsideração. [33]

Assim, deve-se buscar informações, mormente no espectro do Direito Comparado, para que se possa ponderar e avaliar de modo perfeito a satisfação dos créditos e a preservação da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In:

[32] TADDEI, Marcelo Gazzi. Desconsideração da personalidade jurídica. In: *Revista Jurídica CONSULEX*. ano II, n° 18, jun. 1998, pp. 30-1, v. I.
[33] Id. Ibid. 1998, p. 30

Problemas de Direito civil-constitucional. TEPEDINO, Gustavo. (Coord.) Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional:* o descompasso entre as disposições do código de defesa do consumidor e a *disregard doctrine*. Tese (Doutorado), UERJ, Mimeo, 2003.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. Novo código civil brasileiro/lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, constituição federal, legislação codificada e extravagante/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. *Manual das sociedades anônimas*. São Paulo: Atlas, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 1983.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.

FREITAS, Elisabeth Cristina Campos Martins. *Desconsideração da personalidade jurídica:* análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1977.

RODRIGUES, Sílvio. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. I.

TADDEI, Marcelo Gazzi. Desconsideração da personalidade jurídica. In: *Revista Jurídica CONSULEX*. ano II, n° 18, p.30-31, jun. 1998, v. I.

TOMAZETE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil. In: *Revista dos Tribunais*, v. 794, dez.-2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2002, v. I.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA À FIGURA DO EMPREENDEDOR

Gisela Maria Bester[*]

Renata Cristina Obici[**]

RESUMO

Diante da multidisciplinariedade das ciências sociais, necessária para o desenvolvimento de uma nação, alguns valores, entre eles, o do trabalho e o da livre iniciativa, colocam-se como formas de realização do princípio metajurídico da dignidade da pessoa, vetor da existência do próprio ser humano. Frente a esses princípios, conceber a empresa e a atividade do empreendedor, enquanto formas de realização dos principais valores individuais e sociais perseguidos pelo cidadão e pelo Estado é um grande desafio, mas, ao mesmo tempo, tarefa essencial ao jurista que, atento à realidade existente ao seu redor, e ciente da superação dos paradigmas da modernidade, deve buscar meios de garantir ao empreendedor o exercício pleno de suas prerrogativas constitucionalmente tuteladas, entre elas, a de estar no mercado de trabalho e a de exercer sua atividade empresarial com dignidade. Mesmo porque, em última análise, a atividade da empresa e a do empreendedor, desde que realizadas de acordo com os ditames constitucionais, asseguram a realização de muitos direitos fundamentais da pessoa humana, assim como valores de um Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, VALOR SOCIAL DO TRABALHO, LIVRE INICIATIVA, DIREITO EMPRESARIAL, EMPRESA, EMPREENDEDOR.

ABSTRACT

In the face of multidisciplinariedade of social sciences, necessary for the development of a nation, some values, among them, the work and the free initiative, they are placed as ways of accomplishment of the metalegal principle of dignity of the person, vector of existence of the own human being. In th face of these principles, to conceive the company and the activity of the entrepreneur, while ways of accomplishment of the main individual and social values pursued by the citizen and the State are a great challenge, dispite, at the same time, essential task to the jurist who, intent to the existing

[*] Mestra e Doutora em Direito, Professora Titular de Direito Constitucional e Coordenadora do Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba, onde leciona a disciplina "Teoria da Empresa Social e Constituição Brasileira".

[**] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba, onde é orientanda do Prof. Dr. Carlyle Popp. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

reality around, and aware of the exceedion of the paradigms of modernity, must go for ways to guarantee to the entrepreneur the full exercise of its prerogatives constitutionally tutored people, among them, of being in the labour market and of exerting its enterprise activity with dignity. Even why, in last analysis, the activity of the company and of the entrepreneur, once carried through according with the ditames constitutional, assure the accomplishment of many basics rights of the human person, such as values of a State of rights.

KEYWORDS: DIGNITY OF THE HUMAN PERSON, SOCIAL VALUE OF WORK, FREE INITIATIVE, ENTERPRISE RIGHT, ENTERPRIZE, ENTREPRENEUR.

1 INTRODUÇÃO

"O Direito é uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, concebido como técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social."[1] Atento a essa premissa, compete ao jurista efetivar os direitos e valores tutelados pelo ordenamento jurídico, sobretudo na ordem constitucional de um país, de maneira a efetivar o mínimo ético exigido do Estado e dos demais indivíduos, enquanto membros integrantes de uma sociedade.

Nesse cenário, a empresa se coloca como importante instrumento para a implementação dos valores individuais e sociais tutelados pela ordem jurídica, notadamente frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro vetor que deve guiar não apenas o agir jurídico, como também a relação do homem com seus semelhantes e com o meio onde ele se encontra inserido.

Co-responsável pelo desenvolvimento social e do próprio Estado, a empresa vem assumindo, principalmente a partir do século XX, papel norteador para o desenvolvimento econômico das nações.

De acordo com Dinaura GOMES,

> No sistema econômico vigente, liderado pela globalização da economia e pela liberação do comércio mundial, a empresa luta para manter sua competitividade com eficiência e qualidade. Para isso, vem se utilizando de estratégias em vista da maximização de resultados, o que requer investimentos em *capital humano*, tendentes à introdução de novas formas de gestão, ao mesmo tempo em que se adotam técnicas de terceirização que

[1] BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

> geram a desconcentração produtiva, mediante a contratação de empresas especializadas em determinados segmentos de seu próprio estabelecimento.[2]

Diante da multidisciplinariedade das ciências sociais, de necessário incremento para o desenvolvimento de uma nação, colocam-se valores tidos como fundamentais, entre eles, o valor social do trabalho e o da livre iniciativa, enquanto formas de realização do princípio metajurídico da dignidade da pessoa humana.

Daí objetivar-se analisar, neste artigo, e de forma pontual, como essa dignidade se realiza e pode ser juridicamente tutelada, quando o indivíduo a ser tutelado é a pessoa do empreendedor.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A colocação do homem como centro e referencial para o estudo das ciências, ocorrida com o modernismo, inaugurou uma nova forma de relação do ser individual, consigo mesmo e com os demais indivíduos.

Como mecanismo de reação às barbáries contra a pessoa, praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser tutelada, tanto a nível internacional – a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 – quanto nos âmbitos internos de cada país, como princípio metajurídico, tendo a Constituição como referencial de justiça, com a colocação do homem no centro das discussões e de sua tutela.

De acordo com Reinaldo Pereira e SILVA, "sob a diretriz de que o homem deve ser tratado como um fim em si (*comme une fin en soi*), a dignidade da pessoa humana não se apresenta como um princípio único e isolado, mas como uma unidade interdependente de prerrogativas humanitárias."[3]

---

[2] GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica:* problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005, p. 141. (grifos originais)

[3] SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 24, out./dez. 2005, p. 240.

Atualmente, concebe-se a dignidade da pessoa humana enquanto princípio intangível, que nasce com o indivíduo. Aliás, "um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano."[4]

No Brasil, o princípio está colocado como fundamento da República, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, o que implica reconhecer que o Estado existe em função e para a pessoa humana, sendo a dignidade o vetor e o valor unificador de todos os demais princípios fundamentais[5] e dos direitos fundamentais, notadamente os direitos civis, econômicos e sociais. Já para a implementação destes últimos direitos, ensinam Flávia PIOVESAN e Renato VIEIRA,

> [...] emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global. Ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos humanos.[6]

Com isso, tem-se claro que é a dignidade um valor supremo, construído pela razão jurídica, que dá o primeiro comando e se constitui no último arcabouço para a interpretação de todo o Direito. Sendo princípio fundante da ordem constitucional, é absoluta, plena, não podendo sofrer arranhões.

É a dignidade que visa a assegurar o bem-estar de cada indivíduo, o que requer, necessariamente, desenvolvimento, humano-individual e social. Daí poder-se afirmar, com DAUDET, que:

> É o bem-estar de cada indivíduo que constitui a sua finalidade última. Assim, articulam-se o direito do desenvolvimento social, no sentido de um processo que conduz à ampliação das possibilidades oferecidas a cada um, segundo a definição de seu criador, o PNUD, e o conceito de desenvolvimento social, constituído pelo conjunto de políticas relativas aos setores sociais tradicionais (educação, saúde, habitação...), à distribuição dos bens e serviços, à igualdade de oportunidades, às modalidades de participação dos grupos e coletividades os processos de desenvolvimento. O desenvolvimento social manifesta-se,

---

[4] BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

[5] BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas:* práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 48.

[6] PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 398.

> assim, como um meio a serviço de uma finalidade, que é o desenvolvimento humano.[7]

Ao particularizar a análise ao caso brasileiro, Carlyle Popp, com muito acerto, localiza uma concepção de bem-estar coletivo e, pois, de justiça social, no texto constitucional em vigor, ambas ligadas intrinsicamente à liberdade de iniciativa. Veja-se:

> Essa concepção de Justiça Social encontra-se presente quando a Constituição revela seus objetivos fundamentais em seu art. 3°. Nestas finalidades precípuas percebe-se, claramente, a presença da liberdade de iniciativa, pois não se pode negar que construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; bem como promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, passa por um necessário desenvolvimento econômico, e este somente pode ser alcançado, de forma democrática, através da liberdade de iniciativa.[8]

Como a dignidade coloca-se enquanto núcleo central da Constituição, de onde esta extrai toda sua força normativa, diretriz para a harmonização de todos os demais princípios, vinculando os indivíduos e todo o meio social, e moldando o cenário jurídico dela decorrente, respeitados os direitos fundamentais, haverá a observância à dignidade da pessoa humana, não obstante esta não se restrinja àqueles.[9]

Enquanto princípio ético-geral, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como verdadeira viga-mestra ou alicerce sobre o qual todo o sistema jurídico é construído, dando-lhe coesão e ditando a forma de interpretação de todo o sistema normativo, a partir das próprias regras constitucionais, operando, dessa forma, de maneira a condicionar e iluminar a interpretação das normas jurídicas em geral, dando coesão ao sistema, em decorrência de seu fator aglutinante.[10]

De acordo com Ingo Wolfgang SARLET,

---

[7] DAUDET apud BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. Op. cit., p. 54.
[8] POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. In: NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). *Direito em movimento*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 70.
[9] BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 110-111.
[10] NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

> [...] a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético-moral, mas que constitui norma jurídica positivada dotada [...] de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica [...].[11]

Como se vê, a importância desse princípio metajurídico transcende os limites do positivismo, com o que, no conflito entre a dignidade da pessoa humana e os demais princípios ou as regras do ordenamento jurídico, é o vetor que deve prevalecer, já que é ele responsável pela unidade lógico-material da Constituição e figura como patamar ético do Direito.

Dos clássicos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de MELLO extrai-se que:

> 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 harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside e intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.[12]

Desse raciocínio, tem-se que violar um princípio é muito mais grave do que violar uma regra jurídica. E, sendo a dignidade da pessoa humana princípio metajurídico, ou seja, que independe de previsão legal para que seja aplicado, verdadeira referência para a interpretação de todas as normas, entende-se que os princípios fundamentais previstos na Constituição Federal regem-se, primeiramente, por esse vetor.

Como o agir humano ocorre na sociedade, o princípio é parâmetro para regular as relações sociais, levando em conta, sobretudo, os direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional, iniciando pela implementação da dignidade no meio social. Essa a razão pela qual Chaïm PERELMAN, ao tratar da força vinculante do princípio da

---

[11] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 71-72.
[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545.

dignidade da pessoa humana e sua relação com os direitos fundamentais, o Estado de Direito e o sistema jurídico, ponderar que:

> Com efeito, se é o respeito pela dignidade humana a condição para uma concepção jurídica dos direitos humanos, se se trata de garantir esse respeito de modo que se ultrapasse o campo do que é efetivamente protegido, cumpre admitir, como corolário, a existência de um sistema de direito com um poder de coação. Nesse sistema, o respeito pelos direitos humanos imporá, a um só tempo, a cada ser humano – tanto no que concerne a si próprio quanto no que concerne aos outros homens – e ao poder incumbido de proteger tais direitos a obrigação de respeitar a dignidade da pessoa. Com efeito, corre-se o risco, se não se impuser esse respeito ao próprio poder, de este, a pretexto de proteger os direitos humanos, tornar-se tirânico e arbitrário. Para evitar esse arbítrio, é, portanto, indispensável limitar os poderes de toda autoridade incumbida de proteger o respeito pela dignidade das pessoas, o que supõe um Estado de direito e a independência do poder judiciário. Uma doutrina dos direitos humanos que ultrapasse o estádio moral ou religioso é, pois, correlativa de um Estado de direito.[13]

Ao se conceber a dignidade enquanto vetor do sistema jurídico, tendo sempre em vista os direitos fundamentais, tem-se que o desenvolvimento econômico e social do país encontra-se agregado a esse valor, de maneira que a tutela à saúde, à educação e ao trabalho, entre outras garantias da pessoa humana, engloba o fomento e a transparência das relações mercantis, enquanto forma de desenvolvimento do indivíduo e da própria sociedade. Daí a necessidade de o vetor dignidade agregar o pleno acesso do indivíduo ao mercado econômico, tanto por meio da prestação de serviços de forma assalariada, quanto pelo desenvolvimento de uma atividade empresarial lícita. E para a efetivação desses direitos, compete aos indivíduos exigir do Estado tanto atuações negativas (direitos de defesa), quanto positivas (direitos a prestação), sempre tendo em vista a promoção do desenvolvimento social e econômico para todas as partes envolvidas: empregados, empregadores (entre eles, os empreendedores) e o próprio Estado.

É por isso que os artigos 1º, III e 170, da Constituição Federal brasileira, tutelam o valor social da livre iniciativa, da livre concorrência e do trabalho, sendo esses princípios formas de realização da dignidade da pessoa humana, do indivíduo inserido no mercado de trabalho, que desenvolve atividade empresarial e é responsável pelo fomento da economia, local, regional, nacional e, muitas vezes, transnacional.

Assim, o vetor da dignidade da pessoa humana deve voltar-se para a realização de uma variada gama de direitos, não apenas individuais, mas também daqueles que

---

[13] PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 400-401.

beneficiam a sociedade como um todo[14], ao promover o fomento da economia, a movimentação de mercados e proporcionar, com isso, o desenvolvimento pessoal do indivíduo, da coletividade que a ele se liga, direta ou indiretamente, e, ainda, do próprio Estado.

De acordo com GRAU, os princípios enunciados nos artigos 1º, III e 170, *caput*, da Constituição Federal, significam ser o Brasil uma "entidade política constitucionalmente organizada" e que a ordem econômica nacional "*deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar",[15] sendo a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político formas de realização do princípio da dignidade.

O vetor referido é, portanto, além de princípio político, princípio constitucional impositivo, ou mesmo, diretriz do Estado brasileiro, havendo de ser tratado com a atenção e a seriedade que a atividade econômica representa, tanto para o indivíduo, quanto para a sociedade e para o próprio Estado.

Daí, a necessidade de se tutelar, tanto pelo setor público quanto pelo privado, da forma como vêm previstos na Constituição Federal – ou seja, enquanto direitos fundamentais – os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho, enquanto realização do princípio metajurídico da dignidade.

Como a atividade desempenhada pelo empreendedor configura o exercício do princípio da livre iniciativa, seu trabalho – meio de sobrevivência de forma digna na sociedade – deve ser valorizado e tutelado pela ordem jurídica, na mesma proporção e com igual seriedade com que vêm sendo protegidos os direitos dos trabalhadores empregados.

Mesmo porque, das lições de GRAU, tem-se que a valorização do trabalho humano e o reconhecimento do valor social do trabalho, "em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica"[16], sendo a sua realização, prioridade frente aos demais princípios da economia de mercado.

---

[14] BARCELLOS, A. P. de. Op. cit., p. 166.
[15] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232. (grifos originais)
[16] GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 235.

Em raciocínio pontual acerca da dignidade da pessoa humana e da realização dos fins previstos pela Constituição Federal, Dinaura GOMES assevera:

> Com efeito, a Lei Maior proclama, no art. 1º, inc. IV, o valor do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, e, no art. 170 *caput*, estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano. Assim, ao ser também elencada como um dos fundamentos da República, a livre iniciativa é tomada singelamente, ao passo que o trabalho é visto de modo valorizado, como irradiação da própria dignidade humana.
>
> Nesse contexto, a empresa deve ser considerada efetivamente como organização de pessoas para um fim comum. Com essa percepção, torna-se mais viável o pleno exercício da Democracia, no âmbito dessas organizações produtivas, cujo apelo advém das forças mais profundas a modelarem a sociedade global, em busca da autonomia individual e da emergência de uma cidadania mais reflexiva. As empresas assim estruturadas podem muito bem agir em parceria com o Estado, fomentando e fortalecendo diferentes formas de solidariedade.[17]

Logo, é acertado reconhecer que a dignidade concretiza-se diuturnamente ao realizarem-se os direitos fundamentais dos cidadãos, inclusive, o da livre iniciativa e do valor social do trabalho.

BESSA, ao discorrer sobre a supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive frente aos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, pondera que

> [...] o confronto entre princípios-meio como o da livre-iniciativa, da propriedade privada, da livre-concorrência, em confronto com os princípios-fins da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da solidariedade, da proporcionalidade, da função social da propriedade, da redução das desigualdades regionais e sociais e finalmente da defesa do consumidor e do meio ambiente [trazem consigo] uma perspectiva de compromisso com as futuras gerações.[18]

Quer dizer: a tutela da dignidade da pessoa humana e de todos os princípios e valores constitucionais que dela emanam significa a garantia de uma sociedade justa, dotada de segurança jurídica, para as presentes e futuras gerações.

Com base nesse raciocínio, pode-se afirmar que, sendo o trabalho fator essencial para a dignidade do indivíduo enquanto membro de uma sociedade, sua tutela assegura

---

[17] GOMES, Dinaura. Op. cit., p. 145.
[18] BESSA, Fabiane Lopes Bueno. Op. cit., p. 92.

o sadio desenvolvimento psíquico do indivíduo e, conseqüentemente, do meio social, econômico e cultural.

Mesmo porque, nas lições de José Affonso DALLEGRAVE NETO,

> Hodiernamente, a verdadeira e lídima empresa é vista como uma instituição social, sendo inelutável sua função social e de valorização do trabalho, conforme se depreende da aplicação do art. 170, e incisos, da Carta Constitucional, sobretudo porque é nela que se aloca a maior parte da mão-de-obra produtiva do pais, porque é ela a fornecedora de bens e serviços necessários à sociedade e ela que arrecada os tributos que compõem o patrimônio do Estado.[19]

Ainda nessa linha de raciocínio, conclui BESSA que "é de se esperar que o instrumental jurídico atue em coordenação com os outros instrumentos com que conta a sociedade, servindo como alavanca – e não como obstáculo – às forças sociais que convergem para a efetivação dos direitos humanos."[20]

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FRENTE O RELEVANTE PAPEL SOCIAL DO EMPREENDEDOR

A partir das considerações retro, é possível afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que a empresa é o grande instrumento de fomento da sociedade, pois nela estão contidos a um só tempo a realização do Direito, da Economia, da Sociologia, da Política, da Moral, da Ética etc. Ou, conforme bem pontua Cássio CAVALLI, a empresa "é, indiscutivelmente, um centro para o qual confluem diversas relações sociais"[21], sendo seu objetivo primordial o "exercício de profissões organizadas destinadas à produção ou circulação de riquezas, eliminando o critério anterior de separação entre as atividades civis em razão da finalidade lucrativa".[22]

Pensar a empresa, no século XXI, demanda a análise de todos os aspectos que se encontram no entorno do desenvolvimento de sua atividade-fim, face ela se constituir

---

[19] DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade – aspectos jurídicos. *Revista LTr - Legislação trabalhista*, São Paulo, v. 71, n. 03, mar. 2007, p. 347.
[20] BESSA, F. L. B. N. Op. cit., p. 92.
[21] CAVALLI, Cassio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, abr./jun. 2005, p. 25.
[22] FERRONATO, Paula. A empresa no novo Código Civil: elemento unificador do Direito Privado. *Revista dos Tribunais*, a. 95, v. 843, jan. 2006, p. 21. A autora (id., ibid.) refere-se à superação da dicotomia existente entre Direito Civil e Direito Comercial, existente até a entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002.

em uma realidade complexa, formada tanto por elementos tutelados pelo Direito[23] quanto por elementos externos, que se referem à sua gestão estratégica, *marketing*, adequação do produto ao mercado, *engineering* etc. Daí a lúcida definição de Miguel REALE, segundo a qual "empresa é a organização dos fatores de produção, isto é, natureza, capital e trabalho, no exercício da atividade econômica que promove a produção e a circulação de bens ou de serviços, com a finalidade lucrativa. Ela é marcada pela profissionalidade."[24]

A empresa, portanto, não é um fim em si mesma. Antes disso, é a realização de diversos objetivos: da pessoa jurídica, dos sócios, da sociedade, dos empregados, da economia local, regional, nacional e, muitas vezes, global, das políticas econômicas e sociais, da dignidade humana – aqui englobada tanto a dos empregados como a do empreendedor, já que o direito de estar no mercado econômico e desenvolver uma atividade resulta dos anseios corriqueiros do ser humano – da ordem política, tributária e social de um país. Reflete o povo, o governo, a cultura de uma determinada sociedade.

Logo, a empresa move e dá sustentabilidade ao mercado, constituindo-se "uma força econômico-financeira determinada, com uma enorme potencialidade de emprego e expansão que pode influenciar, de forma decisiva, o local em que se enconta."[25]

A par dessas concepções, faz-se obrigatório reconhecer que a empresa não se rege *per si*. Ao contrário, sua gestão, de forma geral, é atribuída a um ou mais de seus sócios, pessoas físicas que optam por ingressar no mercado econômico não pela via do trabalhador empregado, mas por meio do exercício da livre iniciativa e do empreendedorismo.

De acordo com os ensinamentos de Sérgio CAMPINHO,

> Não há que se confundir o empresário individual com o sócio de uma sociedade empresária. O sócio, com efeito, não é empresário, mas sim integrante de uma sociedade empresária. O empresário poderá ser pessoa física, que explore pessoal e individualmente a empresa (empresário individual), do qual estamos agora tratando, ou uma pessoa jurídica, a qual,

---

[23] Tais como os atos de constituição e de extinção da sociedade, a propriedade industrial, o estabelecimento, os contratos, o regime tributário etc.

[24] REALE, Miguel. O direito de empresa no novo Código Civil. *Jus navigandi*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2005.

[25] ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, a. XXXIX, n. 117, jan./mar. 2000, p. 159.

> detentora de personalidade jurídica própria, distinta da de seus membros, exerce diretamente a atividade econômica organizada (sociedade empresária).[26]

Ou, na feliz síntese de Fábio Leandro TOKARS,

> [...] a empresa é a organização dos fatores de produção para o desenvolvimento de atividade com finalidade lucrativa. Neta organização está incluída a regularização jurídica da pessoa responsável pelo desenvolvimento da atividade, a quem chamamos de empresário. Este pode ser uma pessoa jurídica (sociedade empresária) ou uma pessoa física (empresário individual) sendo que o regime jurídico imposto a este não se confunde com as regras aplicáveis aos sócios do empresário coletivo (sociedade empresária).[27]

Isso significa que as pessoas físicas que integram ou administram a sociedade empresária não são consideradas empresárias, uma vez que a titularidade dos direitos e das obrigações relativas à atividade da empresa não recaem sobre elas, mas, sim, sobre a própria sociedade empresária.

Com isso, pode-se definir, para fins do presente trabalho, sócio empreendedor[28] como a pessoa física[29] responsável pela criação, gestão, administração e extinção da empresa, com vistas a manter e a desenvolver a atividade econômica, realizar os valores individuais e sociais previstos na Constituição Federal, pagar tributos, contribuições, enfim, servir de fomento e de mecanismo para o desenvolvimento pleno e a consecução dos fins buscados pelo Estado e pelos particulares.

---

[26] CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.
[27] TOKARS, Fábio. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007, p. 441.

[28] Esclareça-se que a doutrina, de maneira geral, denomina aquele a quem é conferido o poder de gerir a empresa de "empresário". Essa tradição do Direito brasileiro surgiu ainda quando se falava em dicotomia entre direito civil e comercial, onde o comerciante costumava ser designado de "empresário". No entanto, a partir da edição do Código Civil de 2002, com a unificação do direito privado e o surgimento do direito de empresa, a utilização do termo "empresário" vem causando certa confusão, tanto na seara jurídica, quanto nas demais ciências sociais. Atualmente, e cientificamente falando, "empresária" é a sociedade, a quem compete o desempenho dos atos tendentes ao fim estabelecido no contrato social. O gestor ou administrador – demanda a prudência – merece nova denominação, aqui adotada, a de "empreendedor", a fim de que reste devidamente determinado o objeto do estudo e a pessoa sobre a qual deve ser aplicado o princípio da dignidade.
[29] Tendo em vista que não há que se falar em dignidade de pessoa jurídica.

Diante dessas colocações e da relevância do papel da empresa e da atividade desenvolvida pelo empreendedor, não se pode desmerecer "a importância crescente da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea."[30]

Daí a pertinência e a importância em tratar da empresa e do empreendedor como pontos nodais para o desenvolvimento de forma digna e de acordo com os parâmetros econômicos que a sociedade da informação demanda. Isso porque, a própria noção de empresa traz em seu bojo os valores sociais que ela representa, tanto para a sociedade, quanto para o próprio empreendedor. Nesse sentido, destaca-se, com Rubens REQUIÃO, que:

> [...] hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da sociedade em que vive.[31]

Se cada um dos ramos do Direito deve ser pensado, não só de acordo com a Constituição Federal, mas a partir desta, é certo que o Direito Empresarial merece lugar de destaque no estudo dos juristas, na medida em que traduz os anseios e o rumo de uma dada economia social. Isto porque, é a empresa, em seus inúmeros aspectos, que dá suporte para o desenvolvimento econômico de uma nação e da preservação da dignidade da pessoa humana.

Por essas razões é que, ao jurista mais atento, compete identificar que, assim como o empregado bem qualificado é elemento chave para a rentabilidade e a competitividade da empresa, o empreendedor é figura indispensável, tanto para a existência da empresa, quanto para a realização de sua finalidade social.

A tutela constitucional da empresa engloba, acima de tudo, a proteção do próprio empreendedor. Assim como a liberdade, o direito de associação, a iniciativa privada, e a dignidade da pessoa humana são tuteladas de uma forma geral a todo indivíduo e, especialmente à categoria do empregado, também merecem ser objeto de proteção

---

[30] WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de Direito Mercantil*, [s.l. : s.n.], v. 98, s./d., p. 52.
[31] REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

jurídica ao empreendedor. Explica-se: considerando ser "inafastável a visão da empresa como mais poderoso agente social no contexto dos países inseridos na economia globalizada" enquadrando-se esta como "poderosíssimos agentes sociais"[32], não se pode olvidar que o empreendedor, na qualidade de indivíduo que exerce os direitos de livre iniciativa e valor social de seu próprio trabalho, aliado ao de terceiros, representa papel fundamental para o desenvolvimento da economia, do Direito, da sociedade e do Estado.

Em tempos em que prevalece o modo de economia transnacional, onde o bem juridicamente tutelável é a informação, surge, cada vez mais forte, a necessidade de integração regional, econômica e cultural para o desenvolvimento dos países, sendo centrados na figura da empresa e na pessoa do empreendedor, enquanto pessoa natural responsável pela gestão, desenvolvimento e atuação da empresa, os esforços para o crescimento do país.

Logo, a preservação da atividade do empreendedor, enquanto valorização do trabalho humano, realização dos fins que a própria sociedade e o Estado demandam, bem como, a tutela à livre iniciativa, não podem ser desconsiderados nas ponderações feitas em cada caso concreto a partir do princípio metajurídico da dignidade da pessoa humana. Mesmo porque, extrai-se das lições de Eros Roberto GRAU que "a livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho, do trabalho livre [...] em uma sociedade livre e pluralista" [33], representando um atributo inalienável pelo homem, sempre que concebida no âmbito social e enquanto meio de realização dos direitos fundamentais tutelados em nível constitucional.

Esse direito de adentrar e permanecer no mercado econômico a que o empreendedor faz jus, enquanto realização de sua dignidade, é pontualmente tratado por DALLEGRAVE NETO, quando afirma que

> [...] ao produzir riqueza, o empresário está trazendo um resultado útil a toda a coletividade e, nessa medida, quanto maior sua função de agente criador de prosperidade econômica para a coletividade, mais se justifica um tratamento vantajoso por parte do ordenamento jurídico. Com efeito, a prosperidade coletiva (*vg*: geração de empregos e riquezas) deve ser identificada como resultado natural da atividade do empresário.[34]

---

[32] TOKARS, Fábio. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional:* situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002, p. 78.
[33] GRAU, E. R.. Op. cit., p. 241.

Além disso, é dever do Estado e da sociedade civil, além de implementar programas de inclusão social e de qualificação do e para o trabalho, assegurar também ao empreendedor o direito de manter-se no mercado econômico, enquanto fonte[35] de geração de empregos, pagamento de tributos, circulação de riquezas, cumprimento das finalidades e funções dos contratos e da propriedade, sobretudo porque é o exercício de sua atividade que lhe garante o *status* de dignidade.

Ora, em sendo a empresa e o empreendedor as molas propulsoras da economia local, regional, nacional e globalizada, não se pode desconsiderar a necessidade de os juristas, os economistas e, sobremaneira, a própria sociedade, em reconhecer a existência de direitos fundamentais a tais pessoas, colocando-as no local de destaque que merecem estar, face à imprescindibilidade de suas atividades, conforme já foi ressaltado neste artigo.

Afinal, não se pode desconsiderar o fato de que o indivíduo passa mais tempo dentro de uma empresa ou desenvolvendo uma atividade empresarial do que com sua própria família, seja na qualidade de empreendedor – a quem, repita-se, compete o desenvolvimento e a gestão de uma atividade econômica que reflete o próprio desenvolvimento do Estado –, seja no outro pólo, enquanto trabalhadores.

Em sendo assim, e diante da irrefutável importância que empresas e empreendedores ocupam hodiernamente no cenário econômico, com o mesmo valor jurídico e social do trabalho, urge a necessidade de se tutelar seus direitos.

É que sem empresa e sem a atividade do empreendedor não há trabalho, fomento para o Estado, circulação de riquezas, pagamento de tributos, e, por essa via, melhora na educação, saúde, lazer e demais direitos sociais do indivíduo; simplesmente não há dignidade da pessoa humana: nem do empregado, nem do empregador. Essa é uma das tantas razões para se afirmar que "a conservação da empresa se impõe para [...] não perder de vista que a dignidade da pessoa humana reclama condições mínimas de existência, existência digna, conforme os ditames da justiça social, como fim da ordem econômica."[36]

---

[34] DALLEGRAVE NETO, J. A.. Op. cit., p. 350.
[35] Tendo em vista que é a partir da gestão da empresa pelo empreendedor que os valores constitucionais se realizam.
[36] GOMES, D. G. P.. Op. cit., p. 147.

Portanto, urge reconhecer estar inserido no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana o exercício da livre iniciativa adotada pelo empreendedor, ao lançar-se no mercado econômico e figurar como sujeito de direito, responsável pelo fomento da economia de um país, criação de empregos e preservação dos valores e princípios sociais previstos na Lei Fundamental, notadamente, no caso da brasileira, em seus artigos 1º, inciso III, e 170.

Conforme bem pontuam Flávia PIOVESAN e Renato VIEIRA:

> Aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito, seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade da pessoa humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.[37]

É por isso que, a partir dos conceitos aqui tratados e da discussão que foi levantada, e diante da relevância da tutela do vetor da dignidade da pessoa humana, pode-se atribuir aos operadores e transformadores do Direito a difícil tarefa de lutar para assegurar a efetividade desse princípio metajurídico, de maneira a assim garantir a todos o igual direito de acesso ao mercado de trabalho, enquanto forma de valorização plena da pessoa, de inclusão cidadã, e de preservação de sua dignidade

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização e a manutenção da dignidade da pessoa humana, valor elevado ao *status* de princípio metajurídico, eis que decorrente da própria possibilidade de existência e preservação da espécie humana, demanda um olhar mais atento do jurista.

Ao prever e assegurar um rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal brasileira em vigor assegura a todos os indivíduos a dignidade, a qual, para se realizar, demanda dos aplicadores do Direito a observância, entre outros, do valor social do trabalho em sua magnitude de princípio, aplicável não apenas aos trabalhadores empregados, mas também à categoria dos empreendedores.

Logo, a preservação da ordem jurídica e a realização dos direitos individuais, sociais e o desenvolvimento do país, frente à transnacionalização da economia,

[37] PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. Op. cit., p. 398.

demandam a releitura da abrangência do valor social do trabalho e da livre iniciativa, enquanto mecanismos de preservação da dignidade da pessoa humana.

Assim, a fim de que se possa efetivamente falar em observância aos princípios mais básicos da pessoa humana – entre eles, o do valor social do trabalho e o da livre iniciativa, princípios fundantes da República Federativa do Brasil – é fundamental que se assegure, tanto aos trabalhadores empregados, quanto ao empreendedor, o direito de ingressar e permanecer no mercado econômico, exercendo atividade lícita e atendendo às finalidades psíquicas e sociais que só aquele que é trabalhador sabe a magnitude de seu real significado.

Somente a partir dessa atividade econômica empreendedora lítica e ética é que se proporcionará o desenvolvimento social, econômico e cultural do País, sendo esta uma das mais importantes vias de asseguramento da dignidade da pessoa humana, conforme se logrou demonstrar ao longo deste artigo.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, a. XXXIX, n. 117, p. 157-162, jan./mar. 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional:* ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. *Responsabilidade social das empresas:* práticas sociais e regulação jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAVALLI, Cassio. Apontamentos sobre a função social da empresa e o moderno direito privado. *Revista de direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, p. 22-29, abr./jun. 2005.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Compromisso social da empresa e sustentabilidade – aspectos jurídicos. *Revista LTr - Legislação Trabalhista*, São Paulo, v. 71, n. 03, p. 346-350, mar. 2007.

FERRONATO, Paula. A empresa no novo Código Civil: elemento unificador do Direito Privado. *Revista dos tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 843, p. 11-36, jan. 2006.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. *Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica:* problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. *Dicionário de Direito Empresarial*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTAÑO, Carlos. *Microempresa na era da globalização***:** uma abordagem histórico-crítica. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). Direito em movimento. Curitiba: Juruá, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:* doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. P. 355-398.

POPP, Carlyle. Liberdade negocial e dignidade da pessoa humana: aspectos relevantes. In: NALIN, Paulo; VIANNA, Guilherme Borba (Coord.). Direito em movimento. Curitiba: Juruá, 2007. P. 61-82.

REALE, Miguel. O direito de empresa no novo Código Civil. *Jus navigandi*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 22 abr. 2005.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. V. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e princípios fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 24, p. 235-252, out./dez. 2005.

TOKARS, Fábio. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional:* situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002. P. 77-96.

_____. *Sociedades limitadas*. São Paulo: LTr, 2007.

WALD, Arnoldo. O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional. *Revista de Direito Mercantil*, [s.l. : s.n.], v. 98, s./d.

"AS BASES JURÍDICAS DO DIREITO PORTUÁRIO NO BRASIL"

Miriam Ramoniga*

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a reflexão sobre o tema "As Bases Jurídicas do Direito Portuário no Brasil" sua caracterização como ramo do Direito, a classificação da sua respectiva legislação e as conexões com os diversos ramos do Direito, seguindo as orientações do Professor Dr. Cesar Luiz Pasold, em "Lições Preliminares de Direito Portuário"[1].

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PORTUÁRIO; ATIVIDADE PORTUÁRIA; LEI N.º 8.630/93 - LEI DOS PORTOS.

ABSTRACT

This article has as its objective the reflection about the theme "The juridical basis of Port Legislation in Brazil", its characterization as a Law branch, the placing of its respective legislation and the connections with the various law branches, according to the orientation of Professor Dr. Cesar Luiz Pasold, in "Preliminary lessons of Port Legislation".

KEYWORDS: PORT LEGISLATION; PORT ACTIVITIES; LAW N.º 8.630/93 - LAW OF PORTS.

INTRODUÇÃO:

Os fundamentos utilizados no presente artigo vêm ao encontro da necessidade de aprimorar os estudos relacionados com a Atividade Portuária no Brasil e consolidar as bases jurídicas do Direito Portuário no Brasil.

* Mestranda na disciplina: Elementos Jurídicos da Atividade Portuária, ministrada, no segundo semestre letivo de 2006, pelo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ -Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica –PMCJ- Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e Sociais – CEJURPS- Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Linha de pesquisa: Direito Internacional, Meio Ambiente e Atividade Portuária. Advogada no Escritório de Advocacia Reti Jane Popelier & Advogados Associados: e-mail: ramoniga@hotmail.com.

[1] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** 144 p.

O método adotado neste artigo, tanto na investigação quanto no relato, foi o indutivo[2], utilizando-se as técnicas da categoria[3]; do conceito operacional[4] e do referente[5].

Apresentamos, inicialmente, as "Lições Preliminares do Direito" do Prof. Miguel Reale, para, em seguida, equacionar as bases jurídicas do Direito Portuário Brasileiro nas explicações e conceitos do Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold.

Temos, assim, as bases jurídicas do Direito Portuário no Brasil, sua caracterização como um novo ramo do Direito, sob a égide da Legislação Básica do Direito Portuário, com destaque inicial para a Lei Nuclear Básica: a Lei n.º 8630/93; em seguida, a classificação da Legislação Conexa ao Direito Portuário, a Legislação Correlata ao Direito Portuário e a Legislação Análoga de Direito Portuário, observando-se as situações que envolvem as operações relacionadas ao Porto e às Atividades Portuárias, evidenciando sua autonomia, quando são visualizadas as conexões com os diversos ramos do direito.

As normas jurídicas e suas categorias, segundo Reale, (1998, p. 96-97)[6]:

> O essencial é reconhecer que as normas jurídicas, sejam elas enunciativas de formas de ação ou comportamento, ou de formas de organização e garantia das ações ou comportamentos, não são modelos estáticos e isolados, mas sim modelos dinâmicos que se implicam e se correlacionam, dispondo-se num sistema, no qual umas são subordinantes e outras subordinadas, umas primárias e outras secundárias, umas principais e outras subsidiárias ou complementares, segundo ângulos e perspectivas que se refletem nas diferenças da qualificação verbal.

A estrutura trivalente da norma jurídica, no ensinamento de Reale, (1998, p. 102)[7]: "Sendo a regra jurídica o elemento nuclear do Direito, é evidente que ela não pode deixar de ter uma estrutura tridimensional."

Reale (1998, p. 103)[8] explica: "(...) que o momento lógico expresso pela proposição hipotética, ou a *forma da regra jurídica*, é inseparável de sua *base fática* e de seus *objetivos axiológicos: fato, valor e forma lógica* compõem-se, em suma, de maneira

---

[2] O método indutivo, nas palavras de Pasold, consiste em: "*pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral*" *In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 104.

[3] Por categoria, segundo Pasold: "*a palavra ou a expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia" In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 31.

[4] Conceito operacional, conforme Pasold, é: "*quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra e expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional." In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 45.

[5] A técnica do referente, nas palavras de Pasold: "*a explicação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para a pesquisa." In:* PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 62.

[6] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 96-97.

[7] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 102.

[8] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 103.

complementar, dando-nos, em sua plenitude,a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito."

No que tange à validade da norma, conforme Reale (1998, p. 105)[9]: "não basta que uma regra jurídica se estruture, pois é indispensável que ela satisfaça a requisitos de validade, para que seja obrigatória. A validade de uma norma de direito pode ser vista sob três aspectos: o da validade formal ou técnico-jurídica (*vigência*), o da validade social (*eficácia ou efetividade*) e o da validade ética (*fundamento*).

As fontes do direito e poder e suas formas, conforme Reale (1998, p. 141)[10]: "(...) quatro são as fontes de direito, (...) *o processo legislativo*, expressão do Poder Legislativo; *a jurisdição*, que corresponde ao Poder Judiciário; *os usos e costumes jurídicos*, que exprimem o *poder social*, ou seja, o poder decisório anônimo do povo; e, finalmente, *a fonte negocial*, expressão do *poder negocial* ou da *autonomia da vontade*."

Conforme Reale (1998, p. 197)[11]: "(...) que o ordenamento jurídico pode ser visto como um macromodelo, cujo âmbito de validade é traçado em razão do modelo constitucional, ao qual devem imperativamente se adequar todos os modelos jurídicos."

"O Estado Social da democracia distingue-se, em suma, do Estado Social dos sistemas totalitários, por oferecer, concomitantemente, na sua feição, jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade," conclui Bonavides (2004, p. 204)[12].

1 - DIREITO PORTUÁRIO - CARACTERIZAÇÃO COMO RAMO DO DIREITO E CLASSIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

A origem da Lei n.º 8.630/93- "Lei dos Portos, deu-se através do Projeto de Lei n. 8 de 1991, com 11 (onze) artigos, após o trâmite pelas comissões na Câmara dos Deputados, foi sancionada em 25 de fevereiro de 1993, conforme Stein (2002, p. 42)[13].

Considerando a relevância do tema estudado e diante da escassez de obras que a ele fazem referência e ainda, com o comprometimento no mundo acadêmico, trazemos, na íntegra, as lições do Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 14-26)[14], que nos ensina ser o

[9] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 105.
[10] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 141.
[11] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 197.
[12] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** p. 204.
[13] STEIN, Alex Sandro. Projeto de Lei n. 8, de 1991, do Poder Executivo *"dispõe sobre a prestação de serviços e de mercadorias, armazenagem, transporte, vigilância e demais serviços correlatos ou afins nos portos, a construção e exploração de instalações portuárias, a estruturação de tarifas portuárias, e dá outras providências."* **Curso de direito portuário: lei n. 8.630/93**. p. 42.
[14] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 24-26.

Direito Portuário constituído de um **ramo autônomo** do Direito, consagrando-se quando cumpre, no mínimo, a quatro requisitos essenciais:

> 1º - possuir uma unidade epistemológica, quer dizer, uma unidade temática caracterizada, perfeitamente delineada, ou seja, um assunto jurídico claramente desenhado e ao qual evidentemente se dedica;
> 2º - esta unidade epistemológica, ou esse assunto claramente definido tem uma legislação que lhe e básica em seu disciplinamento, a partir de pelo menos uma lei nuclear que preencha a condição da sua identificação absoluta, ou seja, ela trata fundamentalmente do tema que diz respeito a esta unidade epistemológica;
> 3º - e tal unidade epistemológica claramente delineada que tem sua legislação própria, específica, básica, com lei nuclear que lhe é tematicamente exclusiva, se relaciona com outras unidades epistemológicas, vale dizer, com outros ramos do Direito, em relacionamentos visíveis, claramente demonstráveis.
> 4º - e, enfim, o quarto requisito consiste no fato de que todo ramo do Direito há que se nutrir permanentemente nas Fontes do Direito, sob pena de perecer caso não disponha de Lei e/ou Jurisprudência e/ou Doutrina e/ou Costumes para realimentar-se.

Para LEGISLAÇÃO BÁSICA DO DIREITO PORTUÁRIO, conforme o Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 35-44)[15], designa o seguinte conceito operacional:

> (...) é a Legislação que trata **exclusivamente** da matéria que caracteriza aquele ramo do Direito. Portanto, a legislação será considera básica a um ramo do Direito, quando o seu conteúdo tiver **conexão absoluta** com aquele ramo do Direito. De outra parte, dentro da legislação básica de um ramo do Direito é comum encontrar-se uma lei que é a **básica nuclear**, vale dizer, aquela que é a essência da disciplina daquele ramo do direito, em torno do qual gravitam os demais textos normativos.
> **A LEI BÁSICA NUCLEAR DO DIREITO PORTUÁRIO** é a Lei 8.630/93, cuja ementa registra: Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências.
> Integram a LEGISLAÇÃO BÁSICA DO DIREITO PORTUÁRIO **além** da Lei Nuclear Básica acima especificada, entre outros e para exemplificar, os seguintes atos legais:
> 1- **LEI Nº 9.719, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998.** Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências.
> 2- **LEI Nº 4.860, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1965.** Dispõe sobre o regime de trabalho nos portos organizados, e dá outras providências.
> 3- **DECRETO Nº 4.391, DE 26 DE SETEMBRO DE 2002.** Dispõe sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, cria o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, estabelece a competência para a realização dos certames licitatórios e a celebração dos contratos de arrendamento respectivos no âmbito do porto organizado, e dá outras providências.
> 4- **DECRETO Nº 1.886, DE 29 DE ABRIL DE 1996**. Regulamenta disposições da Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e dá outras providências.
> 5- **NR 29**- Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho Portuário, aprovada pela **PORTARIA Nº 53, DE 17 DE DEZEMBRO DE 1997; PORTARIA Nº 18, DE 30 DE MARÇO DE 1998,** acrescenta ao Anexo II da NR 28 que trata de fiscalização e penalidades, as infrações ao descumprimento do disposto na NR 29 **PORTARIA N.º 17, DE 12 DE JULHO DE 2002,** altera os itens da NR-29- SSTP e, com redação alterada pela **PORTARIA N.° 158, DE 10 DE ABRIL DE 2006.**

Para LEGISLAÇÃO CONEXA AO DIREITO PORTUÁRIO, designa o Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 39-42)[16], designa o seguinte conceito operacional:

> (...) é aquela que trata de maneira não exclusiva da matéria que caracteriza aquele ramo do Direito. Portanto, a legislação será considerada conexa a um ramo do Direito quando o seu

[15] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 35-44. (grifos no original)
[16] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 39-42. (grifos no original)

conteúdo tiver conexão parcial com aquele ramo do Direito, exemplificando, quando a lei cuida de matéria daquele ramo do Direito, mas também de outras matérias. Integram a LEGISLAÇÃO CONEXA AO DIREITO PORTUÁRIO, entre outros e para exemplificar, os seguintes diplomas legislativos:

1- **LEI Nº 11.314, DE 3 DE JULHO DE 2006.** Altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a Lei nº 11.171, de 2 de setembro de 2005, que dispõe sobre a criação de carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, a Lei nº 11.233, de 22 de dezembro de 2005, que institui o Plano Especial de Cargos da Cultura e a Gratificação Específica de Atividade Cultural - GEAC, cria e extingue cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo, dispõe sobre servidores da extinta Legião Brasileira de Assistência, sobre a cessão de servidores para o DNIT e sobre controvérsia concernente à remuneração de servidores do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, a Lei nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004; a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, e a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, e da Medida Provisória nº 280, de 15 de fevereiro de 2006; e autoriza prorrogação de contratos temporários em atividades que serão assumidas pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC.

2- **LEI No 10.233, DE 5 DE JUNHO DE 2001.** Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.
3- **LEI No 9.966, DE 28 DE ABRIL DE 2000.** Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências."

4- **LEI Nº 9.277, DE 10 DE MAIO DE 1996.** Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais."

Para LEGISLAÇÃO CORRELATA AO DIREITO PORTUÁRIO, conforme o Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 42-44)[17], designa o seguinte conceito operacional:

(..) é a legislação que não trata exclusivamente nem parcialmente da matéria daquele ramo do Direito, mas disciplina questões que atingem as relações normatizadas naquele ramo do Direito. Nesta linha conceitual, portanto, integram a LEGISLAÇÃO CORRELATA AO DIREITO PORTUÁRIO, por exemplo e entre outros, os seguintes atos legislativos:

1- **LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

2- **LEI Nº 9.491, DE 9 DE SETEMBRO DE 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências."
3- **LEI Nº 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995.** Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.

[17] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 42-44. (grifos no original)

> 4- **LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências."
>
> 5- **LEI Nº 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências."
> 6- **LEI Nº 8.883, DE 8 DE JUNHO DE 1994.** Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências."
>
> 7- **LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
>
> 8- **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Para LEGISLAÇÃO ANÁLOGA AO DIREITO PORTUÁRIO, utiliza Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 42-44) [18],

> (...) esta expressão para designar diplomas normativos de Direito Portuário que são similares entre si em um ou mais Países, Estados Membros ou Municípios. Nesta linha conceitual , será considerada como LEGISLAÇÃO ANÁLOGA AO DIREITO PORTUÁRIO, por exemplo, a lei de um determinado Município que, no seu âmbito, tratar da mesma matéria disciplinada pela Lei Municipal nº 2.970, de 16.06.1995, do Município de Itajaí/SC ("Lei Priess"), que instituiu a Autarquia Portuária.

2- DIREITO PORTUÁRIO - CONEXÕES COM OS RAMOS DE DIREITO

Destaca-se que a conexão, isto é, o relacionamento por vezes, torna-se interdisciplinar e multidisciplinar, até mesmo se desdobrando e evidenciando sua influência, em mais de um ramo ao mesmo tempo, exemplo da concessão dos portos: - tem a competência no Direito Constitucional, as regras no Direito Administrativo e a regulação no Direito Regulatório.

Conforme Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 27)[19], "o Direito Portuário se relaciona evidentemente com, pelo menos, os seguintes ramos do Direito (...)" que totalizam quatorze ramos. Colacionamos a seguir, alguns exemplos da conexão com o Direito Portuário, sendo que, seis dos exemplos estão na obra Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 28-32) [20], incluímos no decorrer dos nossos estudos, ainda: **15. Direito Tributário, 16. Direito Previdenciário,** observando que, com algumas disciplinas, o relacionamento é visivelmente mais próximo.

A ordem a seguir é de caráter sugestivo e não implica maior ou menor proximidade.

[18] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 42-44. (grifos no original).
[19] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 27.
[20] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 28-32.

2.1 Direito Constitucional

Conforme Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 28)[21],

> Com o DIREITO CONSTITUCIONAL, na fonte legal superior, a Constituição da República Federativa do Brasil, encontramos no artigo 21, entre as competências da União, no inciso XII, a de:
> 'explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (...) d) os serviços de transporte *ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; ... f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;...*E no artigo 22 da mesma Carta Maior, entre as competências da União, a de legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes (inciso IX) e o regime dos portos (inciso X).

O Direito Constitucional, conforme Prof. Dr. Paulo Márcio Cruz (2004, p. 25)[22]:

> Atualmente, o desenvolvimento das organizações públicas e a intervenção do Estado na vida social e econômica levaram a uma situação diametralmente oposta àquela existente na Idade Média: a vida do cidadão passa a ter uma íntima ligação com Poder Público, enquanto governante e garantidor do interesse comum. Desta forma, as normas de Direito Público passam a ter notória importância. Pode-se dizer que houve uma publicização da vida jurídica. O Direito Constitucional está incluído, como é a tradição, no âmbito do Direito Público, junto com outros conjuntos normativos com suas próprias características (Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Previdenciário etc.)

Enfatiza Reale (1998, p. 345)[23]: "como as normas constitucionais são as normas supremas, às quais todas as outras têm de se adequar, a Constituição, além de delimitar as esferas de ação do Estado e dos particulares, prevê as formas preservadoras dos direitos fundamentais in abstracto e in concreto."

No entendimento de Beserra (2005, p. 69)[24], "existem três regimes constitucionalmente estabelecidos para a exploração direta de serviços públicos: concessão, permissão e autorização. Estes são os únicos gêneros admitidos para que terceiros desenvolvam atividades públicas. Dentre estas, para explorar o porto organizado, a lei pinçou a concessão."

2.2 Direito Administrativo

Conforme Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 42-44)[25], "Com o DIREITO ADMINISTRATIVO, por exemplo, relações importantes no que concerne a estratégicos conceitos doutrinários e à disciplina de institutos jurídicos relevantes como os de concessão, autorização, permissão."

O Direito Administrativo, explica Carlin (2002, p. 57)[26], deve ser concebido como um sistema de normas que regem a Administração Pública, e para garantir sua validade, as normas devem ser interpretadas segundo seus princípios fundamentais:

[21] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 28.
[22] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**.p. 25.
[23] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 345.
[24] BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um compêndio básico de direito portuário.** p. 69.
[25] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 42-44. (grifos no original).
[26] CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: doutrina jurisprudência e direito comparado.** p. 57.

"legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade administrativa, devido processo legal, isonomia, supremacia do interesse público, hierarquia, razoabilidade e eficiência."

Sobre a **LEI 11.079 DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**[27], que "*institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública"*, denominada a Lei das PPP, esclarece Beserra (2005, p. 148)[28]:

> Portanto, a Lei das PPP torna viável a concessão de portos organizados e a subconcessão de execução de obras de construção de infra e superestrutura portuária, bem como os contratos de arrendamento para a exploração de instalações portuárias, que não o seriam, viáveis, sem a parceria pública, nos termos da Lei. A Lei dos Portos introduziu a construção e exploração de instalações, auto sustentáveis financeiramente, do porto organizado por terceiros. A Lei das PPP acrescentou o ingrediente que possibilita o ingresso do particular no desenvolvimento da atividade do porto organizado, mesmo quando a sua exploração não é financeiramente rentável. Como a Lei se aplica às sociedades de economia mista e demais entidades controladas pelas pessoas jurídicas de direito público, poderão das Docas da União e as concedidas e delegadas a Estados e Municípios, utilizarem-se de seus preceitos.

2.3 - Direito Comercial

O Código Comercial, instituído pela **LEI Nº 556, DE 25 DE JUNHO DE 1850**[29], foi em parte revogado pela Lei 10.406, de 10.1.2002[30], sendo que tem vigência a parte segunda do Comércio Marítimo, a partir do artigo 457, estando assim relacionado com o Direito Portuário em muitos aspectos.

Observamos ainda, que outras alterações ocorreram através das legislações[31], mas alguns artigos tem vigência.

Como podemos observar, na leitura de alguns de seus artigos:

> Art. 506 - Na véspera da **partida do porto da carga**, fará o **capitão inventariar**, em presença do piloto e contramestre, as amarras, âncoras, velames e mastreação, com declaração do estado em que se acharem. Este inventário será assinado pelo capitão, piloto e contramestre. Todas as alterações que durante a viagem sofrer qualquer dos sobreditos artigos serão anotadas no Diário da Navegação, e com as mesmas assinaturas.
> Art. 510 - **É proibido ao capitão entrar em porto estranho ao do seu destino**; e, se ali for levado por força maior (artigo nº. 740), é obrigado a sair no primeiro tempo oportuno que se oferecer; pena de responder pelas perdas e danos que da demora resultarem ao navio ou à carga (artigo nº. 748).
> DOS PASSAGEIROS - Art. 629 - O passageiro de um navio deve achar-se a bordo no dia e hora que o capitão designar, quer no porto da partida, quer em qualquer outro de escala ou arribada; pena de ser obrigado ao pagamento do preço da sua passagem por inteiro, se o navio se fizer de vela sem ele.
> DAS ARRIBADAS FORÇADAS - Art. 740 - Quando um **navio entra por necessidade em algum porto** ou lugar distinto dos determinados na viagem a que se propusera, diz-se que fez arribada forçada (artigo nº. 510).
> Art. 750 - Todos os **casos de abalroação** serão decididos, na menor dilação possível, por peritos, que julgarão qual dos navios foi o causador do dano, **conformando-se com as disposições do**

[27] Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm, acesso em 13.11.2006.
[28] BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um compêndio básico de direito portuário.** p. 148.
[29] Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0556-1850.htm, acesso em 13.11.2006.
[30] Disponível: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, acesso em 13.11.2006.
[31] Os artigos que tratam "das embarcações", foram parcialmente alterados primeiramente pela lei nº 7.652/88 , que "dispõe sobre o registro da Propriedade Marítima e dá outras providências", e foi revogada pela Lei nº 9432/97, que "altera a Lei nº 7.652, de 3 de fevereiro de 1988, que dispõe sobre o Registro da Propriedade Marítima", disponível em: www.planalto.gov.br.

> **regulamento do porto**, e os usos e prática do lugar. No caso dos árbitros declararem que não podem julgar com segurança qual navio foi culpado, sofrerá cada um o dano que tiver recebido.

2.4 Direito Marítimo

O Direito Marítimo tem o relacionamento configurado com a participação dos profissionais do direito marítimo nas questões portuárias tais como: proprietário da embarcação, armadores, agentes marítimos e o prático; este personagem, **o prático**, destaca-se por se relacionar multidisciplinarmente.

Conforme Gilbertoni (2005, p. 133-134)[32], a praticagem consiste na atividade pela qual um profissional devidamente habilitado embarca em um navio para prestar apoio ao comandante durante a navegação em zonas críticas, **entradas e saídas de portos, manobras de atracação e desatracação, fundear e suspender.**

Quanto à qualificação trabalhista, explica Gilbertoni (2005, p. 138) [33], o prático e o praticante de prático são trabalhadores avulsos, tais como os estivadores, arrumadores e outros profissionais que atuam na área marítima. (...) atualmente sob a égide da **Lei que regula o órgão gestor de mão de obra**.

O profissional da praticagem, **o prático**, recebe destaque também na NR 29, no item 29.3, e seguintes – que trata sobre a segurança, higiene e saúde no trabalho portuário, quando aborda o tema relacionado as operações de atracação, desatracação e manobras de embarcações:

As especificidades do Direito Marítimo, em Castro Jr[34]:

> As especificidades do Direito Marítimo e o avanço tecnológico das atividades dos agentes que nele atuam, demandam uma atualização e revisão constante dos princípios de direito internacional público e privado e das normas que regulam esse forte segmento da indústria de serviços internacionais, cuja competição deve aumentar e criar dependências jurídicas interna e externa, caso não haja maior compromisso do ensino jurídico nacional na sua difusão.

2.5- Direito Econômico

As relações comerciais internas e externas conferem ao Direito Econômico abrangência Internacional com regramentos que lhe são próprios.

Neste sentido, leciona Oliveira (2003, p. 846):[35]

> (...) a preocupação voltada em torno de regimes ordenativos dessas relações comerciais globais e do desenvolvimento do mercado mundializado tanto foi sendo abrangida pelos âmbitos do direito

[32] GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do direito marítimo.** p. 133-134. Grifou--se.
[33] GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do direito marítimo.** p. 138. Grifou-se.
[34] Disponível em: www.univali.br/, 200.169.62.7/asp/system/empty.asp?P=3720&VID=default&SID=165533518245393&S=1&A=process:readfile.asp:action=open:file=u374lx.pdf&C=41143, *In:* CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. Introdução ao Direito Marítimo, acesso em 14.11.2006.
[35] OLIVEIRA Odete Maria de. **Relações comerciais globais e o império dos mercados mundiais.** Organizado por Arno Dal Ri Júnior, *in:* **Direito Internacional Econômico em Expansão**. p. 846.

> internacional público e privado como se estendeu a âmbitos de direitos nacionais dos Estados – direitos comercial, financeiro, administrativo, tributário etc. – não se desconhecendo que grande parte dessas transações comerciais são induzidas por regras estabelecidas pelos próprios operadores econômicos, à margem das regras e das instituições oficiais.

Segundo informações, o Departamento Nacional de Infra- Estrutura de Transportes[36] –*DNIT*- é o principal órgão executor do Ministério dos Transportes. Foi implantado em fevereiro de 2002, para desempenhar as funções relativas à construção, manutenção e operação da infra-estrutura dos segmentos do Sistema Federal de Viação, sob administração direta da União nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário.

2.6- Direito Regulatório

As agências regulatórias[37] funcionam com num micro- sistema subsumidas a um macro-sistema, o sistema legal. Observando o desencadeamento do mercado econômico, que atua nos mais diversos campos, traz-se como exemplo: ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários; ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres;ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária; ANS - Agência Nacional de Saúde; ANP - Agência Nacional do Petróleo; ANA - Agência Nacional das Águas; ABAR – Associação Brasileira das Agências de Regulação.

No que tange ao exercício da regulação das agências regulatórias, afirma Menezello (2004, p. 123)[38] "que cabe ao Direito Regulatório encontrar as alternativas legais e possíveis, justas e razoáveis na aplicação de normas constitucionais e legais, com atendimento do interesse dos antes regulados e com destaque para ampliar a competição entre os agentes econômicos."

Na opinião de Beserra (2005, p. 22-23) [39] "(...) a **regulação portuária deve manter-se nos limites da garantia dos primados da atividade econômica que se utiliza de infra-estrutura pública.** Exceção deve ser feita para portos com exclusiva finalidade parafiscal, estes sim, que têm vocação para serem diretamente administrados pela União."

2.7- Direito Civil

Sobre a **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**[40], que "Institui o Código Civil", cujos dispositivos do Código, têm concreta aplicabilidade ao tratar dos

[36] Disponível: www1.dnit.gov.br/imprensa/download/Portuario.doc, acesso em 14.11.2006
[37] As agências regulatórias relacionadas, para fins de pesquisa acadêmica, veja: endereços eletrônicos *(site)*: www.antaq.gov.br/, www.antt.org.br/, www.anvisa.gov.br/, www.ans.gov.br/, www.anp.gov.br, www.anatel.gov.br, www.ana.gov.br, www.abar.org.br, www.petrobras.com.br, www.dpc.mar.mil.br/.
[38] MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras de direito brasileiro**. p. 123.
[39] BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um compêndio básico de direito portuário.** p. 22- 23. Grifou-se
[40] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, acesso em 13.11.2006.

bens públicos, do direito das obrigações, dos contratos, do transporte, da responsabilidade civil, exemplificando com os seguintes artigos:

> Os bens públicos que são de uso comum do povo:
> Art. 99. São bens públicos:
> I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
> II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

O transporte, tem suas regras determinadas, primeira-mente, no Código Civil, complementado com lei ordinária. Vejamos:

> Art. 730. Pelo **contrato de transporte** alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, **pessoas ou coisas**.
> Art. 731. O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.
> Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, **os preceitos constantes da legislação especial** e de tratados e convenções internacionais. (grifou-se).

Ao definir conceitos, nos incisos I e II, do § 1º, para efeitos da Lei 8.630/93, que estabelece:

> I - Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, **da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias**, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária; (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006).
> II - Operação Portuária: a de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários; (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006).(grifou-se).

Vejamos as definições dos incisos destacados V, VII, XI, XIII do artigo 2º da **Lei 9.432 de 8 de janeiro de 1997**[41], que "dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências," esta poderia integrar a LEGISLAÇÃO BÁSICA DO DIREITO PORTUÁRIO, tendo em vista a **exclusividade** da matéria.

> V - empresa brasileira de navegação: pessoa jurídica constituída segundo as leis brasileiras, com sede no País, que tenha por objeto o **transporte aquaviário**, autorizada a operar pelo órgão competente;
> VII - **navegação de apoio portuário**: a realizada **exclusivamente nos portos e terminais aquaviários**, para atendimento a embarcações e instalações portuárias;
> XI - navegação de longo curso: **a realizada entre portos brasileiros e estrangeiros**;
> XIII - frete aquaviário internacional: mercadoria invisível do intercâmbio comercial internacional, produzida por embarcação.

O proprietário do navio, pois, poderá ser pessoa física ou jurídica, em nome de quem a propriedade da embarcação é inscrita na autoridade marítima e no Tribunal Marítimo; o afretador a casco nu, pessoa física ou jurídica, que detém o total controle do navio, tomando providências como se fora o proprietário, inclusive, a de realizar contrato

[41] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9432.htm, acesso em 20.03.2007. Grifou-se

de salvaguarda, poderá direcionar o navio para qualquer parte, observadas as normas internacionais de segurança e salvaguarda da vida humana no mar.

Conforme Gilbertone (2005, p. 250-251): [42]

> Um navio só deve pedir socorro quando está em situação de alto risco, pois os serviços de salvamento são muito caros. (...) o capitão do navio em perigo assine o contrato de salvamento, deixando a remuneração a ser discutida pelos árbitros (...) A doutrina brasileira dispõe que, quando há possibilidade de o **navio salvado entrar no porto** de arribada e depois **sair sem pagar o salvamento**, o **salvador deve acautelar-se** promovendo o **arresto.** (grifou-se)

2.8- Direito Trabalhista

Conforme nos ensina o Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 29), [43] o Direito Trabalhista tem visivelmente caracterizado o seu relacionamento com o Direito Portuário, haja vista o exemplo do trabalhador avulso e a competência Justiça do Trabalho para julgar litígio entre o trabalhador avulso e o Órgão Gestor de Mão - de - Obra (*OGMO*).

No conceito de Cairo Junior (2006, p. 14-26) [44]:

> O trabalho avulso é aquele prestado a vários tomadores de serviços, através da intermediação do Órgão Gestor de Mão- de- Obra - OGMO, revelando ser, também como na situação do temporário, uma relação triangular. (...) Ostentando a condição de avulso em havendo litígio com o OGMO a competência será da Justiça do Trabalho, por tratar-se de relação de trabalho lato senso, após a promulgação da emenda constitucional da reforma do Poder Judiciário, perdendo a eficácia a Súmula 230 do STJ.

Quanto aos trabalhadores avulsos, a criação do *OGMO* e os sindicatos, conforme Neto (2000, p. 85)[45], "foi instituído pela Lei 8630/93, com a intenção explícita de quebrar o monopólio da oferta de mão- de- obra avulsa nos portos. Os OGMOS foram criados em todos os portos organizados brasileiros."

Para Carrion (2005, p. 36)[46], o avulso tem o direito previsto na Constituição Federal: "(...) trabalhador avulso é o que presta serviços a inúmeras empresas, agrupado em entidade de classe, por intermédio desta e sem vínculo empregatício. Caracteriza o trabalho avulso: a intermediação do sindicato ou órgão específico na colocação de mão-de-obra (...)"

Para Zimmerman Neto (2005, p. 71-72)[47], o trabalhador avulso é uma pessoa física, que: "presta serviços com três características básicas: intermediação dos sindicatos, trabalho de curta duração e pagamento em forma de rateio. O exemplo clássico é o trabalhador do cais do porto. Embora o trabalhador avulso não seja considerado

---

[42] GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do direito marítimo.** p. 250 -251. Grifou-se
[43] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 29.
[44] CAIRO JÚNIOR, José. **Direito do trabalho.** p. 86 - 88.
[45] NETO, Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier**. O Trabalho Portuário e a Modernização dos Portos.** p. 85.
[46] CARRION, Valentin, 1931. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. p. 36.
[47] ZIMMERMAN NETO, Carlos F. **Direito do trabalho**. p. 72-73.

empregado, a CF assegurou-lhe a igualdade de direitos com o trabalhador com vínculo de emprego (art. 7°, XXX).”

No tocante aos encargos trabalhistas, segundo Martins (2005, p. 194-195)[48]: “O operador portuário é o órgão gestor de mão -de -obra são solidariamente responsáveis pelo pagamento de encargos trabalhistas, vedada a invocação de benefício de ordem.”

Para Figueredo (2000, p. 61)[49], “são íntimas as conexões entre as disciplinas Higiene do Trabalho, Segurança do Trabalho e Previdência Social. (...) além disso, ao INSS é a garantida a ação regressiva contra a empresa em caso de negligência no que concerne às normas de proteção.”

Conforme o exposto, visualiza-se a conexão simultânea entre os ramos do Direito Constitucional do Direito Trabalhista e do Direito Portuário.

2.9- Direito do Consumidor

O Direito Portuário relaciona-se constante e simultaneamente com o Direito do Consumidor, e ainda com o Direito Ambiental, com o Direito Administrativo e com o Direito Civil.

Segundo Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 29)[50], “os usuários dos serviços portuários enquadram-se como consumidores,” e conforme definido pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 [51], no artigo 2° *“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”*

Para Gama (2006, p. 235)[52], “O Direito do Consumidor está umbilicalmente ligado ao Direito Ambiental. Ambos são de relevante interesse social, ambos se referem aos interesses difusos da sociedade no tocante aos padrões de vida e ambos carecem de políticas adequadas de proteção.”

Observa Bulgarelli (1999, p. 26)[53]: “no que tange à *relação jurídica de consumo*, encontram-se nos dois pólos, respectivamente, o consumidor e o fornecedor”

2.10- Direito Internacional

[48] MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 194 -195.
[49] FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores.** p. 61.
[50] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 29.
[51] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm, acesso em 13.11.2006.
[52] GAMA, Hélio Zagheto, **Curso de direito do consumidor.** p. 235.
[53] BULGARELLI, Waldirio. **Questões contratuais no código de defesa do consumidor.** p. 26.

O Brasil, como signatário de diversos acordos, tratados e convenções internacionais, participa e os ratificando, estreitando a conexão existente entre os ramos do Direito. Conforme Mattos (1996, p. 1)[54]: "A I Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em 1958, em Genebra, com a presença de 86 Estados, normatizou sobre o Direito do Mar em quatro documentos, sob a forma de Convenções, além de um Protocolo Facultativo para a Solução de Litígios. "

O tema segundo Soares (2003, p. 134-135)[55] é extenso:

> a) a Convenção Marpol 73/78, ou seja, a Convenção Internacional para a Prevenção da População por Navios, adotada em Londres em 1973, sob a égide da OMCI, posteriormente complementada por um protocolo de 1978: ambos atos internacionais assinados pelo Brasil...[e promulgados pelo Decreto n. 2.508 de 4 de maio de 1998, (...) b) a Convenção sobre Alijamento de 1972 (lançamento deliberado de substâncias tóxicas ou potencialmente perigosas aos mares e oceanos) (...) promulgada no Brasil pelo Decreto n. 87.566 de 16 de setembro de 1982. (...) c) (...) a Convenção das Nações Unidas sobre o Mar, adotada na cidade de Montego Bay, na Jamaica, em 10 de dezembro de 1982, (...) Dentre estas, destacam-se a regulamentação dos fundos marítimos e oceânicos, a instituição de um espaço oceânico (...)se encontra vigente internacionalmente e, no Brasil, em virtude dos Decretos n. 99.165 de 12 de fevereiro de 1990 e Decreto n. 1.530 de 22 de junho de 1995; e d) (...)a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo, adotada em Bruxelas, em 1969 (no Brasil promulgada pelo Decreto n. 79.437 de 28 de março de 1977).

Trazemos, como exemplo, alguns artigos da **Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar - Montego Bay de 10 de dezembro de 1982.**[56]

> Artigo 11. **Portos**- Para efeitos de delimitação do mar territorial, as instalações portuárias permanentes mais ao largo da costa que façam parte integrante do sistema portuário são consideradas como fazendo parte da costa. As instalações marítimas situadas ao largo da costa e as ilhas artificiais não são consideradas instalações portuárias permanentes."
> Artigo 131. **Igualdade de tratamento nos portos marítimos -** Os navios arvorando a bandeira de um Estado sem litoral devem gozar nos portos marítimos do mesmo tratamento que o concedido a outros navios estrangeiros.
> Artigo 211. - Poluição proveniente de embarcações (...) 1- (...) 2- (...) 3-Os Estados que estabeleçam requisitos especiais para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho, como condição para a admissão de embarcações estrangeiras nos seus portos ou nas suas águas interiores ou para fazerem escala nos seus terminais ao largo da costa, devem dar a devida publicidade a esses requisitos e comunicá-los à organização internacional competente. Quando dois ou mais Estados costeiros estabeleçam de forma idêntica os referidos requisitos num esforço para harmonizar a sua política neste sector, a comunicação deve indicar quais os Estados que participam em tais ajustes de cooperação. Todo o Estado deve exigir ao capitão de uma embarcação que arvore a sua bandeira ou que esteja registrada no seu território que, quando navegar no mar territorial de um Estado participante nos aludidos ajustes, informe, a pedido desse Estado, se dirige a um Estado da mesma região que participe em tais ajustes e, em caso afirmativo, indique se a embarcação reúne os requisitos estabelecidos por esse Estado para a admissão nos seus portos. O presente artigo deve ser aplicado sem prejuízo de a embarcação continuar a exercer o seu direito de passagem inofensiva ou da aplicação do n.° 2 do artigo 25.

O Código Internacional para a Segurança dos Navios e das Instalações Portuárias[57] o "ISPS Code" foi elaborado pelo Comitê de Segurança Marítima da

[54] MATTOS, Adherbal Meira. **O novo direito do mar.** p. 1.
[55] SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** 133 e 134. (Grifou-se)
[56] Disponível em: www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_LI_6815_1_0001.htm#b0033, acesso em 21/03/2007. Grifou-se.

Organização Marítima Internacional (OMI), e aprovado pela Resolução nº 2 da Conferência Diplomática SOLAS 1974 (Safety of Life at the Sea), em reunião realizada de 9 a 13 de dezembro de 2002 em Londres.

Em seguida, colacionamos, parte do texto que faz referência pontual da importância dos Portos Brasileiros adotarem as medidas estabelecidas pelo "ISPS Code":

> **Parte A - Medidas Especiais para Melhorar a Segurança Marítima:** O "ISPS Code" tem por meta estabelecer uma cooperação internacional entre governos, organismos governamentais, administradores locais e setores naval e portuário para detectar ameaças à proteção dos navios ou das instalações portuárias utilizadas no comércio internacional. (...) A OMI não pode interferir nas decisões de cada país sobre como proteger seus portos, mas pode fazer recomendações gerais com relação às áreas ou instalações portuárias onde se prestam serviços aos navios protegidos pela Convenção SOLAS. A implementação do ISPS Code é de responsabilidade dos governos nacionais membros da OMI e signatários da SOLAS, os quais tem as seguintes responsabilidades:
> • Estabelecer os níveis de proteção para os navios e portos; • Orientar as companhias navais e as instalações portuárias sobre as formas de se protegerem;
> • Determinar quando será necessária uma declaração de proteção marítima entre navio-porto ou navio-navio.
> • Acordar medidas e responsabilidades sobre proteção marítima de acordo com o estabelecido na parte obrigatória do Código; • Comunicar informações à OMI, aos representantes do transporte marítimo e às instalações portuárias. (...) No caso brasileiro, se um porto nacional não tiver o certificado do ISPS Code, expedido no Brasil pela Comissão Interministerial de Segurança Portuária (COMPORTOS), os navios estrangeiros podem se recusar a atracar, o que provocará prejuízos para o turismo marítimo e para o comércio exterior.

Neste diapasão, leciona Calixto (2004, p. 304)[58] que a "segurança para navio e para Instalação Portuária (Código ISPS) adotado pela IMO, por meio de Resolução, em 12 de dezembro de 2002, durante a Conferência das Partes Contratantes da Convenção Solas. Outra Resolução emendou os Capítulos V e XI dessa Convenção, tornando o Código ISPS mandatório a partir de 1º de julho de 2004, após sua aceitação."

O Direito Interno e Internacional, segundo, Reale (1998, p. 344)[59]:

> Direito Interno é aquele que tem vigência em um determinado território, como acontece com o Direito brasileiro, o Direito francês etc. Nos seus estudos de Teoria do Estado, já tiveram ocasião de aprender que o Estado possui sempre três elementos: o território, a população e o poder político. (...) o território abrange também o mar territorial, que no Brasil se estende até 200 milhas, as embaixadas, os nossos navios e nossas aeronaves, obedecidas a s regras de Direito Internacional.

Figueredo (2000, p. 85)[60] relata que "o trabalho nos portos é tratado em pelo menos **três convenções da OIT**. **A Convenção n. 27, de 1929**, trata da indicação do peso das cargas transportadas por bancos. **A Convenção n. 32, de 1932**, cuida da proteção dos

---

[57] Disponível em: www.desenvolvimento.gov.br/sitio/secex/negInternacionais/MedTerrorismo/Codigo.php, acesso em 15.11.2006.
[58] CALIXTO, Robson José. **Incidentes marítimos: história, direito marítimo e perspectivas num mundo em reforma da ordem internacional.** p. 304.
[59] REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** p. 344.
[60] FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores.** p. 85. Grifou-se.

estivadores contra acidentes. E a Convenção **n.152 e a Regulamentação n. 160, ambas de 1979,** versam sobre a segurança e higiene dos trabalhos portuários.

2.11- Direito Ambiental

A exigência de licenciamento ambiental tem amparo na Constituição Federal e está regulada pela legislação ordinária. A Constituição da República não traz expressamente o termo *"licenciamento ambiental"*, mas impõe ao Poder Público, no inciso IV do parágrafo único do artigo 225, *"o dever de exigir e dar publicidade ao estudo prévio de impactos ambientais, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente"*.

A Lei nº 8.630/93 - Lei dos Portos - fornece diretrizes em seus dispositivos legais, assim estabelece, no artigo 4° §1º, que *"a celebração do contrato e a autorização a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima)"*.

Conforme Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 66)[61]: "O legislador estabeleceu 17-dezessete - competências para o Conselho de Autoridade Portuária, das quais fez constar dezesseis no § 1º do artigo 30 e uma no § 2º do mesmo artigo."

Destacamos a competência para o cumprimento das **normas ambientais**, através do **Conselho de Autoridade Portuária** *(CAP)*, no artigo 30, *"será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária"*. Segundo *"§ 1°, compete ao Conselho de Autoridade Portuária: XII - **assegurar o cumprimento das normas de proteção ao meio ambiente**"*. (grifou-se).

A Lei nº 8.630/93 – "Lei dos Portos" determina, ainda, a fiscalização do cumprimento das normas ambientais através da **Administração do Porto**, descrito no artigo 33: *"a Administração do Porto é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do porto organizado"*. De acordo com *"§ 1°, **compete à Administração do Porto**, dentro dos limites da área do porto: VII - **fiscalizar as operações portuárias, zelando para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente***".

Para assegurar o cumprimento das normas ambientais, o **Conselho de Autoridade Portuária** utiliza-se das legislações instituídas no ordenamento jurídico, assim o Conselho Nacional do Meio Ambiente, o CONAMA, foi instituído pela Lei

[61] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 66.

6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/90, assim, são atos do CONAMA[62]:

> **Resoluções,** quando se tratar de deliberação vinculada a diretrizes e normas técnicas, critérios e padrões relativos à proteção ambiental e ao uso sustentável dos recursos ambientais; **Moções**, quando se tratar de manifestação, de qualquer natureza, relacionada com a temática ambiental; **Recomendações**, quando se tratar de manifestação acerca da implementação de políticas, programas públicos e normas com repercussão na área ambiental, inclusive sobre os termos de parceria de que trata a Lei no 9.790, de 23 de março de 1999;**Proposições**, quando se tratar de matéria ambiental a ser encaminhada ao Conselho de Governo ou às Comissões do Senado Federal e da Câmara dos Deputados;**Decisões,** quando se tratar de multas e outras penalidades impostas pelo IBAMA, em última instância administrativa e grau de recurso, ouvido previamente o CIPAM.

Acerca do tema, trazemos, como exemplo, a **RESOLUÇÃO CONAMA Nº 001, de 23 de janeiro de 1986**[63],que dispõe no inciso III, do artigo 2º: *"**Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental** - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: III - **Portos e terminais** de minério, petróleo e produtos químicos;*" (grifou-se).

E também o artigo 1º, inciso I, da **RESOLUÇÃO CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997** [64], traz o Conceito de licenciamento ambiental; o inciso II, da aludida Resolução, define licença ambiental; e o Anexo I aborda a relação dos empreendimentos e atividades que necessitam de licenciamento ambiental.

As referidas Resoluções, impõem ao órgão competente observar o cumprimento das exigências para o licenciamento das atividades portuárias.

Verificamos a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no que se refere aos crimes contra a ordem econômica e ao meio ambiente, vem sendo adotada em muitos países. No Brasil, especifica-se esta responsabilidade através da **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**[65], que *"dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências"*;

No artigo 3º, a Lei nº 9.605/98, atribui expressamente responsabilidade penal à pessoa jurídica, determina no caput do artigo 54: *"Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:"*

Com relação aos crimes ambientais e de poluição, relata Freitas (2000, p. 182)[66]:

---

[62] Disponível em: www.mma.gov.br/port/conama/estr.cfm, acesso em 23.03.2007.
[63] Disponível em: www.mma.gov.br/port/conama/legiano1.cfm?codlegitipo=3&ano=1986, acesso em 23.03.2007
[64]Disponível em: www.mma.gov.br/conama/res/res97/res23797.html, acesso em 15.11.2006.
[65] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm, acesso em 29.09.2006.
[66] FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza: (de acordo com a lei 9.605/98).** p. 182.

> Refere o tipo penal ainda a óleos ou substâncias oleosas. Para a Convenção Internacional para Prevenção da Poluição por Navios, de 1973 (aprovada pelo Decreto Legislativo 60, de 19.04.1995), "óleo significa qualquer forma de petróleo, incluindo óleo cru, óleo combustível, borra, resíduos de óleo e produtos refinados". A Lei de 17.11.1967 prevê sanções administrativas pelo lançamento de detritos ou óleo em águas brasileiras. Essas sanções são aplicadas pela Marinha de Guerra e não se confundem com as penalidades decorrentes do ilícito penal. São instâncias independentes.

Assim a **Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000**[67], *"Lei do Óleo"*, estabelece os princípios básicos a serem obedecidos nas **instalações portuárias, que** "dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências*"*.

A aplicação da referida Lei nº 9.966/2000, é determinada pelos incisos do artigo 1º:

> I – quando ausentes os pressupostos para aplicação da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios (Marpol 73/78);
> II – às embarcações nacionais, **portos organizados, instalações portuárias,** dutos, plataformas e suas instalações de apoio, em caráter complementar à Marpol 73/78;
> III – às embarcações, plataformas e instalações de apoio estrangeiras, cuja bandeira arvorada seja ou não de país contratante da Marpol 73/78, quando em águas sob jurisdição nacional;
> IV – **às instalações portuárias especializadas em outras cargas que não óleo e substâncias nocivas ou perigosas,** e aos estaleiros, marinas, clubes náuticos e outros locais e instalações similares.

A referida Lei nº 9.966/2000, utiliza diversas definições nos incisos no artigo 2º, colacionamos dois exemplos:

> XII – porto organizado: porto construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação e da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária;
> XIII – instalação portuária ou terminal: instalação explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto organizado, utilizada na movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

Na letra "b", inciso I, do artigo 3º, considera águas sob jurisdição nacional,"*I – águas interiores; [...] b) as dos portos*;"

Para garantir o combate da poluição por óleo, alei determina no artigo 7º que, *"**Os portos organizados**, **instalações portuárias** e plataformas, bem como suas instalações de apoio, **deverão dispor de planos de emergência individuais para o combate à poluição por óleo** e substâncias nocivas ou perigosas, os quais serão submetidos à aprovação do órgão ambiental competente."* (grifou-se)

2.12- Direito Aduaneiro

[67] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9966.htm, acesso em 29.09.2006.

Com o Direito Aduaneiro por Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 30)[68],

> além do disposto no artigo 35 e 36 da Lei 8630/93, tenha-se também em vista o conteúdo do Decreto nº 4.543, de 26 de dezembro de 2002 que *"Regulamenta a administração das atividades aduaneiras, e a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior" e que, por exemplo, em seu artigo 5º dispõe: 'Art. 5o Os portos, aeroportos e pontos de fronteira serão alfandegados por ato declaratório da autoridade aduaneira competente, para que neles possam, sob controle aduaneiro:*
> *I - estacionar ou transitar veículos procedentes do exterior ou a ele destinados;*
> *II - ser efetuadas operações de carga, descarga, armazenagem ou passagem de mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas; e*
> *III - embarcar, desembarcar ou transitar viajantes procedentes do exterior ou a ele destinados.*

Segundo Carluci (2000, p. 31)[69]: "Todo Estado pratica uma função aduaneira, que se traduz em uma política aduaneira de conteúdo normativo de atos de administração redundando em fatos que interferem na atividade econômica e social de uma nação."

2.13- Direito Sanitário:

Conforme Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (2007, p. 31-32)[70], "(..) há sólidas relações entre o DIREITO SANITÁRIO E O DIREITO PORTUÁRIO, as quais ocorrem a mercê das atividades da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – na regulação sanitária dos Portos,(...)"

Na seqüência, enumeramos outros ramos do direito que se relacionam com o Direito Portuário.

2.14- Direito Comunitário

Com o Direito Comunitário, notadamente citamos o MERCOSUL, lembramos os regramentos para o transporte aquaviário, que são estabelecidos pelos Estados integrantes do bloco econômico, são implantados nos países membros para atender a demanda setorial do mercado, no Brasil a **Lei 9.432 de 8 de janeiro de 1997**[71], que "dispõe sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências."

Diante do fenômeno da integração econômica e o direito comunitário, segundo Cruz (2004, p. 285)[72], bem como suas instituições, possuem ordenamento jurídico próprio para o cumprimento de determinados fins.

2.15- Direito Tributário

Observa-se a conexão com o Direito Tributário quando, o operador portuário realiza atividades comerciais sujeitas a encargos tributários, conforme estabelece a Lei

[68] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 30.
[69] CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**p. 31.
[70] PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário.** p. 31-32.
[71]Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9432.htm, acesso em 20.03.2007. Grifou-se
[72] CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional.** p. 285.

8630/93, no artigo 1º, § 1º, inciso III: "Operador portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado."

2.16. Direito Previdenciário

O Direito Previdenciário fica evidentemente relacionado com o Direito Portuário, quando a legislação aborda o tema, que neste artigo recebe a "**CLASSIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO E O DIREITO PORTUÁRIO"** está denominada Legislação Básica do Direito Portuário, a **LEI Nº 9.719, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998** [73], que "dispõe sobre normas e **condições gerais de proteção ao trabalho portuário**, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências" descreve no § 4º que o "operador portuário e o órgão gestor de mão-de-obra são solidariamente responsáveis pelo pagamento dos encargos trabalhistas, **das contribuições previdenciárias e demais obrigações, inclusive acessórias, devidas à Seguridade Social, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS,** vedada a invocação do benefício de ordem.

Sobre este prisma, cita-se o **DECRETO Nº 3.048, DE 06 DE MAIO DE 1999** [74], *"Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências."*, dispõe acerca do tema, no artigo 9º, inciso VI, alíneas a e seguintes.

Cita-se ainda, **INSTRUÇÃO NORMATIVA DC/INSS nº 31, DE 13 DE JULHO DE 2000**[75], que *"estabelece procedimentos de arrecadação e fiscalização das contribuições incidentes sobre a remuneração dos trabalhadores portuários avulsos."*

3- CONSIDERAÇOES FINAIS

Finalizando este artigo, pontuamos como relevantes os seguintes aspectos: a caracterização do Direito Portuário como um ramo autônomo do Direito e a classificação da sua respectiva legislação existente e vigente, deflagrada a cada situação de fato e que envolve as atividades relacionadas ao Porto. Fica evidente sua autonomia, quando são visualizadas as conexões com outros ramos do Direito, entre os quais são destacados neste

[73] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9719.htm acesso em 29.09.2006. Grifou-se.
[74] Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D3048.htm, acesso em 18.11.2006.
[75] Disponível em: www.010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/31.htm, acesso em 18.11.2006.

artigo: 1. Direito Constitucional, 2. Direito Administrativo, 3. Direito Comercial, 4. Direito Marítimo, 5. Direito Econômico, 6. Direito Regulatório, 7. Direito Civil, 8. Direito Trabalhista, 9. Direito do Consumidor, 10. Direito Internacional, 11. Direito Ambiental, 12. Direito Aduaneiro, 13. Direito Sanitário, 14. Direito Comunitário, 15. Direito Tributário, 16. Direito Previdenciário.

Os elementos das atividades portuárias são complexos e abrangentes, como se observou no decorrer do presente artigo, e atingem um contingente significativo, seja de pessoas físicas (trabalhadores, consumidores), seja de pessoas jurídicas (de direito público ou privado, e até mesmo de direito internacional), pela necessidade da modernização nos mais diversos setores; com globalização, os agentes participam da engrenagem do Direito Portuário entre os temas que se entrelaçam.

O Direito não é estático: está sempre em movimento, fazendo parte da engrenagem na Sociedade.

Temos, assim, o compromisso de estudar todos os elementos inerentes ao novo modelo proposto e sua concepção no mundo jurídico-facto, o que não se encerra com a pesquisa cujos resultados são relatados no presente artigo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um compêndio básico de direito portuário.** Brasília: Gráfica Alpha, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 7 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULGARELLI, Waldirio. **Questões contratuais no código de defesa do consumidor.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CALIXTO, Robson José. **Incidentes marítimos: história, direito marítimo e perspectivas num mundo em reforma da ordem internacional.** São Paulo: Aduaneiras, 2004.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito Administrativo: doutrina jurisprudência e direito comparado.** 2 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

CARLUCI, José Lence. **Uma introdução ao direito aduaneiro**. 2 ed. São Paulo: aduaneiras, 2000.

CARRION, Valentin, **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTRO JR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito Marítimo**. *In:* www.univali.br

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2000.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Crimes contra a natureza : (de acordo com a lei 9.605/98).** 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GAMA, Hélio Zagheto, **Curso de direito do consumidor.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e prática do direito marítimo.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MATTOS, Adherbal Meira. **O novo direito do mar.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências reguladoras de direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2004.

NETO, Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier**. O Trabalho Portuário e a Modernização dos Portos.** Curitiba: Juruá, 2000.

OLIVEIRA Odete Maria de. **Relações comerciais globais e o império dos mercados mundiais.** Organizado por Arno Dal Ri Júnior, *in:* **Direito Internacional Econômico em Expansão**. Ijuí: Ed.Ijuí, 2003. 953 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 9. ed. Revista. Florianópolis: OAB/SC, 2005. 248 p.

_____ **Lições Preliminares de Direito Portuário.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. 144 p.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 24 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOARES, Guido Fernando Silva. **A proteção internacional do meio ambiente.** Barueri, SP: Manole, 2003.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de direito portuário: lei n. 8.630/93.** São Paulo: LTr, 2002.

ZIMMERMAN NETO, Carlos F. **Direito do trabalho**. -São Paulo: Saraiva, 2005. *In:* Coleção curso & concurso/ coordenador Edílson Mongenot BONFIM.

GESTÃO COM RESPONSABILIDADE SOCIAL: UMA ABORDAGEM JURÍDICA COM BASE NO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Veronica Altef Barros[*]

RESUMO

O trabalho tem como objetivo fazer uma abordagem jurídica da concepção de responsabilidade social da empresa, com base no princípio da função social da propriedade. A partir desta análise, alcançou-se o seguinte raciocínio e conclusão: a empresa não mais possui uma função única, a função econômica, haja vista que o poder absoluto de dispor da propriedade dos bens de produção, foi limitado pela idéia de função social da propriedade, e como a empresa é um instrumento de organização da atividade econômica, tal limitação a abrange, importando, desta forma, num dever social da empresa, que se traduz na obrigação de colocar-se em equilíbrio com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve, que se convencionou chamar de responsabilidade social. E tem sido intensificada com a elaboração e publicação de relatórios que certifiquem suas ações sociais, denominados de Balanço Social.

PALAVRAS-CHAVES: RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA EMPRESA, BALANÇO SOCIAL.

RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo hacer un análisis jurídico de la concepción de responsabilidad social de la empresa, con base en el principio de la función social de la propriedad. A contar del análisis, se alcanzó el siguiente razonamiento y conclusión: la empresa no posee una función única, la función económica teniendo en vista que el poder absoluto de disponer de propriedad de los bienes de producción, fue limitado por la idea de función social da la propriedad, y como la empresa es un instrumento de organización de la actividad económica, tal limitación la contiene, importando, de esta forma, en um deber social de la empresa, que se traduce en la obligación de ponerse en equilibrio com los intereses de la sociedad a la que sirve, y de la cual se sirve, que concencionó llamar de responsabilidad social. E tiene sido instensificada con la elaboración y publicación de relatorios que certifiquen sus acciones sociales, denominados de Balance Social.

[*] Professora de Direito do Trabalho e Professora assistente da Coordenação Pedagógica do Curso de graduação em Direito da UNIFLU – Faculdade de Direito de Campos. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca/SP(2003), especialista em Direito Processual Civil (1999) e Direito Comercial (1998) pela Universidade Federal de Uberlândia/MG, na qual concluiu a graduação em Direito (1997).

PALAVRAS-CLAVE: RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA, FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPRIEDAD Y DE LA EMPRESA, BALANCE SOCIAL.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A responsabilidade social das empresas: abordagem no âmbito da gestão empresarial. 1.1 Significado. 1.2 Fundamentos. 2 Abordagem jurídica. 2.1 O direito de propriedade e sua função social. 2.1.1 Fundamento da função social da propriedade. 2.1.2 A Constituição Federal de 1988. 2.1.3 O novo Código Civil. 2.1.4 Significado de função social da propriedade. 2.2 A função social da empresa. 2.2.1 A propriedade em regime de empresa. 2.2.2 Fundamentos da função social da empresa. 2.2.3 A disciplina constitucional. 2.2.4 A lei das Sociedades por Ações – Lei 6.404/ 76. 3 Balanço social e certificações. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A responsabilidade social da empresa é tema que, nos últimos anos, tem estado muito em evidência nos veículos de comunicação, principalmente na impressa escrita dirigida aos empresários, nos quais, frequentemente, são publicadas reportagens de programas sociais de empresas, bem como a própria discussão do tema.

Entretanto, não se trata de tema atual. As primeiras constatações sobre a prática de programas sociais desenvolvidos pelas empresas ocorreram nos Estados Unidos, nos primeiros anos do século XX, e posteriormente na Europa.

No Brasil, noticia-se que as primeiras discussões da idéia de responsabilidade social das empresas remontam a meados da década de 60 com a criação da Associação dos Dirigentes Cristãos de Empresas (ADCE), ganhando somente impulso em 18 de junho de 1997, quando o sociólogo Hebert de Souza, o Betinho, inicia uma campanha pela divulgação de um balanço social pelas empresas, instrumento que está intrinsecamente ligado à idéia de responsabilidade social da empresa.

No entanto, ao verificar a legislação brasileira, constatou-se que a Constituição Federal de 1988, em dois momentos refere-se à função social da propriedade, no título II - Dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XXIII, e no título VII - Da ordem econômica e financeira, no art. 170, III, bem como a lei ordinária 6.404/76, a lei das

sociedades por ações, nos art. 116, parágrafo único, e 154, faz menção à expressão "função social da empresa".

Portanto, torna-se relevante estabelecer uma abordagem jurídica do tema, uma vez que a responsabilidade social da empresa pode ter como fundamento não somente uma nova forma de gestão empresarial frente à competitividade, como também os dispositivos legais acima mencionados.

Neste contexto, o trabalho tem como objetivo desenvolver uma abordagem jurídica da responsabilidade social, a partir da análise do significado das expressões função social da propriedade e função social da empresa presentes na legislação.

Vale ressaltar que diante desta delimitação, o tema passou a ser também interdisciplinar, uma vez que envolve conteúdo de Administração de Empresas e Direito.

Desta forma, não se pretende esgotá-lo, mas sim inserir a discussão da responsabilidade social da empresa no campo jurídico, devido à sua relevância, a partir de uma releitura de dispositivos legais.

1 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA: ABORDAGEM NO ÂMBITO DA GESTÃO EMPRESARIAL

1.1 Significado

Inicialmente, a teoria da responsabilidade social da empresa relacionava-a com filantropia, considerando-se que uma empresa socialmente responsável é aquela que age em favor de alguma comunidade ou população carente. Sob essa ótica, a responsabilidade social seria resumida a pouco mais do que doações em dinheiro a projetos sociais desenvolvidos por outros agentes.

Entretanto, na década de 60, nos Estados Unidos, após longa discussão no meio acadêmico e empresarial sobre a importância da responsabilidade social, o seu significado começou a ganhar contornos mais amplos, nasce uma nova visão da responsabilidade social, argumentando seus defensores que, se a filantropia era uma ação legítima da companhia, outras ações que priorizassem objetivos sociais em relação aos retornos

financeiros dos acionistas, teriam igual legitimidade, como por exemplo, abandonar uma linha de produção lucrativa, mas nociva ao meio ambiente[1].

Neste sentido, José Arimatés de Oliveira, conceitua a responsabilidade social como "*a capacidade de a empresa colaborar com a sociedade, considerando seus valores, normas e expectativas para o alcance de seus objetivos.*" E ressalta, "o simples cumprimento das obrigações legais, previamente determinadas pela sociedade, não será considerado como comportamento socialmente responsável, mas como obrigação contratual óbvia, aqui também denominada obrigação social."[2]

Patrícia Almeida Ashley define a responsabilidade social como

> o compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. A organização, nesse sentido, assume obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável dos povos. Assim, numa visão expandida, responsabilidade social é toda e qualquer ação que possa contribuir para a melhoria da qualidade de vida da sociedade.[3]

Observa-se, portanto, que o significado atual da responsabilidade social da empresa não tem mais similaridade com a filantropia. Um dos pontos que diferencia uma da outra é que a primeira envolve um comprometimento, ou seja, uma relação a longo prazo da empresa com a comunidade, trabalhadores e demais públicos, enquanto a segunda prega apenas a doação de recursos materiais ou financeiro .

Assim, a responsabilidade social da empresa consiste na integração das preocupações sociais e com o meio ambiente na cultura da empresa, influenciando as tomadas de decisões em seus negócios, bem como no comprometimento em desenvolver projetos voltados para a melhoria da qualidade de vida de seus interlocutores.

---

[1] ASHLEY, Patrícia Almeida. (coord.). *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2002., p. 18-9.

[2] OLIVEIRA, José Arimatés de. Responsabilidade social em pequenas e médias empresas. *Revista de Administração de Empresas*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de janeiro, v. 24, n.4, p. 203-210, out./dez., 1984. p. 204-5.

[3] ASHLEY, *op. cit*., p. 7.

1.2 Fundamentos

No aspecto econômico, a empresa é a organização dos fatores de produção: capital, trabalho e matéria-prima. E os defensores da responsabilidade social alegam que tais recursos pertencem à sociedade, e ao deles usufruir para o desempenho de sua atividade, alcançando o lucro, contrai uma dívida para com a sociedade, ou seja, em troca, a empresa deve contribuir para a solução dos problemas sociais.

Neste sentido, a responsabilidade social está diretamente relacionada ao consumo pela empresa dos recursos naturais de propriedade da sociedade; ao consumo pela empresa dos capitais financeiros e tecnológicos, pelo uso da capacidade de trabalho que pertence a pessoas físicas, integrantes daquela sociedade; bem como ao apoio que recebe da organização do Estado, fruto da mobilização da sociedade.

No aspecto da gestão empresarial, conforme a abordagem sistêmica[4], a organização é um sistema aberto, composto de um conjunto organizado e complexo de partes interelacionadas, interdependentes. Essa abordagem, que se aplica nas organizações em geral e nas empresas em particular, permite que os administradores vejam a organização como um todo e como parte de um sistema maior, o ambiente externo. Assim, as empresas são sistemas sociais abertos em constante interação com o ambiente externo, no qual estão inseridas, ou seja, elas não são auto-suficientes nem independentes.[5]

Assim, de cada um de seus integrantes e da comunidade em que se insere, a empresa recebe importantes elementos para o desenvolvimento de suas atividades, e em contrapartida, desenvolve responsabilidade em relação a todos eles, como: a preservação do meio ambiente; a qualidade intrínseca de seus produtos e as consequências de sua utilização; a satisfação dos trabalhadores; e os efeitos diretos de sua atividade sobre o bem-estar da comunidade.

[4] Abordagem sistêmica trata-se de um tipo de abordagem da teoria da administração, em que o administrador "ao invés de lidar separadamente com os vários segmentos de uma organização, (...) vê a organização como um sistema unificado e propositado, composto de partes interrelacionadas. Essa abordagem permite que os administradores vejam a organização como um todo e como parte de um sistema maior, o ambiente externo". STONER, James A F., FREEMAN, R. Edward. *Administração*. Tradução de Alves Calado. Rio de Janeiro: Prentice-hall do Brasil, 1985. p.33.

[5] Ibid., p. 46.

Segundo Patrícia A Tomei, os defensores da responsabilidade social baseiam-se em dois argumentos: no interesse da empresa a longo prazo e da imagem pública da empresa.[6]

No primeiro, a empresa mais sensível às necessidades da comunidade terá como resultado uma comunidade melhor, onde será mais fácil a própria gerência dos negócios. Com isto, por exemplo, o recrutamento de pessoal será facilitado, a qualidade da mão-de-obra se elevará, as taxas de rotatividade e o absenteísmo se reduzirão etc. Assim, este processo de melhoria social geraria um ambiente melhor para as empresas, e, por conseguinte, um melhor desempenho nas suas atividades.[7]

O segundo argumento, a imagem pública da empresa, está associado ao marketing social, o qual atua, fundamentalmente, na comunicação com os trabalhadores e com a comunidade, sobre ações que visam aumentar, de forma comprovada, o bem-estar social.[8]

Observa-se que tais argumentos estão intimamente ligados a outros dois fatores: a competitividade e a conscientização da sociedade civil.

Conforme Sylvia Constant Vergara e Paulo Durval Branco,

> O incremento da produtividade em função do avanço das novas tecnologias e da difusão de novos conhecimentos levou a um aumento significativo da competitividade entre as empresas. Dessa forma, elas buscam cada vez mais investir em novos processos de gestão, visando obter diferenciais competitivos. À medida que os consumidores começaram a se mostrar mais exigentes e os competidores mais numerosos e eficientes, foi preciso adicionar maior orientação para o mercado. O marketing assumiu lugar de destaque, defendendo a idéia de que o cliente deveria ser o foco. As empresas que melhor aprendiam essa lição obtinham resultados, mas passavam a perceber que, em intervalos de tempo cada vez menores, o que era fonte de diferenciação logo se tornava pré-requisito.[9]

Neste sentido, a socióloga Anna Maria Peliano, pesquisadora do Instituito de Pesquisas Econômicas Avançadas (Ipea), em entrevista a revista Rumos salienta que o "avanço da gestão da responsabilidade social entre as empresas é uma tendência mundial, e

---

[6] TOMEI, Patrícia A. Responsabilidade social de empresas: análise qualitativa da opinião do empresariado nacional. *Revista de Administração de Empresas*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 24, n. 4, p. 189-202, out./dez., 1984. p. 192.

[7] Ibid., p. 192.

[8] MELO NETO, Francisco Paulo de; FOES, César. *Responsabilidade social & cidadania empresarial*: a administração do terceiro setor. 2. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001. p. 72-4.

vem se tornando um diferencial das marcas, pois com o avanço da tecnologia, os produtos vão ficar cada vez mais parecidos, e o que irá diferenciá-los é o fato de serem ecológica ou socialmente corretos".[10]

Numa pesquisa feita pela Indicator, empresa de pesquisa de opinião, em parceria com o jornal Valor e Instituto Ethos, em nove regiões metropolitanas do país, revela que, para os brasileiros, aspectos como demonstração de responsabilidade à sociedade, tratamento dispensado aos trabalhadores, a ética na condução dos negócios e impacto ambiental influem tanto na formação de impressões favoráveis ou desfavoráveis em relação às empresas, quanto na reputação, qualidade da marca e contribuição econômica[11].

Nota-se, portanto, que a nova realidade de mercado faz com que as empresas invistam mais em outros atributos, além do preço e qualidade, como preservação do meio ambiente e produtos ambientalmente corretos; relacionamento ético da empresa com seus consumidores e fornecedores; bem como a valorização de práticas ligadas aos trabalhadores.

2 ABORDAGEM JURÍDICA

2.1 O direito de propriedade e sua função social

2.1.1 Fundamento da função social da propriedade

Com a Revolução Francesa, e seu ideal de liberalismo econômico e político, a propriedade torna-se um direito inviolável e sagrado, ninguém dela podendo ser privado a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir, sob condição de

[9]VERGARA, Sylvia Constant; BRANCO, Paulo Durval. Empresa humanizada: a organização necessária e possível. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 20-30, ago./jun., 2001. p. 22.
[10] ALMEIDA, Sônia. A empresa e sua função social: assumindo a parte que lhe cabe. *Rumos*, p. 16-19, dez., 1999. p. 18.
[11] GRAJEW, Oded. Evolução e perspectivas da responsabilidade social. *Valor*, São Paulo, 12 jul. 2001. Especial Empresa & Comunidade, p. F2.

justa e prévia indenização. Assim, restaura-se o conceito romanista de propriedade exclusiva com um único titular. [12]

No entanto, a posição do Estado Liberal de mero espectador, juntamente com a exploração da massa operária no período da Revolução Industrial, transformou a liberdade e igualdade preconizadas em mera abstração, pois o Estado abstinha-se de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica.[13]

Frente a esta conjuntura, origina-se a questão social e, por conseguinte, começa, o Estado, a intervir nas diferenças entre classes e grupos, a fazer sobressair o interesse coletivo, limitando o exercício do direito individual quando contrariasse o interesse da sociedade. Tem-se a doutrina intervencionista, ou seja, em nome da solidariedade, substitui-se a igualdade pura pela igualdade jurídica, como regra de direito que impõe o interesse geral sobre o particular sem que, entretanto, se anule o indivíduo.[14]

Desta forma, passa o direito de propriedade a sofrer certas limitações, até então restritas e praticamente consistentes no direito de vizinhança, nas servidões e nas hipóteses extraordinárias permissivas da intervenção estatal.[15]

Neste contexto, desenvolve-se a doutrina da chamada "função social da propriedade", a qual afastou o individualismo, coibindo o uso abusivo da propriedade que deve ser utilizada para o bem estar social.

E foi sob esta inspiração, que o Direito Pátrio acolheu, nas últimas Constituições, especialmente, na vigente, o primado do social sobre o individual e a intervenção do Estado na atividade econômica.

2.1.2 A Constituição Federal de 1988

Uma das modificações ocorridas na Constituição em relação às anteriores foi a criação de um título, em que se estabelecem os "Direitos e Garantias Fundamentais", no

[12] SANTA MARIA, José Serpa. O evolver conceitual da propriedade e sua natureza jurídica. *Revista de Direito Civil*, n. 58, out./dez., p. 66.
[13] Ibid., p.66-7.
[14] Ibid., p.67.
[15] BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 20.

qual se incluem os direitos e deveres individuais e coletivos, bem como os direitos sociais, que antes estavam dispostos no título da "Ordem Econômica e Social"[16].

No que diz respeito ao direito de propriedade, a CF de 1988 inovou o tratamento dado à matéria ao incluir a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais e coletivos (art. 5º, XXIII), conferindo-lhe, assim, o *status* de 'clausula pétrea' (art. 60, §4º, IV). Mas, manteve a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica (art. 170, III) e, não satisfeita, cuidou de, inclusive, prever os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis, sejam urbanos ou rurais, cumpre sua função social (art.182 e186).

Tais preceitos constitucionais sobre função social da propriedade, ao serem inseridos no texto, foram dispostos lado a lado com a idéia de propriedade, como pode ser observado:

> Art. 5º. XXII- é garantido o direito de propriedade;
> XXIII- a propriedade atenderá a sua função social;
>
> Art. 170. II- propriedade privada;
> III- função social da propriedade;

Nota-se, portanto, que a idéia de propriedade, na atual Constituição, concebida ao lado da idéia de função social, revela que tal direito conserva seus traços tradicionais, como um dos componentes do modelo de mercado adotado, sujeito, porém, às limitações ou deveres decorrentes da expressão função social.[17]

Esta disposição do texto constitucional quanto a propriedade privada evidencia, conforme José Afonso da Silva, que a Constituição, com base em doutrina desenvolvida na Itália, consagrou a seguinte tese:

> propriedade não constitui uma instituição única, mas várias instituições diferenciadas, em correlação com os diversos tipos de bens e de titulares, de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em *propriedades* (...) uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social e outra a privada, outra a urbana; uma, a propriedade de bens de consumo, outra, a de bens de produção; uma, a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital[18].

[16] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.86.
[17] VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 15.
[18] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 247-8.

Ressalta-se que seja qual for o tipo de propriedade estará este submetido à função social.

2.1.3 O novo Código Civil

Com base na concepção social do Estado e em consonância com o comando constitucional, o novo Código Civil brasileiro trouxe, no §1º do art. 1228, a vinculação do exercício do direito de propriedade à suas finalidades econômicas, sociais e de modo a preservar o meio ambiente.

> Art. 1228, § 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitando a poluição do ar e das águas.

Mas, o *caput* deste dispositivo manteve os mesmos poderes do proprietário previstos no Código Civil de 1916, e não poderia ser diferente, uma vez que a própria Constituição Federal garante o direito à propriedade privada, no art. 5º, inciso XXII, e art. 170, II.

> Art.1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Assim, conforme Maria Helena Diniz, a propriedade recebe, no novo Código Civil, uma abordagem peculiar, pois mantém sua natureza de direito real (ar. 1225, I) pleno sobre algo, perpétuo e exclusivo (art. 1228 caput e 1231), porém não ilimitado, por estar seu exercício condicionado ao pressuposto de que deve ser socialmente útil. Por isso, completa a autora, o órgão judicante deverá procurar, na medida do possível, harmonizar a propriedade com sua função social.[19]

Neste sentido, o atendimento ao princípio da função social da propriedade requer um equilíbrio entre o direito de propriedade, como uma satisfação de interesses

[19] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.4. p. 112 e 114.

particulares, e o cumprimento de deveres para com a sociedade, por conseqüência, o atendimento ao interesse público.

2.1.4 Significado de função social da propriedade.

Nos dizeres de José Serpa de Santa Maria,

> Não é exatamente o direito de propriedade uma função social, mas o seu exercício, é que está afetado de uma missão social, ou papel a que a ordem jurídica atribui à utilização da propriedade pelo seu titular, que dela também se servirá sem conflito ou excessos prejudiciais à comunidade. O titular do direito dominial pode desfrutar dos poderes da propriedade, sem aquele caráter abusivo e exclusivista pelo qual poderia ela ser até mesmo destruída ou tornada improdutiva. A propriedade objetivamente é uma coisa, sem dúvida, gravada, porém, com uma missão social, sendo o seu aspecto, subjetivo constituído de um laço pessoal do poder que a amarra ao seu titular.[20]

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, "a propriedade ainda está claramente configurada como um direito positivo que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social". E argumenta que se a propriedade fosse uma função social, aquela que não a estivesse cumprindo, estaria ausente de proteção jurídica, podendo ser perdida, sem qualquer indenização, toda e cada vez que fosse demonstrado seu desajuste à função social que deveria preencher. Assim, conclui que "a propriedade não é uma função social, mas deve cumprir uma função social."[21]

Manoel Gonçalves Ferreira Filho discorre que o texto constitucional, implicitamente, condena a concepção absoluta da propriedade, ou seja, não absorveu o direito do proprietário de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoísta, sem levar em conta o interesse alheio e, particularmente, o da sociedade. Desta forma, a Constituição reconhece a função social da propriedade, mas isso não significa que esteja negando o direito exclusivo do dono sobre a coisa, e sim exigindo que o uso desta seja condicionado ao bem-estar geral.[22]

---

[20] SANTA MARIA, *op. cit*., p. 73.
[21] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público*, n. 84, out./dez., p-41-2.
[22] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentário à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1. p. 46.

Nos dizeres do agrarista argentino Antônio C. Vivanco, a função social da propriedade representaria o reconhecimento de todo titular do domínio, de que por ser um membro da comunidade, tem direitos e obrigações com relação aos demais membros. O direito à propriedade se manifesta concretamente no poder de usá-la e usufruí-la, e a obrigação importa no dever de utilizar seu poder, de forma que a propriedade não perca sua capacidade produtiva e produza frutos em benefício do titular e, indiretamente, para a satisfação das necessidades dos demais sujeitos da comunidade. Assim, para o agrarista, o direito do titular implica o poder de usar livremente a coisa, e este supõe o dever de utilizá-la de maneira que não se desnaturalize.[23]

No entender de Fábio Konder Comparato,

> quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nesta matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas, de qualquer modo, se se está diante de um interesse coletivo, essa função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário, sancionável pela ordem jurídica.[24]

Portanto, a função social trata-se de uma limitação do exercício do direito de propriedade, ou seja, o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa - poder, mas o exercício deste poder está limitado ao cumprimento das suas finalidades sociais – dever.

2.2 Função social da empresa

2.2.1 Propriedade em regime de empresa

[23] VIVANCO, Antônio C. apud CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. *A doutrina da função social da propriedade*. Disponível em: <http://www1.jus.com.br>. Acesso em: 5 abr. 2002.
[24] COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 32.

Isabel Vaz classifica a propriedade no aspecto estático e no aspecto dinâmico. A primeira inserida no art. 5º, XXII, e a segunda no art.170, II da Constituição Federal de 1988.

A propriedade no aspecto estático seria aquela que, independentemente de qualquer atuação econômica desenvolvida, proporcionaria ao seu titular os benefícios inerentes à sua própria natureza: aluguel, moradia, rendimentos, dividendos. Ou seja, o direito de um indivíduo sobre uma propriedade rural, um terreno urbano, uma casa de residência, uma poupança ou um lote de ações de uma sociedade, não requer, usualmente, nenhuma atividade do proprietário para produzir frutos, gerar rendimentos, proporcionar benefícios ou utilidades.[25]

Quanto ao aspecto dinâmico da propriedade tem-se a idéia de ação, de atividade econômica organizada. Esta pode ser exercida diretamente sobre a natureza, como o cultivo da terra, as atividades extrativas ou agropastoris, e outras enquadráveis no chamado setor primário de produção. Num plano intermediário, encontram-se os setores industriais de transformação, ora produtores de máquinas e equipamentos, a indústria têxtil e siderúrgica, por exemplo, agrupadas sob a denominação genérica de setor secundário. Em uma etapa mais desenvolvida, localizam-se as atividades produtoras de bens mais sofisticados, possibilitadas pelo emprego de tecnologias geradas no país ou importadas, como os serviços de automação, aparelhos médicos, computadores, e outros.[26]

Neste sentido, tem-se que a propriedade dos bens de produção está inserida no aspecto dinâmico da sociedade, uma vez que bens de produção são aqueles que se aplicam na produção de outros bens ou rendas, não sendo utilizados para o consumo (os quais seriam bens de consumo), mas sim à produção de rendas, como, por exemplo, as ferramentas, máquinas, matérias-primas. E o núcleo, por execelência, das propriedades dinâmicas é a empresa, pois esta é a forma organizada da atividade econômica.

Portanto, se a empresa é instrumento que organiza a atividade econômica, e, por conseguinte, a propriedade dos bens de produção; e os diversos tipos de propriedade em seu aspecto estático ou dinâmico, sujeitam-se, por imperativo da norma constitucional, `a

[25] VAZ, *op. cit*., p. 319-20.
[26] *Ibid*., p. 322

utilização em consonância com o interesse social, conclui-se que à empresa se estende o princípio da função social, tendo, por conseguinte, a função social da empresa.

2.2.2 Fundamentos da função social da empresa

Segundo Isabel Vaz, a empresa

> ao instalar-se em uma determinada localidade, estabelece vínculos jurídicos com os seus empregados e com a comunidade onde atua. Celebra contratos de trabalho, recolhe impostos, submete-se às posturas municipais, compra, vende, atua, enfim, de modo a gerir o empreendimento, realizar lucros, distribui dividendos. Estas relações jurídicas regem-se, em sua maioria, por dispositivos da legislação ordinária e são absorvidas como regras comuns de procedimento das empresas, fazendo parte da sua burocracia administrativa. A empresa assume o papel de célula social catalisadora de aspirações, de anseios de prosperidade; de credora e, ao mesmo tempo, devedora da comunidade.[27]

No mesmo sentido, argumenta Evaristo de Moraes Filho quanto à inequívoca função social da empresa,

> Se isso pode ser dito da propriedade em geral, com muito mais razão cabe ser aplicado à empresa, verdadeira célula de produção econômica, em torno da qual começa a organizar-se a própria vida econômica e profissional. Pelo que representa de organismo produtivo, pelos serviços que presta à coletividade (embora mediante lucro, é claro), pelo emprego que dá a seus servidores, dos quais dependem os familiares destes, isto tudo basta para ressaltar a inequívoca função social que desempenha a empresa, em qualquer regime político: corporativo, capitalista ou comunista. [28]

Verifica-se, portanto, que os fundamentos para a função social da empresa no âmbito jurídico coadunam com aqueles apresentados no âmbito empresarial, em que a empresa torna-se devedora social devido à construção de diversos vínculos com a comunidade onde se insere, demonstrando, assim, uma clara correlação entre a função social da empresa e a responsabilidade social discutida no meio empresarial.

2.2.3 A disciplina constitucional

O Capítulo I do Título "Dos princípios gerais da atividade econômica", mais especificamente o art. 170, estabelece:

---

[27] VAZ, *op. cit*., p. 16

[28] MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa.* Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 181-2.

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> I- soberania nacional;
> II- propriedade privada;
> III- função social da propriedade;
> IV- livre concorrência;
> V- defesa do consumidor;
> VI- redução das desigualdades regionais e sociais;
> VII- busca do pleno emprego;
> VIII- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> IX- Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Nota-se que a Constituição brasileira optou pela enumeração dos princípios gerais da atividade econômica, os quais são adequados a regular a conduta dos agentes econômicos, na dinamização dos bens de produção – ou seja, a empresa.

Neste sentido, o princípio da função social da propriedade pode ser interpretado como função social da empresa, pois como a função social da propriedade trata-se de uma limitação do exercício do direito de propriedade, ou seja, o proprietário tem o direito de usar, gozar e dispor da coisa - poder, mas o exercício deste poder está limitado ao cumprimento das suas finalidades sociais –dever, aquela traduz-se no dever da empresa de exercer sua atividade econômica em consonância com os interesses da sociedade. E deste dever decorre, por conseguinte, uma responsabilidade social.

Portanto, diante dessa análise do dispositivo constitucional, tem-se que a responsabilidade social da empresa decorre não somente de uma nova forma de gestão empresarial, mas de um princípio constitucional que norteia a atividade econômica, devendo ser observado, por conseguinte, por todas as organizações que a exercem.

2.2.4 A lei das Sociedades por Ações – Lei 6.404/ 76

Mesmo com a nova disciplina das sociedades comerciais estabelecida pelo novo Código Civil, intitulada "Direito de Empresa", no seu art. 1089[29], mantém-se os dispositivos legais da lei das sociedades por ações, a qual faz referência à função social da empresa em dois momentos:

> Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir sua função social**, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender. (grifo nosso)
>
> Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, **satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.** (grifo nosso).

Em comentário, Modesto Carvalhosa discorre que a empresa tem uma óbvia função social, uma vez que a empresa é a racionalização dos fatores econômicos, tecnológicos e humanos da produção, sendo nela interessados: os empregados, os fornecedores, a comunidade em que atua e o próprio Estado, que dela retira contribuições fiscais e parafiscais.[30]

Mas Fábio Koder Comparato ressalta que "o objeto da empresa, ou seja, o exercício de uma atividade econômica de produção ou distribuição de bens, ou de prestação de serviços, está sempre subordinado ao objetivo final de apuração e distribuição de lucros". E argumenta que:

> a companhia não poderá, jamais, renunciar à sua finalidade lucrativa (art. 2º)[31], ainda que todos os acionistas renunciem solenemente a receber dividendos e sejam movidos pelo mais elevado intuito altruístico, ou pela intenção de participar de alguma campanha pública de auxílio social. Da mesma forma, embora a lei cometa ao administrador de companhias o dever de exercer suas atribuições tendo em vista a 'função social da empresa (art. 154, *caput*), nenhum órgão administrativo, no exercício de suas 'responsabilidades sociais', está legalmente autorizado a praticar atos gratuitos não razoáveis, em benefício da comunidade em que atua a empresa (mesmo artigo, § 4º).

[29] Art. 1089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.
[30] CARVALHOSA, Modesto; LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3. p.237.
[31] Art. 2º da Lei 6.404/46. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

> A razoabilidade aí, como ninguém pode ignorar, é apreciada em função justamente da finalidade lucrativa, que é da essência da sociedade anônima.[32]

Tem-se, portanto, que a responsabilidade social da empresa decorre, além do dispositivo constitucional, da lei infraconstitucional que dispõe sobre o regulamento da companhia, a qual, em regra, constitui-se de relevante poder econômico, pela sua estrutura e recursos financeiros, influenciando, consequentemente, a sociedade em que se insere.

Neste sentido, a responsabilidade social não se trata somente de nova estratégia de gestão empresarial, mas um princípio da atividade econômica prevista na norma jurídica constitucional e infraconstitucional.

3 BALANÇO SOCIAL E CERTIFICAÇÕES

Entre os fundamentos apresentados para o exercício da responsabilidade social, tem-se: a imagem pública da empresa, um diferencial para a competitividade e as exigências sociais, os quais levaram à elaboração de um instrumento, visando a publicidade das ações sociais da empresa, o chamado Balanço Social.

Conforme a Gerência de Estudos Setoriais do BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, balanço social

> é o nome dado à publicação de um conjunto de informações e de indicadores dos investimentos e das ações realizadas pelas empresas no cumprimento de sua função social junto aos seus funcionários, ao governo e às comunidades com que interagem, direta ou indiretamente. Dessa forma, o balanço social é um instrumento de demonstração das atividades das empresas que tem por finalidade conferir maior transparência e visibilidade às informações que interessam não apenas aos sócios e acionistas das companhias, mas também a um número maior de atores: empregados, fornecedores, investidores, parceiros, consumidores e comunidade (stakeholders) (GESET, 2000)[33].

---

[32] COMPARATO. Estado, empresa e função social. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v.732, ano 85, p. 38-46, out., 1986. p. 44-5

[33] LIMA, Paulo Rogério dos Santos. Balanço Social: ferramenta de gestão e informação. *Integração*: a revista eletrônica do terceiro setor, n. 6, set., 2001. Disponível em: <http://200.224.250.199/banco.htm>. Acesso em: 20 maio 2002.

Assim, o balanço social surgiu com o objetivo principal de divulgar a nova postura da empresa, ou seja, tornar pública a responsabilidade social interna e externa, proporcionado à sociedade interpretar e avaliar as organizações quanto à utilização dos recursos naturais disponíveis, aos benefícios concedidos aos trabalhadores e à comunidade em geral.

Com o intuito de estimular o exercício da função social, e, por conseguinte, a publicação de um demonstrativo de ações sociais da empresa, verifica-se formas de certificação como a Norma Internacional SA8000, o Selo Empresa Amiga da Criança, o Selo Empresa Cidadã ou de Responsabilidade Social, criados em algumas cidades brasileiras, a partir de lei própria.[34]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A idéia de empresa, ao ser instrumento de organização da atividade econômica, pressupõe como seu objetivo principal a apuração e distribuição de lucros, representando um universo de integração entre o capital e o trabalho, que traz repercussões aos fornecedores dos insumos, às empresas concorrentes ou complementares, aos consumidores de seus produtos ou serviços, aos investidores que se associaram à empresa, e aos trabalhadores.

No entanto, o poder absoluto de dispor da propriedade dos bens de produção foi limitado pela idéia de função social da propriedade, importando num dever social, que se traduz na obrigação da empresa de colocar-se em equilíbrio com os interesses da sociedade a que serve, e da qual se serve.

Portanto, a empresa não tem mais o fim único e exclusivo da consecução do lucro, mas, em decorrência do poder que exerce, influindo direta ou indiretamente na sociedade, e das concepções sociais do Estado, que nortearam a elaboração dos textos constitucional e

[34] Lei nº 8118, publicada em 9 de janeiro de 1998, no município de Porto Alegre/RS; Lei nº 7.672, de 18 de junho de 1998, no município de Santo André/SP; o Projeto de Resolução nº 4/98 do município de João Pessoa/PB; a Resolução nº 5/98 do município de São Paulo; Decreto Legislativo nº 118, de 11 de novembro de 1999, aprovado pela Câmara Municipal de Uberlândia/MG. Na esfera estadual, no Estado do Rio Grande do Sul, encontra-se a Lei nº 11.440, de 18 de janeiro de 2000.

infraconstitucional, tem também um fim social, que se convencionou chamar, no meio empresarial, de responsabilidade social.

Portanto, pode-se dizer que a responsabilidade social da empresa consiste na integração das preocupações sociais e com o meio ambiente na cultura da empresa, influenciando as tomadas de decisões em seus negócios, bem como no comprometimento em desenvolver projetos voltados para a melhoria da qualidade de vida de seus interlocutores. Neste sentido, possui contornos mais amplos que o cumprimento das obrigações legais, e da concepção inicial, a qual se assemelhava à filantropia.

Frente esta abordagem jurídica da responsabilidade social, entende-se que a prática da publicação do Balanço Social deve ser cada vez mais incentivada, pois possibilita que todos os públicos da empresa: trabalhadores, investidores, consumidores, fornecedores, concorrentes, e a comunidade, verifiquem os resultados de suas ações sociais, e julguem o cumprimento, pela empresa, de sua função social.

Contudo, salienta-se que para se alcançar a efetividade da responsabilidade social, somente a publicação de um Balanço Social não é suficiente, sendo necessária também a conscientização da sociedade quanto à responsabilidade social da empresa, a fim de que possa "premiá-la ou puni-la". No primeiro caso, tornando aquela um fator positivo para a competitividade, e no segundo, afetando o objetivo principal da empresa, a lucratividade, o quê incentivará, em longo prazo, o investimento social pelas empresas, e por consequência, o cumprimento de sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHELY, Patrícia Almeida. (coord.). *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Veronica Altef. *A responsabilidade social da empresa em relação aos trabalhadores:* uma abordagem jurídica para aplicação e efetividade. 204 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da Universidade de Franca, Franca, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. (coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988.* São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHOSA, Modesto; LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1998. v.3.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial*: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Estado, empresa e função social. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 732, ano 85, p. 38-46, out., 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.4.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v.1.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LIMA, Paulo Rogério dos Santos. Balanço social: ferramenta de gestão e informação. *Intergração: A revista eletrônica do terceiro setor*, n.6, set., 2001. Disponível em: <http://200.224.250.199/banco.htm>. Acesso em: 20 maio 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no Direito Público. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 39-43, out./dez., 1987.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v.3.

OLIVEIRA, José Arimatés. Responsabilidade social em pequenas e médias empresas. *Revista de Administração de Empresas*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 24, n.4, p. 203-210, out./dez., 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TOMEI, Patrícia A. Responsabilidade social de empresas: análise qualitativa da opinião do empresariado nacional. *Revista de Administração de Empresas*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, v. 24, n. 4, p. 189-202, out./dez., 1984.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VERGARA, Sylvia Constant; BRANCO, Paulo Durval. Empresa humanizada: a organização necessária e possível. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 20-30, ago./jun., 2001.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A INOBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Ana Maria do Rosario Assis*

RESUMO

A origem, a essência dos Direitos Humanos está vinculada à pluralidade do ser humano, porém, os doutrinadores não apresentam um conceito único para definir os Direitos Humanos diante de sua amplitude. Podem ser resumidos, como os atos e atitudes que possibilitam a todas as pessoas como indivíduos que são, uma vida digna, assegurando-lhes respeito e proteção física, moral e psicológica. Os Direitos Humanos precedem ao Estado e aos direitos dos Estados e diante de sua complexidade não podem ser explicados isoladamente. Sobre o seguro social, este surgiu com a Revolução Industrial e visava oferecer aos trabalhadores, meios de ampará-los nos infortúnios oriundos da idade avançada, doença, invalidez e morte, traduzida em dignidade, verdadeiro núcleo de todos os demais direitos fundamentais do cidadão. No Brasil, a previdência social teve seu embrião no Decreto nº 4682, de 24 de janeiro de 1923, conhecida por Lei Eloy Chaves. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1934 foi a primeira a incluir a expressão previdência em seu texto, no artigo 121. No âmbito internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, tratou da seguridade social em seu artigo 25, inciso I, traçando uma norma programática a ser observada por todos os Estados. A Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabeleceu deveres a todos os Estados-Partes, concernentes ao respeito aos direitos previdenciários dos trabalhadores Ao ser promulgada a Carta Magna Brasileira em 1988, a seguridade social teve sede nos artigos 194 a 204, dividida em saúde, previdência e assistência social. A previdência social elaborada pelo poder constituinte originário estabelecia a cobertura aos inscritos no regime geral de previdência social mediante contribuição. A partir das reformas, a previdência social ficou organizada de modo a observar os critérios que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial. Tais critérios levaram às perdas dos direitos constitucionalmente protegidos, num verdadeiro retrocesso, desrespeitando conquistas dos trabalhadores e descumprindo os princípios insculpidos na Constituição Cidadã e nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS, PREVIDÊNCIA SOCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

RESUMEN

El origen, la esencia de los Derechos Humanos está vinculada a la pluralidad del ser humano, sin embargo, los doctrinadores no presentan un concepto único para definir los Derechos Humanos delante de su amplitud. Pueden ser resumidos, como actos y actitudes que posibilitan a todas las personas como individuos, una vida digna,

* Mestranda em Direito Previdenciário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

asegurándoles respeto y protección física, moral y psicológica. Los Derechos Humanos preceden al Estado y a los [sobre los] derechos de los Estados y delante de su complejidad no pueden ser explicados separadamente. Acerca del seguro social, éste surgió con la Revolución Industrial y visaba ofrecer a los trabajadores, los medios para amparadlos en los infortunios de la edad avanzada, enfermedad, incapacidad y muerte, traducida en dignidad, verdadero núcleo de todos los demás derechos fundamentales del ciudadano. En Brasil, la "previdência social" [seguridad social] tuvo su embrión (principio; origen; comienzo) en la Resolución número 4.682, del 24 de de enero de 1923, conocida por la ley Eloy Chaves. La Constituición de la República Federativa del Brasil de 1934 fue la primera en incluir la expresión "previdência" en su texto, en el artículo 121. En el ámbito internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, trató de la seguridad social en su artículo 25, inciso I, trazando una norma programática a ser observada por todos los Estados. La Convención Americana de los Derechos Humanos de1969, estableció deberes para todos los Estados-Partes, concernientes en respecto a los derechos "previdenciarios" (de seguridad) de los trabajadores. Promulgada la Carta Magna Brasileña en 1988, la seguridad social tuvo base en los artículos 194 a 204, dividida en salud, seguridad y asistencia (amparo) social. La seguridad social elaborada por el poder constituyente originario, estabelecida la cobertura a los inscriptos en el régimen general de seguridad social mediante contribución (cuota). A partir de las reformas, la seguridad social se quedó organizada de modo que a observar los criterios que preserven su equilibrio financiero y actuarial. Tales criterios llevaron a las perdidas de los derechos constitucionalmente protegidos, en un verdadero retroceso, desobedeciendo conquistas de los trabajadores y la falta de cumplimiento de los principios insculpidos en la Constitución Ciudadana y en los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos.

PALABRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD DEL SER HUMANO.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Emenda Constitucional Nº. 20 e o Retrocesso no Direito Previdenciário; 3. A Inobservância dos Tratados Internacionais e a Previdência Social no Brasil; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A seguridade social é um sistema integrado de ações do governo e da sociedade tripartida em Saúde, Previdência e Assistência Social. Estabelecida pelos artigos 194 a 204 da Constituição da República e regulamentada pela Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, que versa sobre a Saúde; pela Lei n° 8.212 e Lei n° 8.213,

ambas publicadas em 21 de julho de 1991, dispondo sobre o Plano de Custeio e os Planos de Benefícios da Previdência Social, respectivamente. A Organização da Assistência Social foi disposta na Lei n° 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

Dada a extensão da matéria, este artigo abordará apenas o Plano de Benefícios da Previdência Social, regulado pela Lei n° 8.213/91, que no interregno de julho de 1991 a julho de 2006 sofreu alteração de cento e cinqüenta e um instrumentos normativos.

Com esta profusão legislativa relacionada ao direito constitucional aos benefícios previdenciários, cumpre asseverar que os direitos sociais restaram maculados e a Previdência Social transformou-se paulatinamente num mar revolto que traz medo e insegurança a quem dela necessita.

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 20 E O RETROCESSO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Registra-se um enorme retrocesso no campo dos direitos sociais quando o legislador ordinário, na esteira reformista visando atingir o *superavit* adotou as seguintes modificações na área previdenciária, o que dificultou sobremaneira o gozo e fruição dos benefícios previdenciários. Dentre os retrocessos, podem ser citados:

a) O aumento da carência de sessenta para cento e oitenta contribuições para o gozo das aposentadorias;

b) A introdução da tabela de expectativa de vida no cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição, reduzindo o valor da Renda Mensal Inicial dos aposentados;

c) A exigência da apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário para comprovação do exercício de atividade com exposição a agentes agressivos, penosos ou insalubres, o que passou a representar um calvário para o trabalhador; pois é um documento complexo nem todos os empregadores cumprem as exigências legais;

d) A extinção o abono de permanência em serviço e o pecúlio do rol dos benefícios previdenciários e

e) Sob o manto da Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro de 1998, o auxílio-reclusão ficou restrito às pessoas carentes.

A alteração do artigo 201 da Rainha das Leis, limitando o auxílio-reclusão às pessoas carentes, fere de morte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pois o trabalhador cujo salário-de-contribuição seja superior a R$ 676,27 (seiscentos e setenta e seis reais e vinte e sete centavos), não poderá amparar os seus dependentes quando for recluso.

A título de exemplo, imagine-se que um trabalhador, após muito esforço, consiga atingir um salário de R$ 2.894,28 (teto máximo de contribuição, conforme Portaria MPS Nº 142, de 11 de Abril de 2007). Ao ser recluso, seus dependentes elencados no artigo16 da Lei nº. 8213/91 não receberão nenhuma proteção da Previdência Social, embora este trabalhador tenha recolhido compulsoriamente sobre todas as atividades laborativas, independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas.

Ao adotar tal medida draconiana, no mínimo foi ignorado o princípio insculpido no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Cidadã de que a pena não passará da pessoa do condenado.

Deve-se salientar ainda que o artigo 193 da Carta Política informa que a "Ordem Social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça social".

Na expressão de Alexandre de Moraes, os direitos sociais:

> *...são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, versando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal.*[1]

Debruçando sobre esta modalidade de direitos pertinentes ao trabalhador, Canotilho e Vital Moreira salientam:

> *...a individualização de uma categoria de direitos e garantias*

[1] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo:Atlas,2005.p.177.

> *dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exactamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos de igual dignidade.*[2]

A normatividade constitucional dos direitos sociais no Brasil teve origem na Constituição Federal de 1934. Neste sentido singular José Afonso da Silva leciona que:

> *Inicialmente se tratava de normatividade essencialmente programática. A tendência é a de conferir a ela maior eficácia. E nessa configuração crescente da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais é que se manifesta sua principal garantia. Assim, quando a Constituição diz que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, e quando diz que a saúde ou a educação é direito de todos, e indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, está preordenando situações jurídicas objetivas com vistas à aplicação desses direitos.*
>
> *Mas não é de esquecer-se que o sistema de proteção dos direitos sociais é ainda muito frágil*[3].

Esta fragilidade está refletida na reforma da previdência social que paulatinamente, vem retirando direitos sociais, respaldado pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998.

A referida Emenda Constitucional deferiu ao legislador, liberdade para reformar a previdência social, reduzindo o acesso a direitos constitucionais protegidos pela versão original da Constituição cidadã. Da mesma forma, deve ser destacado o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet que critica a produção de Emenda Constitucional

---

[2] CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital, *Apud* MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*p.177.
[3] SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.465.

que contraponha ao estabelecido pelo constituinte originário referente à modificação de direitos sociais cujo condão seja obstaculizar ou até mesmo impedir o seu exercício:

> *...Relativamente à previdência social, importa considerar que esta – como direito fundamental - não tem o seu objeto limitado a determinado tipo de prestação, abrangendo uma variada gama de benefícios (arts 201 e 202 da CF). Ressalte-se, ademais, que também o direito à previdência social já foi objeto de concretização e detalhada regulamentação na esfera infraconstitucional. Por outro lado, coloca-se a questão de se todos os dispositivos (e respectivas normas) que integram o conjunto de preceitos relativos à previdência social podem ser efetivamente considerados fundamentais, ou se o são apenas as normas assecuratórias dos diversos benefícios, a exemplo de um direito fundamental à aposentadoria, à pensão ou mesmo a auxílio-doença. Poder-se-ia, inclusive, questionar se a previdência social em seu todo, na qualidade de complexo de normas e posições jurídicas não seria um direito fundamental proclamado sob feição de uma garantia institucional. Estas são questões que sem dúvida mereceriam análise mais detida, tendo reflexos inclusive na esfera dos limites à reforma constitucional e ao regime jurídico da aplicabilidade imediata das normas sobre a previdência social....*
>
> *...Registre-se ainda que já houve quem, entre nós, mesmo não reconhecendo um direito individual subjetivo (ao menos não como direito originário), sustentou a impossibilidade de uma reforma reformatio in pejus no âmbito da previdência social, advogando, assim, a proibição de retrocesso nesta esfera, de tal sorte que ao menos o conteúdo essencial do sistema de previdência social (incluindo o direito à aposentadoria) não poderia ser afetado, nem mesmo por meio de emenda à*

Constituição...[4]

Ressalte-se que a referida Emenda Constitucional não alterou apenas a aposentadoria. A esteira reformista trouxe reflexos no tempo de serviço, no cálculo do salário de benefícios, introduzindo a tabela de expectativa de sobrevida, elaborado pelo IBGE, aduzindo-se idade mínima para o gozo de aposentadoria e extinguindo a aposentadoria proporcional.

A Emenda Constitucional n.º 20 alterou o artigo 201 da Carta Magna, adotando o critério atuarial na previdência social, como pré-requisito de concessão de benefícios, limitando o salário família e o auxílio-reclusão aos segurados de baixa renda. Não pairam dúvidas quanto à existência de flagrantes violações aos direitos humanos dos trabalhadores, perpetradas pelo legislador ordinário.

3. A INOBSERVÂNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Os direitos humanos são frutos de um complexo processo histórico-social e de lutas dos povos que germinaram com estabelecimento de textos, alguns de valor ético-político, como as de "Declarações de Direitos", outros com valor mais estritamente jurídico, elaborados no momento em que os princípios éticos das Declarações foram especificados e elencados nos diversos Protocolos, Tratados e Convenções Internacionais.

Com a sua positivação, *os direitos humanos deixaram de serem meras orientações ético-programáticas, convertendo-se, por conseguinte em obrigações jurídicas cogentes para os Estados, vinculando-os nas suas relações internas e externas*.[5]

Dalmo de Abreu Dalari enfatiza que:

> *...os direitos humanos representam uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses*

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p.295-296.
[5] TOSI, Giuseppe. (Org.). *Direitos Humanos: História, Teoria e Prática*. João Pessoa: UFPB/Editora Universitária, 2005.p.15.

> *direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida*[6].

Guardando similaridade com a assertiva supra, relevante é a definição de Gregório Peces Barba que se traz à colação:

> *...os direitos humanos silo faculdades que o Direito atribui a pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades relativas à vida, liberdade, igualdade, participação política, ou social ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete o desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, e com garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício em caso de violação ou para realizar sua prestação.*[7]

Quanto à terminologia, deve ser realçado que tanto na doutrina quanto no direito positivado há uma gama variada de expressões para conceituar os denominados direitos humanos, dentre eles podem ser citados:

> *"direitos fundamentais", "liberdades públicas", "direitos da pessoa humana", "direitos do homem", "direitos da pessoa", "direitos individuais", "direitos fundamentais da pessoa humana", "direitos públicos subjetivos" e por fim a propalada expressão "direitos humanos."* [8]

André de Carvalho Ramos ao se debruçar sobre essa inflação terminológica afirma:

> *...parte da doutrina comumente considera que o termo "direitos humanos" serve para definir os direitos estabelecidos em tratados internacionais sobre a matéria, enquanto a expressão "direitos fundamentais" delimitaria aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional*

---

[6] DALLARI, Dalmo de Abreu, *Apud* RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.18-19.
[7] BARBA, Gregório Peces, *Apud* RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit*.p.19.
[8] RAMOS, André de Carvalho. *Idem.* p.21

de um Estado específico.[9]

No que pertine à profusão terminológica, Ingo Wolfgang Sarlet adota o termo *"direitos humanos" para os atos normativos internacionais e o termo"direitos humanos" para os atos normativos internacionais e o termo "direitos fundamentais" para os direitos que tenham origem nas constituições ou seja, os atos normativos internos*[10]

Fabio Konder Comparato sustenta que os direitos fundamentais incluíram todos os direitos humanos positivados, ou seja, os já reconhecidos nos textos nacionais ou internacionais[11]:

Jorge Miranda enfatiza que o "termo "*direitos humanos" é utilizado pelo direito internacional para tornar mais cristalina a pertinência destes direitos aos indivíduos e não aos Estados ou a outras entidades internacionais."* [12]

A concepção contemporânea de direitos humanos está alicerçada na *universalidade, indivisibilidade e interdependência destes direitos*.[13]

Neste sentido, assinala Flávia Piovesan:

> *"... diz-se universal, porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer condição"*
> *"... e divisível, porque os direitos civis, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade".*[14]

---

[9] *Ibidem*. p.26.
[10] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35.
[11] COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed.rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2000.p.46.
[12] JORGE, Miranda *in*: RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit*. p. 26.
[13] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos e Cidadania à Luz do Novo Direito Internacional*. Campinas: Minelli, 2002. p. 53.
[14] PIOVESAN, Flávia. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. Cit.* p.53.

Para Celso Albuquerque de Mello, *os direitos humanos são aqueles que estão consagrados nos textos internacionais e legais, não impedindo que novos direitos sejam consagrados no futuro.*[15]

Lílian Márcia Balmant Emerique entende ser difícil a caracterização dos direitos humanos, haja vista a multiplicidade de formas e a sua dimensão plural, assinalando que:

> *Qualquer caracterização pode incorrer na dificuldade de enquadramento em toda sorte de modalidades de direitos que formam o complexo. Além do que, de acordo com o enfoque dado, quer filosófico, ou sociológico, ou jurídico, dentre outros, pode-se ter uma amplitude maior ou menor do rol caracterizador destes direitos. Mesmo diante das exceções inevitáveis é possível vislumbrar certos aspectos marcantes entre eles no que tange ao enfoque jurídico.Portanto, as características que serão expostas qualificam genericamente os direitos humanos; porém, observados de forma individualizada, poder-se-ão verificar exceções a esta ou aquela característica em particular.*
>
> *A doutrina jurídica, ao ventilar sobre as características dos direitos humanos, geralmente recorre aos traços inicialmente referidos no campo do jusnaturalismo, daí fazer menção à inalienabilidade, à imprescritibilidade, à irrenunciabilidade e à inerência; ou recorre às concepções de direitos humanos mais contemporâneas, cuja influência das discussões em torno do direito internacional faz-se visível, mencionando a historicidade, a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência...*[16]

---

[15] MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 766

[16] EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. *A AIDS e os Direitos Humanos Fundamentais.* Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes. Ano VI, nº 6. jun. 2005. p.169-205. p.172-173.

Identificando o objetivo dos direitos humanos ressalta Sidney Guerra:

> *O propósito dos Direitos Humanos é, antes de tudo, o de garantir ao indivíduo a possibilidade de desenvolver-se como pessoa para realizar os seus objetivos pessoais, sociais, políticos e econômicos, amparando-o contra os empecilhos e os obstáculos que encontre em seu caminho, a raiz da arbitrariedade do Estado ou da exacerbação pelo mesmo, do conceito de soberania em matéria pessoal.*[17]

Aprofundando sobre a problemática da origem dos direitos humanos, categórica é a observação de Norberto Bobbio sobre o problema:

> *Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados*[18].

Após a Segunda Grande Guerra, os direitos humanos passaram a ser reconhecidos tanto no plano interno de cada Estado, quanto no plano internacional, tendo surgido, por conseguinte, diversos instrumentos declaratórios e de proteção destes direitos.

João Ricardo W. Dornelles aponta três momentos imprescindíveis para o surgimento da proteção interna e internacional dos Direitos Humanos:

> *"O primeiro momento se inicia em Paris em 1948 com a declaração da ONU. Este documento foi o ponto de partida para a generalização da proteção internacional..."*
>
> *...O segundo momento se inicia duas décadas depois da*

[17] GUERRA, Sidney. *Os Direitos Humanos numa Perspectiva do Direito Internacional: Para uma Justiça Cosmopolita? In*: GUERRA, Sidney (Org.). *Direitos Humanos: Uma Abordagem Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p.13.

[18] BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*.Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.25.

> *aprovação da Declaração Universal, com a realização da 1ª conferência Mundial dos Direitos Humanos, no ano de 1968, na cidade de Teerã, numa conjuntura ainda marcada pela bipolarização da guerra-fria, perpassando outros conflitos como as contradições Norte-Sul, e num contexto em que se multiplicavam regimes ditatoriais em diversas partes do mundo, inclusive no Brasil...*
>
> *...O terceiro momento se inicia com a realização da IIª Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993, quando já existia uma grande quantidade de instrumentos internacionais de proteção, tanto a nível global quanto regional. É uma ampla produção normativa, reconhecida pelas instâncias internacionais, pela doutrina e que se integram no campo que é denominado de Direito Internacional dos Direitos Humanos....*[19]

O artigo XXV, item 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas estabeleceu o direito à seguridade social, *in verbis*:

> *"Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle"* [20].

É de clareza meridiana que o artigo acima visa à proteção à saúde, previdência e assistência social, devendo os Estados-partes de a citada Declaração cumprir os mandamentos aos seus nacionais.

---

[19] DORNELLES, João Ricardo W. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Ano IV-V, nº 4-5.2003-2004, p.177-195. p.182-184.
[20] *DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem*. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2000.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas estabeleceu o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo objetivo era tornar vinculante e obrigatório as disposições previstas neles e na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A jurisdição da Declaração foi tratada por Flávia Piovesan doutrinando que:

> *Esse processo de "juridicização" da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos - o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, esses dois Pactos Internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos.*[21]

Quanto aos Pactos susomencionados, Antonio Augusto Cançado Trindade observa que:

> *Com os dois Pactos em vigor, concretizava-se a Carta Internacional dos Direitos Humanos, acelerava-se o processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos e abria-se o campo para a gradual passagem da fase legislativa à de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção.*[22]

Sobre a Carta Internacional de Direitos Humanos, Jack Donnelly sintetiza:

> *Na ordem contemporânea, os direitos elencados na Carta Internacional de Direitos representam o amplo consenso alcançando acerca dos requisitos minimamente necessários*

[21] PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2000. p.160.
[22] TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v.1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p.40.

> *para uma vida com dignidade. Os direitos enumerados nessa Carta Internacional podem ser concebidos como direitos que refletem uma visão moral da natureza humana, ao compreender os seres humanos como indivíduos autônomos e iguais, que merecem igual consideração e respeito.*[23]

A proteção do direito à Previdência Social foi insculpida no artigo 9º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e mereceu o seguinte comentário de Fábio Konder Comparato:

> *Art. 9º. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.*
>
> *A afirmação do direito de todos sem exceção. à previdência social significa claramente, que o exercício desse direito não pode ser condicionado à situação patrimonial das pessoas e menos ainda à existência de um contrato formal de trabalho. Exatamente porque se trata de um direito humano, isto é, de uma exigência de respeito elementar à dignidade do homem não pode haver pré-condições à fruição desse direito*[24].

No plano regional com o objetivo da proteção dos Direitos Humanos no continente foi elaborada pela Organização dos Estados Americanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, que foi assinado em São José, em 1969, tendo entrado em vigor no Brasil, através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos promulgou um Protocolo Adicional à Convenção referente aos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – Protocolo de San Salvador, tendo o mesmo entrado em vigor em 1999.

O artigo 9º da referida Convenção estabelece o direito à Previdência Social, pormenorizando tal direito nos dois itens abaixo:

---

[23] PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* p.160.
[24] COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p.347.

> *Artigo 9º - Direito à previdência social - I. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das conseqüências da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes.*
>
> *2. Quando se tratar de pessoa em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidente de trabalho, de doença profissional e, quando se tratar de mulher, licença remunerada para a gestante antes e depois do parto.*[25]

Frise-se que o Brasil é signatário dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos acima referenciados e tais direitos foram constitucionalizados nos artigos 6º e 7º, incisos XVIII, XXIV e XXVII, Parágrafo único e no art. 201 da Carta Política.

O Brasil é obrigado ao cumprimento integral dos Tratados Internacionais ratificados pelo País, tendo em vista que tais instrumentos normativos internacionais foram recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio. A obrigatoriedade de tal cumprimento pode ser depreendida pelo comando constitucional que emerge do artigo 5º parágrafo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil*, in verbis*:

> *§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*[26].

Ao assinar os Tratados, Pactos e Convenções Internacionais, o Brasil assume compromisso com todos os seus cidadãos e com a comunidade mundial, logo, não pode sob hipótese alguma agir com discricionariedade, pois, encontra-se plenamente vinculado ao novo ordenamento jurídico.

---

[25] PIOVESAN, Flávia. *Op. Cit.* p.427-428.
[26] GOMES, Luiz Flávio (Org.) *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. 4.ed. São Paulo: Ltr, 2005.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo foram pontuados alguns tópicos da reforma previdenciária que reduziu, dificultou ou excluiu direitos sociais, afastando-se dos objetivos que nortearam o seu surgimento.

No curso deste trabalho foram citados diversos doutrinadores e suas considerações sobre as mudanças ocorridas na Previdência Social e sua repercussão na fruição dos direitos previdenciários.

Como corolário, evidencia-se que o conjunto dos direitos sociais está violentamente aviltado na era da globalização, onde o homem é coisificado, com o fito de alimentar o capitalismo selvagem.

Não é admissível que o Brasil, após ratificar os diversos Pactos e Tratados Internacionais que protegem os direitos previdenciários, retroceda internamente permitindo que o interesse econômico prepondere sobre os direitos sociais, ferindo os Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana em pleno século XXI.

5. REFERÊNCIAS

BARBA, Gregório Peces. *Apud* RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital, *Apud* MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4.ed.rev.atual.São Paulo:Saraiva, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Apud* RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas, 2000.

DORNELLES, João Ricardo W.A Internacionalização dos Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Ano IV-V, nº 4-5.2003-2004.

EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. A AIDS e os Direitos Humanos Fundamentais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Ano VI, nº 6.jun.2005.

GOMES, Luiz Flávio (Org.) Constituição da República Federativa do Brasil. 4.ed. São Paulo: Ltr, 2005.

GUERRA, Sidney. Os Direitos Humanos numa Perspectiva do Direito Internacional: Para uma Justiça Cosmopolita? *In*: GUERRA, Sidney. Direitos Humanos: Uma Abordagem Interdisciplinar. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

JORGE, Miranda *In*: RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos e Cidadania à Luz do Novo Direito Internacional. Campinas: Minelli, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas,2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *In*: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos e Cidadania à Luz do Novo Direito Internacional. Campinas: Minelli, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed.São Paulo. Malheiros, 1999.

TOSI, Giuseppe. (Org.). Direitos Humanos: História, Teoria e Prática. João Pessoa: UFPB/Editora Universitária, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v.1. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

A CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE E A AMEAÇA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniel Gaio*

RESUMO

O conjunto de medidas adotadas pelos Estados Unidos e por alguns países europeus para salvaguardar ataques terroristas vem produzindo profundas alterações na proteção dos direitos fundamentais e no funcionamento das instituições estatais. Percebe-se, então, uma mudança de paradigma: a cultura de direitos — própria do ideal normativo da sociedade de classes que buscava a igualdade — passa a ser substituída pelo ideal de segurança na sociedade do risco. Assim, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: ESTADO, EXCEÇÃO, DIREITOS, FUNDAMENTAIS, RISCO

ABSTRACT

The measures adopted by the United States and by some European countries to protect themselves against terrorist attacks have produced huge changes in the protection of fundamental rights and in the public institutions. There has been a change of paradigm: the culture of rights – part of the normative ideal of the classist society which pursued equality – it is replaced by the need for security to protect the society in risk. Then, the State of Exception tends to be the pattern for government in the dominant contemporary politics.

KEYWORDS: STATE, EXCEPTION, RIGHTS, FUNDAMENTAL, RISK

1 – Introdução

O recurso a medidas consideradas ditatoriais há muito vem sendo discutido. Deve-se observar que a reflexão sobre o estado de exceção e a ditadura acompanha todo o

* Doutorando em Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Bolsista da CAPES.

pensamento moderno e está presente, por exemplo, em Rosseau, que prevê — em situações de crise particularmente aguda, e sempre com referência a Roma antiga —, o recurso a uma ditadura de duração brevíssima, cujos termos em nenhum caso poderiam ser prolongados[1].

A adoção de tais medidas foram utilizadas no curso da história, não apenas em caso de guerras ou insurreições populares violentas, mas também quando determinadas reivindicações sociais poderiam afetar os privilégios de um dado sistema econômico. Nesse sentido, até mesmo uma moderada redistribuição de renda pela via legislativa pode ser considerada um ataque à propriedade — que provoca, ou pode provocar, o estado de exceção[2].

A história constitucional recente é marcada pela alternância entre períodos de normalidade democrática e de exceção. Considera-se a ausência de normalidade uma situação de natureza excepcional, via de regra circunscrita a uma crise política, econômica ou social, mas sempre com a característica da transitoriedade.

Esse paradigma vem se alterando ultimamente, sobretudo após os atentados de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque e Washington. Isso porque se passou a adotar de forma consistente um conjunto de medidas adotadas para salvaguardar ataques terroristas, as quais vêm produzindo profundas alterações na proteção dos direitos fundamentais e no funcionamento das instituições estatais, principalmente no poder executivo.

Percebe-se cada vez mais em países europeus, mas sobretudo nos Estados Unidos — considerados pela comunidade internacional como nações democráticas —, uma tendência a solidificar uma estrutura de Estado que se poderia denominar de exceção permanente.

Embora esse fenômeno tenha ganhado visibilidade nos últimos anos, faz-se necessário entender como essa configuração foi anteriormente construída, e verificar a velocidade com que tais mudanças vêm sendo realizadas, sobretudo nos Estados Unidos. Cabe ainda destacar que a utilização do patriotismo tem sido fundamental para que tais políticas se legitimem junto à população.

---

[1] LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo ou decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004, p. 108-109.
[2] Ibidem, p. 102 e 110.

Existem variados pontos de análise que problematizam o estado de exceção, tais como a sua conformação em relação à Constituição e às demais leis; as diferentes modalidades de ditadura, o controle pelo Parlamento e pelo Tribunal Constitucional, o direito de resistência, a legitimidade popular, e o enquadramento a partir dos direitos fundamentais. Embora não seja factível nesta oportunidade explorar todos estes enfoques — visto que a presente exposição tem como linha-guia o estado de exceção permanente —, permite-se pontuar algumas distinções básicas sempre que necessário.

2 – Caracterização do estado de exceção

Para que se possa entender as características do estado de exceção constitucional, cabe distinguir o que Schmitt classifica de ditadura comissária e soberana. Enquanto esta tem por objetivo principal criar um estado de coisas em que se torne possível impor uma nova constituição — podendo-se abranger as revoluções e os golpes de Estado —, a ditadura comissária possui a finalidade de defender ou restaurar a constituição vigente[3].

Nesse sentido, Rossiter, ao estudar o uso de poderes emergenciais em modernas democracias — como a Alemanha, França, Inglaterra e Estados Unidos —, concluiu que a ditadura comissária, denominada pelo mesmo como ditadura constitucional, tem servido para manter a democracia[4]. Por conseguinte, afirma este autor que até mesmo a existência de uma ditadura pode se justificar quando seja para manter a existência da ordem constitucional e a defesa das liberdades sociais e políticas[5].

Embora seja relevante a distinção entre as duas ditaduras, na prática nem sempre é possível distinguir uma da outra[6], posto que muitas vezes o propósito de defender de maneira intransigente a Constituição nada mais significa que a luta pela manutenção das estruturas econômicas e sociais então vigentes. Veja-se, nesse contexto, que o receio do

[3] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 53-55.
[4] Cf. QUIRK, Willian. in ROSSITER, Clinton. *Constitucional dictatorship: Crisis government in the modern democracies*. Third printing. New Brunswick (EUA): Transaction Publishes, 2005, p. IX.
[5] ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. XII.
[6] AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 21, aponta que nenhum critério estabelecido por Rossiter para distinguir as ditaduras é capaz de definir uma diferença substancial, nem de excluir a passagem de uma à outra.

fortalecimento dos movimentos comunistas levou ao aumento dos poderes de repressão do Executivo[7]. Portanto, não há como desconsiderar os conflitos ideológicos subjacentes à utilização de tal mecanismo.

Apesar das distintas terminologias, toda democracia tem um mecanismo, implícito ou explícito, para suspender a Constituição quando a continuação do Estado estiver em perigo[8] —, embora nem sempre essas regras sejam suficientemente claras, ou mesmo cumpridas. Não é diferente no Brasil, na medida em que a Constituição Federal prevê a figura do estado de sítio e do estado de exceção para tais situações excepcionais[9].

Por sua vez, a Constituição norte-americana define, no seu artigo 1º, que o *hábeas corpus* pode ser suspenso no caso de rebelião, invasão ou se a segurança pública o exigir. Há, contudo, uma tendência de elastecimento destas hipóteses sempre que as necessidades concretas assim se manifestarem.

Nesse sentido, Rossiter aponta quatro fatores de crise que podem justificar os poderes ditatoriais: a guerra (principalmente para repelir invasões), a rebelião, a depressão econômica, e os desastres naturais. Tais situações, fazem com que o governante tenha o "dever" de tomar as "medidas necessárias"[10].

Nesse sentido, a doutrina aponta que é tão fácil para o presidente norte-americano decretar o estado de exceção, que num certo sentido nem há necessidade de proclamá-lo. Pode-se dizer que a particular flexibilidade do sistema constitucional e político norte-americano consiste no fato de que o presidente, já detentor de amplíssimos poderes em tempos de paz e de normalidade, é suscetível de se transformar, sem solução de continuidade e sem abalos institucionais, em um ditador chamado a administrar a crise com poderes absolutos ou quase absolutos[11].

Assim, a Constituição norte-americana foi pensada tendo constantemente presentes o estado de exceção e o modelo da ditadura da antiga Roma, que intervinha para enfrentar a

---

[7] Conforme MARX, Karl ; ENGELS, Friedrich. *Werke*. Berlim: Dietz, 1955, apud LOSURDO, Domenico. D*emocracia*..., op. cit., p. 123-124.
[8] ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. IX, conforme análise de Willian Quirk.
[9] Cf. artigos 136 a 141 CF/88.
[10] ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. 06 e 293.
[11] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 142-143.

crise sem alterar de modo definitivo o quadro institucional[12]. Não se trata de uma ditadura militar, mas de um regime em cujo âmbito o princípio da ditadura está implícito. Este regime, caracterizado pela personalização do poder e pela facilidade com que consegue passar da normalidade ao estado de exceção e vice-versa, encontra na Constituição norte-americana e na tradição política dos Estados Unidos seu principal ponto de referência[13].

Além de saber durar no tempo, mediante a definição de regras para a sucessão, um regime político demonstra sua solidez por meio da capacidade de passar, de modo relativamente indolor, da normalidade ao estado de exceção e vice-versa. Assim, a realidade política norte-americana nos coloca diante de uma espécie de bonapartismo *soft*, que, no entanto, pode se transformar, se necessário, de modo bastante fácil, num explícito bonapartismo de guerra, para retornar novamente à normalidade uma vez que se considere superado o estado de exceção[14].

A volta à normalidade não é, entretanto, isenta de dificuldades. Nesse sentido, Rossiter aponta cinco perigos, quais sejam: 1) desviar-se da ordem constitucional que o Estado estabeleceu para defender; 2) queda da Constituição por revolucionários ou interesses reacionários; 3) mudança nas estruturas permanentes de governo e sociedade, com o conseqüente aumento do Estado; 4) situação de exceção de maneira indefinida, como a permanente situação de guerra; e 5) perda do desejo de recuperar a normalidade constitucional diante de hábitos autoritários[15].

Por si mesmos, a natureza e a complexidade de tais atos mereceriam um atento controle pelo parlamento, de modo que se pudesse tomar as medidas necessárias para a cessação de quaisquer abusos, bem como apurar responsabilidades. Não é assim que historicamente tem ocorrido, sobretudo nos Estados Unidos, país que teria vivido oitenta por cento de sua vida institucional em situações excepcionais[16].

---

[12] Ibidem, p. 138.
[13] SOREL, Georges. *Da Proudhon a Lênin e L´Europa sotto la tormenta*. Roma: Edizione de Storia e Letteratura, 1973, apud LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 204.
[14] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 145-146.
[15] Cf. QUIRK, Willian. in ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. XII.
[16] BRANDON, Mark apud CMAR, Thomas. *The Constitution in wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. in Constellations, volume 13, number 03, 2006, p. 431.

Em virtude do predomínio da força desempenhada pelo presidente da república no regime político norte-americano, ocorrendo uma situação de guerra, o conflito entre o presidente e o Congresso acaba por ser essencialmente teórico: de fato, o Congresso, embora perfeitamente consciente de que a legalidade constitucional fora transgredida, nada podia fazer senão ratificar as medidas[17]. Se inicialmente havia mediação do Congresso, hoje, no entanto, ela passa cada vez mais a segundo plano[18].

O Presidente Lincoln, por exemplo, ao adotar drásticas medidas durante a guerra civil, baseava-se na convicção de que a lei fundamental podia ser violada, se estivesse em jogo a própria existência da união e da ordem jurídica, enquanto o Presidente Wilson, por sua vez, concentrou em sua pessoa poderes ainda mais amplos, mas preferiu que o Congresso lhe delegasse[19].

A ausência de controle desses atos perpassa um problema técnico essencial, e que marca profundamente a evolução dos regimes parlamentares modernos: a extensão dos poderes do executivo no âmbito do legislativo, por meio da promulgação de decretos e congêneres, como conseqüência da delegação contida em leis ditas de plenos poderes[20].

Ademais, o fato da Constituição ou da legislação prever os limites de utilização dos poderes de exceção não garante que os limites sejam respeitados[21]. Tal problemática dificulta a compreensão de que o terreno jurídico está apto à resolução desta questão, devendo, pois, privilegiar a abordagem política[22].

Assoma-se a estas dificuldades a existência de novos centros de poder, como é o caso das chamadas organizações complexas — grandes incorporações econômicas transnacionais, por exemplo —, que pretendem orientar as decisões estatais no sentido de influir em favor dos interesses representados por elas[23].

---

[17] AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 36.
[18] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 143.
[19] AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 21 e 36.
[20] Ibidem, p. 18.
[21] Ver nesse sentido, a análise de AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 22-23.
[22] Ver DE MARTINO, F. *Storia della costituzione romana*. Nápoles: Jovene, 1973, apud AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004, p. 11.
[23] GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 198; No mesmo sentido: MORAIS, José Luiz Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28-29.

Apesar de cada vez mais necessário o controle político dos atos do poder executivo, os modernos seguidores da tradição liberal parecem preocupados não com a limitação do poder, mas exclusivamente com sua eficiência e sua capacidade de ação rápida[24].

A predominância desta conjuntura política de subserviência do Legislativo ao Executivo não é, todavia, absoluta. Com efeito, merece destaque o fato dos parlamentos do Reino Unido e dos Estados Unidos terem aprovado algumas limitações às políticas de segurança[25]. Não se pode igualmente desconsiderar que a recente vitória do Partido Democrata norte-americano nas eleições reflete, em parte, um descontentamento com algumas medidas, inclusive as restrições migratórias — como é o caso do muro da discórdia a ser construído na fronteira com o México.

3 – A missão de defesa contra o mal nos EUA

Para compreender a velocidade e a intensidade com que tais medidas se desencadeiam, é relevante perceber como é construído o processo de legitimação do estado de exceção. Com esse propósito, é decisiva a incorporação pelos governantes norte-americanos de uma "missão a ser cumprida", de maneira a dificultar o exercício de quaisquer contestações públicas.

Cabe esclarecer que, na ausência de uma tradição monárquica e de um rei (ou uma rainha) — que também é o chefe da Igreja Anglicana—, os papéis que a Constituição inglesa mantém separados e atribui a órgãos diversos tendem, nos Estados Unidos, a se unificar na figura do presidente. Este concentra em si, além da função propriamente político-militar, a atribuição sacerdotal-ideológica que lhe compete como líder e intérprete de uma nação investida de uma missão religiosa e constituída, segundo a ideologia puritana, pelos eleitos de Deus[26].

Não se trata apenas de uma consciência imperial, mas de uma consciência imperial ideologicamente transfigurada em termos de missão religiosa, moral e/ou política. Com

[24] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 323.
[25] Ver nesse sentido, GOLUB, Philip S. *Dossiê "Guerra Infinita"/Ataque às Liberdades*. in Le Monde diplomatique. Set. 2006 < http://diplo.uol.com.br/2006-09,a1396>. Acesso em 09 dez. 2006.
[26] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 114.

esse propósito, busca-se em nome da liberdade, exercer e estender sua benéfica influência sobre as "nações selvagens" e vítimas da escravidão e do obscurantismo, a América representa, portanto, o povo eleito e até a raça eleita, investida de um papel providencial[27].

Percebe-se que a recente doutrina política de luta contra o "eixo do mal", defendida pelo presidente norte-americano logo após o atentado de 11 de setembro, não se constituiu exclusivamente resultado das circunstâncias políticas. Já bem antes, Roosevelt mencionava expressamente tal intento, de forma que se pudesse liquidar os "selvagens" e "bárbaros" por toda a parte, a fim de levar "a luz" aos lugares mais tenebrosos do mundo. Cabe, dessa forma, decidir quem é civilizado e quem não é, por meio do papel de poder de polícia internacional—reivindicado—, desde essa época, pela maior potência mundial[28].

A negação da democracia é representada pela perseguição dos traidores da pátria, ou seja, aqueles que contestam publicamente o exercício de tal função. Assim, o envolvimento do líder intérprete da nação numa aura de sacralidade patriótica caminha *pari passu* com a exportação do conflito e a criminalização da dissidência, no sentido de que os que possuem ideais divergentes são considerados estranhos não só à América, mas também à civilização e até ao gênero humano[29]. Ademais, a tática de estabelecer que o inimigo é o "mal" confere um caráter absoluto a esse "personagem", de forma que o "mal" é visto como inimigo de toda a humanidade[30].

Depois da Guerra do Golfo e do colapso verificado no Leste europeu, o sistema de relações internacionais parece se definir como um bonapartismo planetário[31]. Percebe-se assim, que outro elemento do estado de segurança é sua pretensão de globalidade, como pode ser visto pelas intenções da única potência do planeta nas recentes guerras do

---

[27] Tal papel também tem função de unificar a nação e de superação ou ocultamento da divergências políticas, cf. LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 130-131.
[28] Ibidem, p. 137, 285 e 286.
[29] Ibidem, p. 140-141.
[30] MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica y gobierno del riesgo.La construccion de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*. In La Tensión entre libertad y seguridad: Una aproximación sócio-jurídica. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Riója, 2006, p. 71-105, p. 98.
[31] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 280; Na mesma direção, HABERMAS, Jurgen. *A guerra e seus juízos contraditórios.* In Folha de São Paulo, 27 abr. 2003, ao afirmar que a doutrina militar preventiva foi desenvolvida antes do ataque de 11 de setembro de 2001.

Afeganistão e Iraque[32]. A segurança é, pois, a missão imperial há muito tempo implementada, como visto anteriormente.

Assinala-se que, em virtude do patriotismo ser fundamentalmente constitutivo do discurso político dos Estados Unidos, acaba sendo impossível para os norte-americanos avaliarem criticamente a ação de seus governos contra os não-cidadãos[33]. Decisivo nesse sentido é o monopólio da publicidade e a implementação da censura pelo governo.

Como observa Losurdo, está diante dos olhos de todos a gigantesca concentração de poder político e multimidiático ocorrida, que evidenciou suas enormes possibilidades de censura, desinformação e manipulação durante a "cruzada antiiraquiana"[34].

4 – Um breve relato sobre as medidas de exceção

Importa aqui considerar que a recente adoção de medidas de exceção, não é novidade na história política dos Estados Unidos. Os ataques de setembro de 2001 apenas produziram uma intensificação das mesmas, agora legitimadas sob o império do medo a todos imposto.

Nesse sentido, há de se destacar os *Alien Acts de 1798*, e que conferiam amplíssimos poderes discricionários à autoridade máxima do Estado para a detenção e a deportação não só dos estrangeiros propriamente ditos, mas também dos imigrados à espera de naturalização; os homens cidadãos ou provenientes de países considerados inimigos poderiam ser deportados já a partir dos 14 anos de idade. Autorizava-se assim, que estrangeiros e imigrados sejam privados de qualquer direito — com base na simples suspeita do presidente —, mesmo na ausência de acusação, de júri, de debate público, de confronto com testemunhas de acusação, de recurso a testemunhas de defesa, e de assistência legal[35].

[32] MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones del Estado: Del Estado protector al Estado de seguridad*. In La Tensión entre libertad y seguridad: Una aproximación sócio-jurídica. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Riója, 2006, p. 55-70, p. 69.
[33] BRANDON, Mark apud CMAR, Thomas. *The Constitution*…, op. cit., p. 432.
[34] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 322.
[35] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 139-140.

Tais medidas, em verdade, não se caracterizam muito diferentes daquelas recentemente promovidas pelas autoridades norte-americanas. Nesse sentido, a *Military Order*, promulgada pelo presidente dos Estados Unidos em 2001, autorizou a detenção, por prazo indefinido, dos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas, não gozando os detentos nem das garantias das leis norte-americanas, tampouco daquelas estabelecidas pela Convenção de Genebra[36]. Da mesma forma, amplos poderes são concedidos a autoridades do governo norte-americano pelo *USA Patriot Act (2001)* — o qual permite manter preso ou expulsar o estrangeiro suspeito de pôr em perigo a segurança nacional.

Igualmente no Reino Unido a legislação aponta para restrições significativas à liberdade. Enquadram-se aí a *Criminal Justice Act* (2003), que impõe penas obrigatórias e mínimas, e reduz a capacidade dos juízes de adaptar a punição aos casos particulares; a *Prevention of Terrorism Act* (2005), que permite ao ministro do Interior restringir a liberdade das pessoas suspeitas de estarem implicadas em atividades terroristas, sem garantia judiciária adequada; e a *Enquiries Act* (2005), que limita a independência dos juízes nomeados para dirigir as investigações, autorizando os ministros a escolher os elementos de prova que poderão ser, ou não, tornados públicos[37].

Os atentados de Nova Iorque e Washington, mas também dos de Bali, Casabranca e Madrid, têm provocado a aprovação sucessiva de uma legislação autenticamente excepcional, não apenas para proteger os países do inimigo externo, mas também dos perigosos concidadãos que são os que realmente põem em perigo as liberdades e o bem-estar. Nesta linha vão a *Patriot Act* e outras normas similares que têm sido aprovadas ultimamente, e que são um perigoso precedente de restrição de direitos de cidadãos nacionais e de emprego de medidas policiais sem controle judicial[38].

Nos Estados Unidos, a amplitude do recuo democrático é espantosa. Através de um estado de exceção não-declarado, mas efetivo, o governo Bush procede à demolição sistemática da ordem constitucional. Governar por decretos não publicizados e decisões presidenciais arbitrárias tornou-se uma prática normal de Estado, como atestam as

[36] AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 14.
[37] GOLUB, Philip S. *Dossiê*…, op. cit.
[38] MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones*..., op. cit., p. 60.

revelações cotidianas sobre a tortura, a existência de um arquipélago de prisões secretas e as operações não legais de espionagem interior[39].

O exacerbamento desse processo pode se visualizar pela construção da chamada teoria penal do inimigo, a qual serviria especificamente para os inimigos da sociedade. A fim de justificar um tratamento jurídico diferenciado, busca-se fundamento em Rosseau, Kant e Hobbes, de forma que a coação penal não se dirija contra a pessoa de direito, mas contra o indivíduo[40]. Nesse sentido, diz Jakobs: "...pues ya con este breve esbozo cabe pensar que se ha mostrado que el status de ciudadano no necessariamente es algo que no se puede perder"[41].

Assim, quem não oferece um comportamento pessoal que não inspire segurança não pode esperar que o Estado o trate como pessoa, pois isso vulneraria o direito a segurança do resto da população[42].

Importa aqui lembrar que, imediatamente após a aprovação da legislação que priva de direitos políticos os judeus — considerados uma raça diferente da alemã e ariana —, Carl Schmitt assinalou como mérito do nazismo a substituição da definição de homem pelos conceitos de cidadão e estrangeiro[43]. Esta fundamentação é hoje revisitada, pois permite a prática da tortura e impede o exercício das garantias processuais-constitucionais aos eleitos "inimigos da sociedade".

5 – O risco e as exigências de segurança

Em virtude da progressiva restrição das liberdades em prol da segurança, torna-se imperioso contextualizar — mesmo que minimamente — a existência dos riscos e a sua

[39] GOLUB, Philip S. *Dossiê*…, op. cit.
[40] JAKOBS, Guinther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del inimigo*. In Derecho penal del inimigo. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 21-56, p. 45.
[41] Ibidem, p. 29.
[42] Ibidem, p. 47.
[42] Ibidem, p. 29.
[43] LOSURDO, Domenico. *Democracia*..., op. cit., p. 293.

relação com os níveis de intervenção do poder público, de forma que se possa mensurar a proporcionalidade das medidas restritivas adotadas.

Cabe inicialmente assinalar que, desde a origem, a função securitária esteve presente em toda a larga vida do Estado. Assim, o atual estado de segurança não é nada mais que uma variação da primeira formulação inicial de uma organização política cujo objetivo era garantir a estabilidade social[44].

A partir da década de 70 do século XX, alguns autores buscaram a volta do modelo protetor estatal surgido nos séculos XVI e XVII[45]. Se é possível dizer que a instabilidade sempre acompanhou o Estado, pode-se afirmar que o mesmo sempre se utilizou dessa justificativa para fundamentar sua manutenção e atuação.

Nesse sentido, a necessidade de procurar uma especial segurança cognitiva frente aos que são considerados inimigos ignora a percepção dos riscos — que consistem em construções sociais que não estão relacionadas com às dimensões reais de tais "ameaças", ocasionando, assim, um processo de supervalorização do inimigo. Ao menos entre os candidatos a inimigos das sociedades ocidentais, não parece que possa apreciar-se que haja algum — nem a criminalidade, nem as máfias de drogas, nem tampouco o ETA — que realmente possa pôr em questão os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível[46].

Isso fica especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões dos bens jurídicos pessoais sofridas por tais condutas delitivas com outros tipos de infrações criminais cometidas de modo massivo, e que se encaixam no conceito de normalidade[47]. A construção do medo é imediatamente seguido pela construção da norma.

Nesse sentido, a atuação do Estado se pautava anteriormente pela coletivização pública do risco da vida em toda a sua amplitude, tendo esta lógica se deslocado para uma forma específica de gestão dos riscos de criminalidade, como forma privilegiada de identificação e neutralização dos produtores do risco[48].

---

[44] MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones*..., op. cit., p. 62.
[45] Ibidem, p. 67.
[46] MELIÁ, Manuel Cancio. *De nuevo:¿Derecho penal del enemigo?* in Derecho penal del inimigo. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 85-152, p. 129-130.
[47] Ibidem, p. 130.
[48] MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica*..., op. cit. p. 89.

Conseqüentemente, a legitimidade do poder público exige que a promessa de segurança cresça com os riscos e seja ratificada pela opinião pública[49]. Há de se ressaltar que, após a Guerra fria, houve a necessidade de "encontrar" outros inimigos, passando pelos narcotraficantes da Colômbia, e mais recentemente pelos terroristas.

Não se pode esquecer que é perfeitamente possível contextualizar ideologicamente a opção por tais medidas de exceção. Isso porque, tendo o Estado liberal se caracterizado por seu mínimo de intervenção, o apelo à segurança pode justificar o retrocesso na implementação dos direitos sociais e econômicos, e, conseqüentemente, um menor grau de intervenção na propriedade[50].

Vislumbra-se, nesse sentido, uma mudança de paradigma: a cultura de direitos — própria do ideal normativo da sociedade de classes que buscava a igualdade —, passa a ser substituída pelo ideal de segurança na sociedade do risco. Esta transição em nenhum momento pretende sugerir o desaparecimento da desigualdade no seio da sociedade. Em realidade, a sociedade do risco implica uma nova forma de depauperização através de sua distribuição desigual: o risco continua para os pobres — há apenas uma mudança na orientação da preocupação pública[51].

Trata-se de um intrincado jogo de interesses políticos, que tem a sua ramificação econômica — com as indústrias da guerra e da segurança privada —, os interesses políticos-militares, bem como a configuração de um Estado descomprometido com as demandas sócio-econômicas.

---

[49] Ibidem, p. 83. Nesse sentido, há de se ressaltar a luta das elites políticas e dos governos no sentido de criar e impor novas identidades que legitimem o Estado. Cf. GÓMEZ, José Maria. *Globalização da política: Mitos, realidades e dilemas*. Instituto de Relações Internacionais - PUC/Rio, Rio de Janeiro, nº 19, jul. 1997, p. 25.

[50] Com efeito, aponta-se o projeto neoliberal como causador de uma crise permanente, determinada por todo um conjunto de desajustes (e reajustes) e processos de transformação que afetam a todos os níveis do social MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica*..., op. cit., p. 76; No mesmo sentido, MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones*..., op. cit., p. 56-57.

[51] Nesse sentido MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica*..., op. cit. p. 77, com base na obra de BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo global*. Madrid, 1998.

6 – Estado de exceção permanente

Ao elaborar critérios para o funcionamento da ditadura constitucional, Rossiter estabelece como premissa para o seu funcionamento o rápido retorno à normalidade assim que a crise for concluída[52], atribuindo ao parlamento a responsabilidade de assegurar que o ditador aja responsavelmente, ou seja, dentro dos limites constitucionais.

Reconhece, contudo, que o maior perigo da ditadura constitucional é a possibilidade dela se tornar permanente, como ocorreu no estado de sítio decretado por Napoleão III e no fim da República de Weimar[53]. A malfadada experiência alemã também é citada por Agamben para defender que o estado de exceção pode funcionar como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime autoritário, embora inicialmente tenha sido justificado para a defesa da Constituição[54].

Bastante elucidativa é a posição de Rossiter, a qual é acompanhada textualmente por Agamben:

> Descrevendo os governos de emergência nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa — [...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar-se em todos, instituições duradouras mesmo em tempos de paz[55].

A criação de um estado de emergência permanente (ainda que eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive das chamadas nações democráticas. O estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma "técnica de governo" ameaça transformar radicalmente — e, de fato, já transformou de

[52] Nesse sentido é muito claro o décimo primeiro critério, cf. ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. XIV.
[53] ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. 294-295.
[54] AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 29-30.
[55] ROSSITER, Clinton. *Constitucional*…, op. cit., p. 313; AGAMBEN, Giorgio. *Estado*..., op. cit., p. 21-22.

modo muito perceptível — a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição[56].

Nesse sentido, tem o governo Bush conseguido produzir uma situação em que a emergência se torna a regra e a própria distinção entre paz e guerra (e entre guerra externa e guerra civil mundial) se torne impossível[57].

Além disso, é possível também traçar um paralelismo entre a Europa do século XVII e a globalidade do século XXI. Como naquele contexto, hoje a guerra tem se convertido em uma situação generalizada e permanente. O aparecimento da violência letal é uma possibilidade constante, sempre disposta a se manifestar em qualquer momento e lugar. Não se trata de guerras isoladas, senão de um estado de guerra geral e global que erode a distinção entre a guerra e a paz. Assim, o sentimento de excepcionalidade tem se instalado na consciência coletiva[58].

Percebe-se que a sensação de risco tem se generalizado a ponto de legitimar que as medidas restritivas da liberdade sejam cada mais intensas. Na medida em que tais restrições passam a ser positivadas e aplicadas pelo Estado sem prazo determinado, resta prejudicada a característica da transitoriedade, típica do estado de exceção tradicionalmente entendido. Não havendo atualmente perspectivas de retrocesso na adoção de tais medidas e considerando que o elemento "segurança" acaba por prevalecer em relação à liberdade, não há como configurar esta situação senão como estado de exceção permanente.

7 – Considerações finais

Caso os movimentos de resistência não obtenham êxito face a esta nova configuração, terão que ser redefinidos inúmeros institutos que são caros às constituições vigentes. Nesta direção, o princípio da separação dos poderes passaria a ter outra conformação, pela qual o Poder Executivo definitivamente teria superioridade formal em relação aos outros poderes, de forma a possuir o monopólio legislativo em algumas matérias relacionadas à segurança, além de excluída a apreciação jurisdicional destes temas.

[56] AGAMBEN, Giorgio. *Estado...*, op. cit., p. 13.
[57] Ibidem, p. 38.
[58] MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica...*, op. cit. p. 100.

Neste cenário, não tão distante quanto se imagina, a harmonia entre os poderes constitucionais seria substituída pela responsabilidade do presidente da república em decidir qual seja o melhor destino para a defesa da nação. O risco de esvaziamento dos regimes políticos democrático é evidente, visto que a concentração de poderes absolutos via de regra conduz a regimes totalitários de matriz personalista. Mesmo que não se chegue a tal ponto, parece claro que valores constitucionais, como dignidade da pessoa humana, privacidade e integridade física, cedem e cederão ainda mais espaço à preservação da segurança das instituições e da sociedade.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo global*. Madrid, 1998.

CMAR, Thomas. *The Constitution in wartime: Beyond Alarmism and Complacency*. in Constellations, volume 13, number 03, 2006.

GOLUB, Philip S. *Dossiê "Guerra Infinita"/Ataque às Liberdades*. in Le Monde diplomatique. Set. 2006 < http://diplo.uol.com.br/2006-09,a1396>. Acesso em 09 dez. 2006.

GÓMEZ, José Maria. *Globalização da política: Mitos, realidades e dilemas*. Instituto de Relações Internacionais - PUC/Rio, Rio de Janeiro, nº 19, jul. 1997.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

HABERMAS, Jurgen. *A guerra e seus juízos contraditórios*. In Folha de São Paulo, 27 abr. 2003.

JAKOBS, Guinther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del inimigo*. In Derecho penal del inimigo. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 21-56.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo ou decadência do sufrágio universal*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

MARTÍN SEGURA, David San. *Retórica y gobierno del riesgo.La construccion de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo*. In La Tensión entre libertad y seguridad:

Una aproximación sócio-jurídica. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Riója, 2006, p. 71-105.

MARTÍNEZ DE PISON, José. *Las transformaciones del Estado: Del Estado protector al Estado de seguridad*. In La Tensión entre libertad y seguridad: Una aproximación sócio-jurídica. org. por Maria José Bernuz Beneitez e Ana Isabel Pérez Cepeda. Madrid: Universidad de la Riója, 2006, p. 55-70.

MELIÁ, Manuel Cancio. *De nuevo:¿Derecho penal del enemigo?* in Derecho penal del inimigo. org. por Guinther Jakobs e Manuel Cancio Meliá. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006, p. 85-152.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROSSITER, Clinton. *Constitucional dictatorship: Crisis government in the modern democracies*. Third printing. New Brunswick (EUA): Transaction Publishes, 2005.

COSMOPOLITISMO, MULTICULTURALISMO E CIDADANIA LOCAL. UMA REAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL LOCAL AS DISFUNÇÕES DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E O ESTATUTO DA CIDADE BRASILEIRO

Eliana Perini [*]

RESUMO

A vida política e a pratica da cidadania local se judiciarizam. Assim como toda globalização depende de um localismo que a precede, as práticas da democracia participativa e da cidadania local constituem uma reação da sociedade civil local às disfunções da democracia representativa e essa realidade pede uma análise heurística de aspecto generalizado. O Estatuto da cidade brasileiro realiza o efeito doutrinário de humanizar os conceitos civilistas – e tecnicista – do direito urbano, estabelecendo, enfim, os paradigmas cosmopolitistas e multiculturalistas da « cidade ».

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA LOCAL, COSMOPOLITISMO, MULTICULTURALISMO, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, ESTATUTO DA CIDADE BRASILEIRO.

RÉSUMÉ

La vie politique e la pratique de la citoyenneté locale se judiciarisant. Toutes les pratiques de globalization sont précedées par un localisme. Les pratiques de la démocratie participative et de la citoyenneté locale constituent une réaction de la société civile locale aux dysfonctionnements de la democratie représentative. Une telle réalité exige une analyse heuristique d'aspect généralisé. Le Statut de la ville brésilien réalise l'effet doctrinaire d'humaniser les concepts civilistes et technicistes du droit urbaniste en établissant, finalemente, les paradigmes cosmopolitistes et multiculturalistes de la "ville".

MOTS-CLÉS: CITOYENNETÉ LOCALE, COSMOPOLITISME, MULTICULTURALISME, DÉMOCRACIE PARTICIPATIVE , STATUT DE LA VILLE BRÉSILIEN.

[*] Doutora em Direito Público pela Université de Paris X.

Este texto tem como objetivo o de identificar como fenômenos políticos-jurídicos ordenados no campo comum do cosmopolitismo multiculturalista o advento da cidadania local no Brasil e os objetos do Estatuto da Cidade brasileiros. Doze anos separam a promulgação da Constituição brasileira de 1988 e os preceitos do Estatuto da Cidade. Podemos constatar que o constituinte de 1988 estabeleceu as bases da democracia participativa e esteve atento à « globalização do localismo ocidental »[1], fenômeno externalizado pela terceira crise entre os Estados-nação e a globalização[2].

No histórico da participação democratizada da gestão administrativa das cidades, observamos, antes do advento da Constituição de 1988, a ausência quase total da prerrogativa legal da participação popular na política de decisões das cidades. Faltava às cidades, por exemplo, a autonomia que permite, na atualidade, o atributo da federação subsidiária brasileira [3]. No que concerne à falta de participação popular e as dificuldades no desenvolvimento de uma sociedade civil nacional, é importante salientar os fatores conjunturais que caracterizaram a identidade da República brasileira, da sua idealização aos dias atuais. De maneira diversa do estabelecimento na República francesa ou na democracia americana, a noção de *res publica* é e foi vivida por grande parte da população, pelos administradores públicos e pelos representantes parlamentares como « chose de personne ».

[1] Termo utilizados por Boaventura de Souza já em 1998 no desenvolvimento de sua teoria sobre a globalização, ver www.dhdi.free.fr/recherches/droithomme/articles/eberjustglob.pdf, p. 84.

[2] Eis a definição de globalização de Boaventura de Souza Santos : "é o processo pelo qual uma condição ou uma dada entidade local alcança extensão no mundo inteiro, e, a partir deste fenômeno, consegue desenvolver a capacidade de designar como local uma condição ou uma entidade social rival. [...] no contexto do sistema mundial do tipo capitalista ocidental não existe uma verdadeira globalização. O que chamamos globalização é sempre o êxito da globalização de um dado fenômeno local. Em outros termos, inexiste uma condição global onde não podemos encontrar uma origem local, um enraizamento cultural específico." *in* Souza Santos, Boaventura de, "Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme", Droit e Société, n° 35, Paris, 1997, p. 82, tradução sobre a nossa responsabilidade. Sobre a teorização da globalização e da pós-globalização ver o importante trabalho de ARNAUD, André-Jean, *Critique de la raison juridique - 2. Gouvernants sans frontières – entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris, 2003.

[3] Sobre o federalismo subsidiário brasileiro, ver Groff, Paulo Vanderlei Vargas, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil. L'Application du principe de subsidiarité*, Thèse de doctorat, Paris, 2000, p. 27; ver também, Magalhães, José Luis Quadros de, "Democracia local e federalismo", Centro de atualização em Direito, Belo Horizonte : http://www.cadireito.com.br/artigos/art57.htm

Não é difícil a identificação de uma crise de legitimidade da representação democrática [4]. Esta temática é objeto privilegiado de vários estudos sócio-políticos [5].

As particularidades da evolução exigem a atitude político-acadêmica de afrontar certos tabus teóricos e ideológicos que tendem a marginalizar o processo de democratização nos países « em via de desenvolvimento ». As especificidades de um histórico de cidadania distinto dos métodos da democracia européia e da democracia americana produzem, certamente, cidadãos também distintos [6]. Não obstante esta observação nos parece necessário o reconhecimento destas diferenças na medida em que lhes é peculiar: fenômenos sócio-jurídicos próprios aos paradigmas do comportamento multiculturalista de formação de decisões políticas na contemporaneidade ocidental. Preconceitos lamentáveis podem impedir a percepção metodológica e heurística destas especificidades cuja institucionalização reflete a realidade das instituições democráticas brasileiras. É necessário afirmar e reconhecer, livre de complexos teóricos, a conceituação de uma cidadania renovada, cujo desenvolvimento se operou e se opera em contextos singulares.

No Brasil, a Constituição de 1988 refletiu tendências internacionalmente verificadas: fortificar o poder local e a participação popular e positivar as bases jurídicas através das decisões políticas das prefeituras municipais. A autonomia financeira e a autonomia organizacional das cidades brasileiras estabelecem seu caráter de ente federado junto aos Estados-membros e ao Estado federal.

A legitimidade do regime democrático repousa sobre a participação da população no poder político. « Todo poder emana do povo, que o exerce através de representantes eleitos ou diretamente, segundo os termos desta Constituição » (Artigo primeiro, parágrafo único da

[4] Parece-nos correta a consideração de Gérard Grunberg : « La crise […] concerne essentiellement les rapports entre les représentés et leurs représentants […]. Nos résultats confortent [la] perception d'un clivage fondamental entre élites politiques et public de masse », *in* Grunberg, Gérard, Mayer, Nonna et Sniderman, Paul M. (dir.), *La Démocratie à l'épreuve*, Presses des Sciences Po, Paris, 2002, p. 63.

[5] Ver Mendel, Gérard, *Pourquoi la démocratie est en panne. Construire la démocratie participative*, La Découverte, Paris, 2003 ; Calame, Pierre, *La démocratie en miettes. Pour une révolution de la gouvernance*, Éditions Léopold Mayer, Descartes & Cie, Paris, 2003.

[6] Ver o ótimo ensaio de José Murilo de Carvalho, CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002, onde o autor afirma a inversão ocorrida no processo de democratização brasileiro ou o que ele chama de « inversão da pirâmide e da lógica de Marshall ». Um exemplo dessa análise foi a « conquista » dos direitos sociais antes da edição de direito da maioria dos direitos políticos e dos direitos sociais e, ainda, a presença de direitos sociais no contexto da constituição de 1937, período ditatorial dos « anos Vargas » (quando os direitos políticos e as liberdades civis eram restritos).

Constituição brasileira de 1988). No artigo 14 o constituinte tornou ainda mais clara a noção segundo aquela, no Brasil, a soberania é popular e não parlamentar, e será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, mediante também os institutos do plebiscito, do referendum e da iniciativa popular.

Através da emancipação da idéia de uma democracia além dos parâmetros clássicos europeus e americanos e além dos terrenos da legalidade estrita encontram-se as novas bases para a compreensão da noção de poder político e de cidadania: « O conceito de cidadania atual não pode ficar atrelado somente aos direitos políticos exercidos no seio de uma democracia representativa »[7].

O capítulo IV do Estatuto da Cidade nasceu, entretanto, do constatar que a representação política democrática, independentemente da sua legitimidade nas democracias contemporâneas, « é uma instituição insuficiente no exprimir, com fidelidade, a vontade popular e a realização dos interesses do povo quando contemplados os interesses múltiplos de suas manifestações »[8]. Tal enunciado encontra a sua justificativa na crescente insatisfação popular diante da falta de eficacidade da representação tradicional e diante da « consolidação de diversas instâncias de democracia semi-direta […], instâncias que funcionam como corretivos da democracia representativa » [9].

No que concerne a produção social do direito e do exercício do poder local, é importante salientar que nem a Constituição de 1988 nem o Estatuto da Cidade, quando do estabelecimento e regulamentação dos mecanismos da democracia direta não ameaçam o modelo de representação indireta. O Estatuto da Cidade tem por objetivo o de favorizar o exercício do poder local e a expressão da soberania popular – estabelecido pela Constituição brasileira – combinando em um sistema semi-direto as duas formas de manifestação democrática da cidadania nacional (a representação e a participação direta).

Parece-nos importante, entretanto, afirmar sempre a propriedade latente oferecida pelo espaço político local às várias mobilizações da população e ao interesse de participar na

[7] Saule Júnior, Nelson, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001, p. 52.
[8] Benevides, Marie Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa : referendo, plebiscito e iniciativa popular*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 13.
[9] *Ibid.*

resolução dos problemas de interesse público. Estes interesses se traduzem por atitudes concretas face à existência ou inexistência dos direitos à cidade. É bastante conhecida a apologia da idéia de que o povo é capaz de se manifestar diretamente quando questões de seu urgente interesse são ameaçadas. A síntese deste argumento pode ser encontrada em dois pensamentos centrais: 1/ a suposta incompetência o povo no participar diretamente no exercício do poder político é um fato "corrigido" a cada vez que o povo escolhe seus representantes para exprimir sua vontade (forma indireta); 2/ se dificuldades existem nos primeiros momentos de amplificação da participação popular, estas dificuldades serão resolvidas segundo o fortalecimento da própria participação como parte de um processo democrático mais amplo de educação comunicacional-política dos cidadãos [10].

A realidade social é modulada por dois fatores que podem impedir a aplicação dos preceitos constitucionais: a cultura cívica e o sistema político. A questão da cultura cívica requer, por si só, explicitações das práticas políticas das quais são originadas. Trata-se de encontrar uma ligação entre o sistema legal e a sedimentação das práticas e dos valores que contribuem a dificultar a realização do espírito constitucional. Neste contexto, as reformas partidárias e eleitorais são essenciais para a modificação dos valores consagrados pela cultura cívica[11].

Diante uma legislação ampla como a do Estatuto da Cidade são inevitáveis certos questionamentos relativos à força da mobilização e da participação da população. Uma da respostas a esta questão deveria encontrar-se na transparência e no aspecto pedagógico das legislações sociais.

Considerando o aspecto pedagógico da democracia participativa – sobretudo pela difusão do princípio da *res publica* destinada a todos e não passível de apropriação privada – o capítulo IV tem muito a nos ensinar no contexto do direito à cidade. Este caráter pedagógico é uma premissa do espírito cível, fundamento de todas as disposições legais do Estatuto da Cidade e é ainda um expoente de um axioma maior: oferecer as condições de uma vida digna aos habitantes das cidades brasileiras.

[10] Ver duas obras de HABERMAS, Jürgen, Théorie de l'agir communicationnel T. 1 – Rationalité de l'agir et rationalisation de la société, Fayard, Paris, 1998 e *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997. Ver também Barreto, Vicente, « O Conceito moderno de cidadania », *Revista de direito administrativo*, 192, abril/julho 1993, pp. 29-37.
[11] Mattos, Liana Portilho (org.), *Estatuto da cidade comentado*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.

Existem outras formas importantes para garantir a participação popular na gestão administrativa das cidades: a participação popular funciona como o mais eficaz mecanismo de fiscalização dos atos da administração, tanto do executivo quanto do legislativo municipais. Tal controle social destaca sua importância pois ele assegura a aplicação efetiva dos instrumentos da reforma urbana positivados por essa legislação. Este controle é também subsidiário e concorrente ao controle de outras modalidades: as do legislativo e do judiciário em nível dos Estados-membros e do Estado federal.

As normas do capítulo IV da lei n° 10 257/2001 preconizam diversas formas de participação popular, normas que oferecem um resultado concreto à dupla função social da participação popular: 1/ validar a legitimidade as ações da cidade; 2/ exercer o controle de tais ações.

Presente nos três artigos do capítulo IV do Estatuto da Cidade[12], a gestão democrática da cidade deve ser compreendida como a gestão resultante da participação direta dos cidadãos na gestão urbana; desta participação resulta uma decisão de ordem deliberativa – e não delegatória – exercida diretamente pelos cidadãos. Podemos constatar, sem dificuldades, essa regularização a partir de uma interpretação heurística do capítulo em questão.

Um dos elementos mais importantes e mais paradoxais da atualidade é a dinâmica da cidadania participativa local nos Estados-nação que integram certas doses de democracia participativa. O paroxismo pode ser percebido, de uma parte, através do número crescente de atores políticos que intervêm no quadro da democracia participativa, e, de outra parte, na ambivalência da significação do termo democracia quando considerado sua extensão quase universal [13].

[12] Versão original da lei n° 10 257/2001, o Estatuto da Cidade *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm; tradução desta lei em francês *in*, PERINI, Eliana, "Démocratie participative: le Statut de la ville", Ambassade du Brésil en France, Gouvernement et institutions, http://www.bresil.org/index.php?option=com_content&task=view&id=665&Itemid=51&PHPSESSID=194ab87edf489d3671b2fdb965b68edd

[13] Ver Perini, Eliana, *op. cit.*, 2004.

Uma reação local da sociedade civil às disfunções da democracia representativa tradicional: o multiculturalismo localizado da cidadania participativa

André-Jean Arnaud apresenta-nos um resumo muito eficaz acerca das diversas disfunções da democracia representativa visando a evidenciar o valor e a distinção do fenômeno da participação local : « atonie citoyenne, déclin de la participation électorale, perte de crédit des représentants et de se sens de l'activité politique, populisme ; on signale des pistes susceptibles de revivifier cet idéal structurant de nos sociétés [une démocratie « forte par opposition à la démocratie représentative, une citoyenneté fondée sur l'activisme de la participation délibérative local [14]], citant notamment la démocratie participative et délibérative, ma première réhabilitant des formes plus directes d'information, de consultation et d 'expression de la population. […] il existe, dans un authentique processus délibératif, une forme d'émergence qui permet, par l'argumentation et la prise en compte de la position de l'autre, de construire de décisions potentiellement inédites et créatives [15] ».

No começo deste milênio, a metade da população mundial reside em cidades. Segundo as perspectivas, no ano de 2050 a taxa mundial de urbanização se elevará a 65%[16]. As cidades são territórios que dispõem de uma grande riqueza e de uma grande pluralidade econômica, política, cultural e ambiental. O modo de vida urbano determina a maneira como fundamos « redes » de contato com o outro e com o próprio território. Entretanto, de uma forma inversa a tamanhas potencialidades, as fórmulas de desenvolvimento exercidas na maioria dos países de « terceiro mundo » se caracterizam pela instauração de paradigmas de concentração de renda e de poder, e ainda, por mecanismos bruscos de urbanização. Essa realidade colabora na destruição do meio ambiente e na privatização do espaço público, causando a pauperização, a exclusão e discriminação sócio-territorial. As administrações das cidades não oferecem oportunidades iguais a seus habitantes. A mais importante fração da população é privada, se não limitada, no atendimento de suas necessidades as mais fundamentais [17].

[14] Barber, Benjamin, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. Of Californie Press, Berkeley – Los Angeles and London, 1984, citado por Arnaud, André-Jean, *op. cit*, 2003, pp. 382-383.
[15] Arnaud, André-Jean, *Critique de la raison juridique - 2. Gouvernants sans frontières – entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris, 2003, pp. 382-383.
[16] "Proposition de la Charte Mondiale du Droit à la ville", Forum Social des Amériques – Quito – juillet 2004, Forum Mondial Urbain – Barcelone – setembro 2004, http://www.cohre.org/library/Charte-du-droit-a_la_ville-Octobre-04.doc
[17] *Ibid.*

A questão local « é uma interrogação para as ciências sociais, para os homens políticos públicos, pela ação militante [inclusive a ação altermundialista[18]] e pela mitologia política. Concordamos com Boaventura de Souza Santos quando de sua afirmação : « Todo conceito deveria sempre ser definido mais como processo que como realidade »[19]. O conceito de cidadania local circula entre uns e outros e é nesta circulação, nesta confrontação, nesta interrogação recíproca que ele deve ser pensado, sem que com isto seja reduzido o papel da pesquisa em detrimento da ação […] ou fazer da ação um puro produto do conhecimento científico, numa conduta cientificista ou menos tecnocrática»[20].

Os inúmeros exemplos de desengajamento do poder político em relação aos cidadãos destabiliza e compromete o ideal de emancipação assumido, na modernidade ocidental, pelo Estado-nação democrático como quadro jurídico do poder e do espaço nacional de exercício da soberania pelo povo. Enquanto o desengajamento tecnocrático parece fazer obstáculo à participação real dos cidadãos no processo de formação da vontade política, a função de seus representantes se encontra marginalizada no interior de uma lógica de tomada de decisão conduzida por « experts » não eleitos. O movimento da mundialização da economia limita a capacidade de ação dos Estados, reduzindo a margem de manobra em matéria de regulação social e a capacidade dos governantes de traduzir em medidas concretas as demandas dos cidadãos.

No que concerne a democracia direta, é, sobretudo, sobre o Estado que a maior parte das pressões são exercidas segundo os interesses e a vontade da sociedade civil. A sociedade civil, para se proteger dos efeitos negativos do mercado, precisa de um Estado disponibilizador de um real poder de impor certas normas, de resistir a certas tendências, principalmente no contexto da globalização econômica [21].

---

[18] Sobre a ação do movimento altermundialista e suas inúmeras implicações na definição dos contornos da globalização, ver o excelente trabalho de COUVRAT, Christine. *La montée en Occident d'une culture politique démocrate radicale » : analyse du phénomène et mise en relation ave la question de l'intégration des sociétés complexes*. Tese de doutorado em Sociologia, MSH, Paris, 2004.

[19] Souza Santos, Boaventura de, *op cit*, 1995, p. 82.

[20] Bourdin, Alain, *La question locale*, PUF, La politique éclatée, Paris, 2000, p. 11.

[21] "Déclaration en faveur d'une coopération interaméricaine pour assurer la soubvegarde des villes historiques", Organisation des villes du patrimoine mondial, http://ovpm.org/module-pagesetter-viewpub-tid-1-pid-43.htm

A cidadania local se apresenta como um modelo dualista no qual a base de sua auto-organização, independente em grande parte do poder estatal e assim o devendo permanecer, coexiste com um outro tipo de ação, articulada em torno de questões mais locais e que fazem uma pressão constante sobre o poder do Estado, sobre a capacidade efetiva deste último de impor certas orientações concretas : « la participation est à la même de contribuer à solutionner la crise de la citoyenneté et qu'il faut chercher à développer des formes de démocratie participative. C'est bien d'une tension entre participation et représentation que résulte le fonctionnement démocratique »[22]. Para Joël Roman « la participation ne peut être ni totale, ni constante : c'est ce qui justifie la représentation. La représentation ne peut être ni complète, ni adéquate : c'est là l'exigence de la participation »[23].

A vontade do povo soberano se exprime pela voz da sociedade civil, conceito, este último, muito caro à cidadania local. [24] O referente empírico deste conceito é a grande quantidade de grupos e de associações, de ONGs e de coordenações de várias naturezas e de várias envergadura que se constituem de maneira mais ou menos espontânea no sentido de articular meios para articular a amplificar a vontade da *demos*.

O tratamento da questão relativa ao tipo de integração jurídico-político da cidadania local se endereça a cidadania participativa e se beneficia de um quadro conceitual ao interior da lei 10 257/2001 brasileira. Este tratamento parece ter ganhado em importância quando nós tentamos representar de forma operacional a diferença entre a crise da democracia representativa e a crise da integração racional; isto implica um Estado dentro do qual uma

---

[22] Roudet, Bernard, "La citoyenneté entre représentation et participation", *À propos de : Quelle démocratie, quelle citoyenneté ?*, Forum, Savoir, éducation, formation, ,n° 1, 1996, pp. 7-8.

[23] Roman, Joël, *Introduction à : Ernest Renan, Qu'est-ce qu'une nation ? et autres essais politiques*, Pocket, Paris, 1992, p. 145; um debate relativo ao « renascimento dos laços sociais » e o posicionamento da cidadania entre representação e participação é realizado por par Joël Roman et Blandine Kriegel, ver Roudet, Bernard, "La citoyenneté entre représentation et participation", *À propos de : Quelle démocratie, quelle citoyenneté ?*, Forum, Savoir, éducation, formation, ,n° 1, 1996, p. 10.

[24] Segundo Colas, Dominique, *Dictionnaire de la pensée politique*, Larousse, Paris, 1997, as variações históricas do conceito mostram como a sociedade civil possui uma natureza conflitual e ideológica. Atualmente após a deflagração da crise do Estado-nação, ela reapareceu investida de múltiplas conotações positivas. Ela se assemelha, segundo François Rangeon, a um mito político: « Antes de ser um conceito ou uma idéia, a sociedade civil invoca, um conjunto de valores positivos: a autonomia, a responsabilidade, a tomada pelos indivíduos, por si próprios, de seus problemas. Por sua dimensão coletiva, a sociedade civil parece escapar aos perigos do individualismo e incitar a solidariedade. Por sua dimensão civil, ela convoca a emancipação da tutela estatal […]. Pode ser assim explicada a reativação recente da dupla sociedade civil-Estado» *in* RANGEON, François, "Société civile : histoire d'un mot" *in* Chevallier, Jacques *et alii, La Société Civile*, C.U.R.A.P.P., PUF, Paris, 1986 ; tradução sobre nossa responsabilidade.

sociedade consegue enfrentar os problemas que encontra e a se reproduzir através de mecanismos de regulação que sejam fundamentalmente diferentes daqueles associados à reflexão e a idéia de supremacia democrática do mundo no qual vivemos.

A cidadania local brasileira representa uma nova maneira de trazer à política, de maneira intrínseca, a indissociabilidade de uma concepção alternativa da democracia. Importante destacar que a cidadania local surge como um dos primeiros movimentos de reação às disfunções globalizadas da democracia representativa: o participacionismo brasileiro constatado, num primeiro momento, no histórico legendário do orçamento participativo do Partido dos Trabalhadores na capital do Estado do Rio Grande do Sul desenvolveu dois fenômenos espaço-temporais. O primeiro, a hipótese defendida neste texto, de que a institucionalização da gestão participativa pelo Estatuto da Cidade constitui uma verdadeira inovação no processo político e gestionário de definição das políticas públicas urbana; o segundo, de acordo com a interpretação de Boaventura de Souza Santos, « toda globalização implica uma localização; […] uma das transformações mais comumente associadas à globalização […] é o processo social [e multicultural] pelo qual se aceleram e se difundem pelo mundo »[25]. Em relação à última afirmação, é latente a tomada da temática da cidadania local e da democracia participativa como uma política cosmopolitista[26] de enfrentamento cujos contornos são dessimétricos: do status de "mito" do movimento

[25] Souza Santos, Boaventura de, *op cit*, 1997, 83, tradução sobre nossa responsabilidade.

[26] Boaventura identifica quatro formas diferenciadas de globalização. A primeira é nomeada « localismo globalizado »: ocorre quando um fenômeno local é globalizado com sucesso (exemplos são as operações mundiais de firmas multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a adoção das leis americanas relativas à propriedade de softwares); a segunda é o « globalismo localizado »: é o impacto específico de práticas e de imperativos internacionais sobre as condições locais, as quais são desestruturadas depois reestruturadas a fim de satisfazer a tais imperativos (exemplos são a deslocalização da produção em direção aos países em desenvolvimento, os entraves de livre-câmbio). A divisão internacional da globalização assume a seguinte forma: os países desenvolvidos se especializam em localismos globalizados, enquanto aos países periféricos são impostos à escolha dos globalismos localizados. O sistema mundial é um tecido de globalismos localizados e de localismos globalizados. Entretanto, a intensificação das interações globais conduz dois outros processos que não são necessariamente caracterizados como localismo globalizado ou como globalismo localizado. Eu chamaria o primeiro de « cosmopolitismo ». […] As atividades cosmopolitistas implicam, entre outras coisas, os diálogos e as organizações entre 'Sul-sul', por exemplo, de organização mundial de trabalhadores […], uma filantropia internacional norte-sul, redes internacionais de serviços jurídicos alternativos, organizações humanitárias, […]movimentos [multiculturais] desenvolvidos na periferia do sistema mundial e que buscam valores culturais não imperialistas, se engajando com as pesquisas pós-coloniais, com estudos paralelos, etc. O outro processo que não pode ser corretamente descrito como localismo globalizado nem como globalismo localizado é a emergência de problemáticas que, por natureza, são tão globais, como o podem ser o mundo e que eu chamarei , me inspirando no direito internacional, de « herança comum da humanidade » […] a salvaguarda e a manutenção da vida sobre a terra [é o maior exemplo] », *in Souza Santos*, Boaventura de, *op cit*, 1997, p. 85; tradução sobre nossa responsabilidade. Ver também Souza Santos, Boaventura de e Garavito-Rodrigues, César A., *Law qnd Globalization from Below : Towords a Cosmopolitan legality*. Cambridge Studies in Law Society, 2005.

altermundialista a um dos principais objetivos programáticos da candidata Ségolène Royale durante a última eleição para presidente da República da França.

Uma conclusão

A prtica da cidadania local é subentendida [27] pela idéia que, além da pluralidade de suas pretensões, a sociedade é detentora de uma espécie de intenção coerente que, cuja multiplicidade de vozes e de demandas conduz a aspectos adicionais - compatíveis uns com os outros – de uma mesma vontade democrática que seria possível renovar-se e que seria então conveniente não só o tentar, mas o adaptar-se [28]. Além dos espaços e os problemas locais, existem os centros de interesses particulares em torno dos quais os membros da sociedade civil se reencontram e elaboram juntos muitas iniciativas significantes e multiculturais. Nós podemos constatar através da prática da gestão participativa e da gestão orçamentária brasileira que a esfera local da sociedade civil assinala um enérgico exemplo do cosmopolitismo como uma maneira multicultural de expressão da globalização do participacionismo local: « est effectivement capable de transcender la logique du particulier et d'affronter de façon rationnelle le problème du général. Autrement dit : le terme unitaire de société civile, dès lors qu'il dépasse le domaine du local, du vécu immédiat et des centres d'intérêts ciblés pour se rapporter à l'orientation de la société dans son ensemble, ce terme unitaire recouvre la potentialité d'action solidaire et responsable que la pratique de la démocratie participative prend pour acquise » [29].

A atividade da sociedade civil, na determinação ou na busca de antecipar um único plano social para se juntar ao plano do político, acaba por reconstruir, deste espaço novo nas sociedades complexas, uma superfície paralela a da democracia representativa, caminho pelo qual a população toma para si uma parte ativa nos programas conjunturais legislativos nos quais as equipes de eleitos buscam também realizar. [30]

[27] Perini, Eliana, *op.cit*, 2004..
[28] Couvrat, Christine, COUVRAT, Christine, "La montée en occident d'une culture politique radicale démocrate considérée sous l'angle du type d'intégration sociale porté par les projet "alter" de démocratisation de la démocratie", Notas de Conferência, 8 de dezembro de 2004, Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, 2004-b *in* http://www.chaire-mcd.ca/publications/notes-conferences/Note%202005-11-22-Couvrat.pdf.
[29] *Ibid.*
[30] *Ibid*

Em face da participação popular organizada de « cima », é fácil compreender que as diferenças que compõem a sociedade civil buscam conservar certa autonomia, recusando pura e simplesmente a imposição de temas colocados, por outros, na « ordem do dia » e trabalham para formular, a partir de sua sensibilidade própria, solicitações específicas que elas se esforçam, ulteriormente, a submeter a sua eficácia através de diferentes métodos de publicização e de publicidade. O nível de esforço da construção de programas de orientação racional da sociedade no seu conjunto parece revelar-se da dinâmica característica da ação civil e das faculdades da cidadania local [31].

Ao querer democratizar a democracia, a cidadania local constrói uma instrução segundo a qual é indispensável o reencontro, pelo cidadão, do controle sobre o mundo que nos escapa. « La culture politique de la démocratie participative se situe dans le cadre normatif d'autodétermination consciente des sociétés qui a orienté la pensée sociale et politique de l'occident depuis au moins deux siècles et qui, en principe, continue de le faire aujourd'hui »[32]. Mas em função da maneira pela qual esta democracia participativa reflete as particularidades de sua prática, parece mais participar do mundo revelado pelo funcionalismo-sistêmico que das práticas do mundo da economia. A democracia representativa, em sua conduta concreta, insere-se e reforça muito bem as tendências à integração sistemática que estavam já presentes nas sociedades antes que a democracia participativa ocupasse o « diante » da cena. [33]

Bibliografia

ARNAUD, André-Jean, *Critique de la raison juridique - 2. Gouvernants sans frontières – entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris, 2003.

ARNAUD, André-Jean, "De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques", Droit et Société, n° 35, 1997.

ARNAUD, André-Jean, *Globalização e Direito I – Impactos nacionais, regionais e transnacionais*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2e éd., 2005.

ARNAUD, André-Jean et JUNQUEIRA, Eliane B. (org.), *Globalização e direito II – Fatos e teorias*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2e éd., 2005.

ARNAUD, André-Jean et JUNQUEIRA, Eliane Botelho (orgs.), *Dicionário da globalização. Direito. Ciência Política*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

[31] *Ibid.*
[32] *Ibid.*
[33] *Ibid.*

BARBER, Benjamin, *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Univ. Of Californie Press, Berkeley – Los Angeles and London, 1984, citado por Arnaud, André-Jean, *op. cit*, 2003, pp. 382-383.

BARRETO, Vicente, « O Conceito moderno de cidadania », *Revista de direito administrativo*, 192, abril/julho 1993, pp. 29-37.

BENEVIDES, Marie Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa : referendo, plebiscito e iniciativa popular*, Saraiva, São Paulo, 1996.

BOURDIN, Alain, *La question locale*, PUF, La politique éclatée, Paris, 2000.

CALAME, Pierre, *La démocratie en miettes. Pour une révolution de la gouvernance*, Éditions Léopold Mayer, Descartes & Cie, Paris, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.

COUVRAT, Christine. *La montée en Occident d'une culture politique démocrate radicale » : analyse du phénomène et mise en relation ave la question de l'intégration des sociétés complexes*. Tese de doutorado em Sociologia, MSH, Paris, 2004.

_____ . "La montée en occident d'une culture politique radicale démocrate considérée sous l'angle du type d'intégration sociale porté par les projet "alter" de démocratisation de la démocratie", Notas de Conferência, 8 de dezembro de 2004, Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, 2004-b *in* http://www.chaire-mcd.ca/publications/notes-conferences/Note%202005-11-22-Couvrat.pdf

GROFF, Paulo Vanderlei Vargas, *L'État fédéral et la démocratie au Brésil. L'Application du principe de subsidiarité*, Thèse de doctorat, Paris, 2000.

"Déclaration en faveur d'une coopération interaméricaine pour assurer la soubvegarde des villes historiques", Organisation des villes du patrimoine mondial, http://ovpm.org/module-pagesetter-viewpub-tid-1-pid-43.htm

GRUNBERG, Gérard, Mayer, Nonna et Sniderman, Paul M. (dir.), *La Démocratie à l'épreuve*, Presses des Sciences Po, Paris, 2002.

HABERMAS, Jürgen, Théorie de l'agir communicationnel T. 1 – Rationalité de l'agir et rationalisation de la société, Fayard, Paris, 1998.

_____ , *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997.

Lei n° 10 257/2001, o Estatuto da Cidade *in* http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm

LIRA, Ricardo César Pereira . « Urbanismo e gestão popular das cidades ». (Apresentação de Trabalho/Conferência). *Referências adicionais:* Brasil/Português; Local: Auditório da OAB; Cidade: Rio de Janeiro; Evento: XIX Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil: « Direito à cidade, cidadania e poder »; Inst. promotora/financiadora: OAB, 2005.

MAGALHAES, José Luis Quadros de, "Democracia local e federalismo", Centro de atualização em Direito, Belo Horizonte : http://www.cadireito.com.br/artigos/art57.htm

MATTOS, Liana Portilho (org.), *Estatuto da cidade comentado*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.

MENDEL, Gérard, *Pourquoi la démocratie est en panne. Construire la démocratie participative*, La Découverte, Paris, 2003.

"Proposition de la Charte Mondiale du Droit à la ville", Forum Social des Amériques – Quito – juillet 2004, Forum Mondial Urbain – Barcelone – setembro 2004, http://www.cohre.org/library/Charte-du-droit-a la ville-Octobre-04.doc

RANGEON, François, "Société civile : histoire d'un mot" *in* Chevallier, Jacques *et alii*, *La Société Civile*, C.U.R.A.P.P., PUF, Paris, 1986.

ROMAN, Joël, *Introduction à : Ernest Renan, Qu'est-ce qu'une nation ? et autres essais politiques,* Pocket, Paris, 1992.

ROUDET, Bernard, "La citoyenneté entre représentation et participation", *À propos de : Quelle démocratie, quelle citoyenneté ?,* Forum, Savoir, éducation, formation, ,n° 1, 1996.

SAULE JUNIOR, Nelson, *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor,* Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2001.

SOUZA SANTOS, Boaventura de, "Vers une conception multiculturelle des droits de l'homme", Droit e Société, n° 35, Paris, 1997.

SOUZA SANTOS, Boaventura de e GARAVITO-RODRIGUES, César A., *Law qnd Globalization from Below : Towords a Cosmopolitan legality*. Cambridge Studies in Law Society, 2005.

UNIVERSALISMO E RELATIVISMO CULTURAL

Érica de Souza Pessanha Peixoto*

RESUMO

A inserção da pessoa humana como sujeito de direito internacional e a conseqüente afirmação dos direitos humanos em diversos documentos internacionais, principalmente a partir do pós-guerra, promovem o debate em torno do alcance das normas de direitos humanos. O pluralismo cultural impede a construção de uma moral universal? Os direitos humanos são universais ou culturalmente relativos? Essa problemática é desenvolvida sob um pilar fundamental: o diálogo intercultural.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS, UNIVERSALISMO, RELATIVISMO CULTURAL

ABSTRACT

The human beings insertion as a subject of international rights and consequent human rights affirmation in many international documents, mainly from post-war, promote discussions around the human rights rules reach. Does the cultural pluralism interdite the construction of a universal moral? Are the human rights universal or culturally relatives? This problematic is developed under a fundamental pillar: the intercultural dialog.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS, UNIVERSALISM, CULTURAL RELATIVISM

1. Introdução

Desde o século passado, principalmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, que os direitos humanos têm se erguido como tema global. A inserção da pessoa humana como sujeito de direito internacional trouxe novos paradigmas, flexibilizando a soberania estatal e concedendo à pessoa humana um papel central no sistema internacional.

* Mestre em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Campos. Professora de Teoria do Estado e Teoria da Justiça da UCAM-Campos.

No momento que o sistema internacional deixa de ser apenas um diálogo entre Estados e uma série de documentos são elaborados com a finalidade de afirmar direitos referentes à pessoa humana com validade universal que a problemática sobre o alcance das normas de direitos humanos aflora. Como compatibilizar a proposta de universalidade dos direitos humanos com o pluralismo cultural? Seriam estas normas verdadeiramente universais ou apenas revelariam o esforço imperialista do ocidente de tentar universalizar suas próprias crenças? Num mundo tão plural, como estabelecer padrões universais? Tais questionamentos têm feito parte dos principais debates sobre os direitos humanos na atualidade.

2. As atuais críticas da proposta relativista à universalidade dos direitos humanos

Embora desde a Declaração e Programa de Ação de Viena, em 1993, tenha se afirmado a tese da universalidade dos direitos humanos, ainda hoje, diversas argumentações são construídas em favor do relativismo cultural dos direitos humanos. Tais objeções partem sempre do ponto de vista particular, da comunidade, da cultura local. Posteriormente, cada uma dessas idéias serão desconstruídas, reafirmando o universalismo dos direitos humanos como pilar fundamental para a construção de uma sociedade internacional justa e solidária, capaz de conjugar a proteção do ser humano no âmbito global com os valores de tolerância e respeito das particularidades.

Desse modo, as críticas dirigidas à concepção universalista podem ser assim resumidas: a) a noção de “direitos” inerentes aos direitos humanos contrapõem-se a noção de “deveres” proclamada por muitos povos; b) o conceito de direitos humanos é fundado numa visão antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas; c) a visão universal de direitos humanos nada mais é do que uma visão ocidental que se pretende geral, traduzindo, portanto, certa forma de imperialismo; d) o universalismo analisa um homem descontextualizado, sendo que o homem se define por seus particularismos (língua, cultura, costumes, valores...); e) a falta de adesão formal por parte de muitos Estados dos tratados de direitos humanos e/ou a falta de políticas comprometidas com tais direitos são indicativos da impossibilidade de universalismo; f) a proteção de direitos humanos acaba sendo muito mais um discurso utilizado como elemento da política de relações exteriores do que, efetivamente, algo que esteja desvinculado de interesses políticos e econômicos particulares; g) é preciso um grande desenvolvimento econômico para efetivamente proteger e implementar direitos

humanos, e essa realidade não se atesta em muitos países "subdesenvolvidos", o que faz fracassar o discurso universal dos direitos humanos frente às disparidades e impossibilidades econômicas.

Então, em primeiro lugar, aponta-se a favor do relativismo o fato de que toda a tradição dos direitos humanos pauta-se na idéia primordial de "direito" enquanto outros povos, como aqueles submetidos à tradição islâmica, possuem forte concepção de "deveres". O Corão, por exemplo, estabelece quatro parâmetros distintos para a convivência, que englobam, direitos, responsabilidades, relacionamentos e papéis. Por exemplo, valorizar o papel de pais, implica em perceber seus direitos, mas também, suas responsabilidades advindas desse relacionamento. Trata-se de uma maneira dinâmica de sempre conjugar esses valores[1]. A tradição ocidental contemplou de forma prioritária a noção de direitos, afastando-se das demais. Nesse sentido, a evolução de uma "cultura de direitos", tal como tem se afirmado atualmente, acaba por legitimar uma série de atos que prejudicam a própria humanidade. O perigo de não se impor limites e de priorizar o direito em detrimento do dever custou caro ao Ocidente. Chandra Muzaffar aponta para o problema:

> É pela preponderância do parâmetro citado em relação aos outros que uma 'cultura dos direitos' difundiu-se no Ocidente, com conseqüências desastrosas para a humanidade. Pode-se dizer que a incapacidade de compreender que a responsabilidade deve, por vezes, preceder o direito foi uma das causas por detrás da crise ambiental no Ocidente.[2]

Assim, quando se olha para a degradação ambiental ocorrida nos últimos anos, é fácil perceber que a noção do direito de explorar a natureza, de promover desenvolvimento, de satisfazer interesses, de gerar riquezas deixou de lado o compromisso com o dever de preservação, com a idéia de responsabilidades. Agora, corre-se atrás do prejuízo e, muitas vezes, sem muito sucesso.

Então, nessa perspectiva, a própria terminologia da Declaração Universal de "Direitos" Humanos queda-se esvaziada de sentido e só revelam, mais uma vez, que a construção dos direitos humanos une-se a uma visão ocidental.

Uma outra crítica que se pode fazer à proposta de universalidade dos direitos humanos é a constatação do fato de que o conceito de direitos humanos é fundado numa

[1] MUZAFFAR, Chandra. Islã e Direitos Humanos. In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 315.
[2] Ibid, p. 320-321.

visão antropocêntrica do mundo, que não é compartilhada por todas as culturas. A visão corânica do ser humano, por exemplo, parte do pressuposto de que o homem é representante de Deus (Khalifah Allah) na terra. E o relacionamento do homem com Deus, por meio dos valores espirituais da verdade, da justiça e da compaixão, são essenciais na compreensão do próprio fundamento da existência humana. Explica Chandra Muzaffar:

> (...) a posição do ser humano como representante de Deus, os valores espirituais que devem guiar sua vida e o significado e o propósito espirituais de sua existência na terra proporcionam a razão de ser para o estabelecimento de um vínculo de irmandade com o resto da família humana. Isso, e apenas isso, constitui a essência da unidade no islã, uma unidade fundamentada na fé, fé em Deus, o Deus único de toda a família humana, de todo o universo.[3]

No entanto, observa-se que, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ser humano individual tem aparecido como único verdadeiro detentor de direitos. Cria-se a noção de que todo direito, para que seja legítimo, deve servir ao indivíduo. A supervalorização do indivíduo, colocando-o como "medida de todas as coisas" juntamente com o desgaste dos valores espirituais, acaba por desenvolver, muitas vezes, um egoísmo e ganância exacerbados, pautados pela crença de liberdade irrestrita e do homem como a maior autoridade espiritual existente. O fato é que, se a doutrina ocidental dos direitos humanos não se preocupa com as questões metafísicas relacionadas ao sentido da vida como, por exemplo, "quem é o ser humano" ou "por que está aqui", a visão corânica não compreende qualquer noção do ser humano, seus direitos e responsabilidades, sem analisá-las. Isso porque a tradição dos direitos humanos, tipicamente ocidental, pauta-se numa visão antropocêntrica de mundo, enquanto outras culturas, como a islâmica, partem de uma visão teológica. Portanto, de um lado, tem-se a valorização do indivíduo e sua liberdade individual como parâmetro de muitos padrões éticos. De outro lado, a valorização do coletivo e de duas responsabilidades diante de Deus (Allah).

Uma terceira crítica, em grande parte, conseqüência das duas análises acima, é de que a visão dos direitos humanos está intimamente ligada aos valores ocidentais. Portanto, defender o universalismo é apoiar a idéia de que a crença estabelecida numa determinada cultura, diga-se, a ocidental, deve se tornar geral. Afirmar direitos locais como universais traduz uma forma de imperialismo do ocidente, que tenta universalizar

[3] Ibid, p. 319.

suas próprias crenças. Isso também se prova na elaboração dos documentos internacionais, tendo em vista que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi elaborada por países do Ocidente e sem representatividade global (uma vez que contou com apenas 51 países e, ainda, com oito abstenções).

Somado a isso, pode-se perceber que muitas práticas culturais ao redor do mundo são incompatíveis com os direitos humanos proclamados, o que demonstra o viés cultural ocidental predominante. Exemplos disso são o fato de que, em muitas culturas, são legítimos, por exemplo, os casamentos arranjados, a desigualdade de sexos e a clitorectomia, valores que não se coadunam com a proposta dos documentos internacionais vigentes. O choque cultural torna-se inevitável. Questiona André Ramos: *"Como reconhecer a universalidade dos direitos da mulher, por exemplo, em face de práticas culturais que vêem no casamento, por exemplo, não um acordo entre dois indivíduos, mas sim uma aliança entre famílias?"* [4]

Em quarto lugar, critica-se o fato de que o universalismo analisa um homem descontextualizado, sendo que o homem se define por seus particularismos (língua, cultura, costumes, valores...). São, portanto, as diversidades locais que identificam e caracterizam o indivíduo. O homem vive num determinado lugar, num contexto, numa época e compartilha valores que são preciosos naquela comunidade em que está inserido. A construção dos direitos humanos, segundo a proposta relativista, então, deve levar em consideração as particularidades, pois é preciso que o homem se reconheça, se identifique com os valores defendidos e isso não será possível abstraindo o homem do seu contexto cultural. Não existem valores universais, mas diversas concepções possíveis do que seja bom ou verdadeiro, intimamente ligado às particularidades de cada povo.

Em quinto lugar, atesta-se que a falta de adesão formal por parte de muitos Estados dos tratados internacionais de direitos humanos e/ou a falta de políticas comprometidas com tais direitos são indicativos da impossibilidade de universalismo. Afinal, se os direitos humanos são universais, por que os seus tratados não são rapidamente ratificados por todos os países? E pior, se a defesa dos direitos humanos deve ser uma prioridade internacional, por que os direitos humanos são tão violados pelos países que julgam defendê-los?

[4] Ibid, p. 190.

Em sexto lugar, afirma a proposta relativista que, na realidade, a proteção de direitos humanos acaba sendo muito mais um discurso utilizado como elemento da política de relações exteriores do que, efetivamente, algo que esteja desvinculado de interesses políticos e econômicos particulares. André Ramos, ao esboçar a crítica relativista à proposta universalista, comenta sobre a questão:

> Vários autores desconfiam de uso do discurso de proteção de direitos humanos como um elemento da política de relações exteriores de numerosos Estados, em especial dos Estados ocidentais, que se mostram incoerentes em vários casos, omitindo-se na defesa de direitos humanos na exata medida de seus interesses políticos e econômicos. Como exemplo, as relações exteriores dos Estados Unidos mostrariam que a universalidade dos direitos humanos, de acordo com essa visão, é instrumento de uso específico para o atingimento de fins econômicos e políticos, sendo descartável quando inconveniente. O caso sempre citado é o constante embargo norte-americano a Cuba, justificado por violações maciças de direitos humanos por parte do governo comunista local, e as relações amistosas dos Estados Unidos com a China comunista, sem contar o apoio explícito norte-americano a contumazes violadores de direitos humanos.[5]

Boaventura de Souza Santos também atesta o problema que confronta prática e discurso no que se refere aos direitos humanos:

> Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, que foram avaliadas com revoltante duplicidade de critérios. Escrevendo em 1981 sobre a manipulação temática dos direitos humanos nos Estados Unidos pelos meios de comunicação social, Richard Falk identifica uma 'política de invisibilidade' e uma 'política de supervisibilidade'. Como exemplos da política de invisibilidade menciona Falk a ocultação total pela mídia das notícias sobre o trágico genocídio do povo Maubere em Timor Leste (que ceifou mais de 300 mil vidas) (...). A verdade é que o mesmo pode dizer-se dos países da União Européia, sendo o exemplo mais gritante justamente o silêncio mantido sobre o genocídio do povo Maubere, escondido dos europeus durante uma década, assim facilitando o contínuo e próspero comércio com a Indonésia.[6]

E o que dizer do ataque americano ao Iraque? Como proclamar direitos humanos numa hora e, na outra, ignorá-los? Afinal, direitos humanos são valores inalienáveis ou mero discurso que fortalece interesses geopolíticos?

---

[5] RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 186-187.

[6] SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 440.

Por fim, deve-se analisar a questão do desenvolvimento econômico do país como pressuposto para implementação dos direitos humanos. Segundo esta perspectiva, os direitos humanos, principalmente no que tangem aos direitos sociais, são constantemente violados por 'escassez de recursos', o que faz com que a proteção de tais direitos só seja implementada quando favorável pela situação econômica do país, o que esvazia a própria importância dos direitos em questão. Agregando a condição de riqueza para proteção desses direitos, a teoria relativista atesta irrealizável seu caráter universal, principalmente tendo em vista as condições precárias de muitos países latino-americanos, por exemplo.

Esses são os principais argumentos apresentados pela teoria relativista contrários à afirmação da universalidade dos direitos humanos. No entanto, essas análises também se revelam contraditórias em alguns aspectos e, até certo ponto, falsas, como se demonstrará no último ponto do capítulo.

Importante, nesse momento, compreender, então, qual o sentido que os direitos humanos possuem na sociedade atual e como essa sociedade, marcada pelas transformações do novo milênio, se apresenta, se relaciona com a diversidade cultural.

3. A sociedade atual e a necessidade do diálogo intercultural

O processo de globalização tem causado importantes transformações ao redor do mundo. A revolução tecnológica que vem se desenvolvendo nos últimos anos tem sido um fator fundamental na construção dessa nova era. Por meio da internet, por exemplo, é possível navegar por uma imensidão de costumes e contextos culturais. Isso pode aproximar pessoas e/ou grupos que estejam em pólos opostos do globo, como também pode acirrar diferenças. Revolução tecnológica, redução do espaço-tempo, fusão de identidades e confronto de culturas são apenas algumas conseqüências desse processo. Imprescindível, portanto, nesse novo tempo, a capacidade de dialogar, de se fazer entender e de entender o outro. Num mundo que desconhece fronteiras, necessário se faz promover o diálogo intercultural e os caminhos da tolerância e respeito.

Assim, no cenário atual, surge uma série de novos símbolos, novas identidades se formam a cada momento. Pensar em realidades culturais intocáveis e isentas de influências torna-se tarefa cada vez mais árdua. Essa aproximação que a globalização proporciona, faz com que, em muitos casos, as próprias identidades culturais se mesclem e se transformem. Acrescenta Edgar Montiel:

> Os produtos de revolução digital, com seu potencial para transmitir informações desde uma multiplicidade de centros de tempo real, fazem com que qualquer indivíduo que tenha à mão o controle remoto de um televisor ou o *mouse* de um computador possa transitar por um mundo de costumes, valores, mentalidades, crenças, gostos, comidas, canções, narrações ou modas das regiões mais distantes do mundo. Em virtude dessa exposição constante a novos símbolos, se estabelecem novos vínculos identificatórios, os perfis culturais mudam, mudando seus referentes tradicionais, costumes e visões originárias, para ir se organizando em função de códigos simbólicos que provêm de repertórios culturais muito diversos, que têm sua origem nos diferentes formatos eletrônicos. Desse modo, as identidades tendem a diluir-se e surgem novas formas de identificação, poliglotas, multiétnicas, migrantes, com elementos de diversas culturas.[7]

Também é importante salientar as mútuas influências do espaço global e local. Por vezes, diferentes maneiras de ver o mundo se misturam, se interpenetram e modificam a realidade local. Por outras, o que era uma prática local se expande e toma proporções globais. Esse processo pode promover uma ruptura com relação às raízes nacionais, fazendo com que alguém se identifique muito mais com o que está distante do que com o que está próximo. Explica Liszt Vieira:

> Uma cultura mundial penetra os setores heterogêneos dos países, separando-os de suas raízes nacionais. A mundialização da cultura significa ao mesmo tempo diferenciação, descentramento, e padronização e segmentação (Ortiz, 1994), tanto no plano global como no local, que, como vimos, se fundem no conceito de 'glocal'. (...) A cultura mundializada se internaliza dentro de nós. O espaço local 'desencaixado' aproxima o que é distante e afasta o que é próximo, isto é, o local é influenciado pelo global, ao mesmo tempo que o influencia. [8]

Outro ponto importante, que não pode ser desprezado, é a constatação do alto grau de influência que os países dominantes do cenário econômico internacional possuem, fazendo com que muitos dos seus valores se imponham ao restante do mundo. Até mesmo a repulsa a determinadas imposições de padrões externos modifica o contexto local, contribuindo, por exemplo, para o fortalecimento dos fundamentalismos. Portanto, o choque de civilizações também é uma conseqüência desse processo. Em 2001, a queda do World Trade Center, nos EUA, tornou incontestável a urgência do diálogo intercultural. Acrescenta Edgar Montiel:

> Diante dos lamentáveis acontecimentos sucedidos em setembro de 2001, que tantas indignações e interrogações levantaram, de imediato, foi nas culturas

[7] MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. **Alteridade e Multiculturalismo**. Rio Grande do Sul: Ijuí, 2003, p. 19-20.
[8] VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 100.

> onde se buscaram as respostas, as chaves para se entender o ocorrido. Os estudos culturais e a geopolítica das culturas subitamente mostram sua pertinência, colocando em evidência o empenho da Unesco em promover o diálogo intercultural, o fomento do pluralismo e da tolerância. Dever-se-ia indagar em relação a tudo isso se aqui não se trata, como se diz com insistência, de um choque de civilizações, ou melhor, como nos parece, de um conflito de indiferenças, de culturas que jamais dialogaram ou, ao menos, não o suficiente para se entenderem, e que agora, visivelmente, graças às tecnologias da comunicação, co-habitam num mesmo tempo e espaço.[9]

Logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, a Unesco promoveu uma Conferência, que culminou na Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural, reafirmando a convicção de que o diálogo intercultural é o meio mais adequado para promoção da paz, da tolerância e do respeito ao outro. Constatou que a cultura se encontra no centro dos debates contemporâneos sobre a identidade e consagrou a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade. E, na relação intrínseca entre diversidade cultural e direitos humanos, reafirmou-se a necessidade de proteção às diferentes identidades culturais. No entanto, a diversidade cultural não poderia ser invocada para legitimar atos de violação aos direitos humanos[10].

A partir de então, mais uma vez, reforça-se que a perspectiva de universalidade dos direitos humanos deve inserir-se num contexto de respeito às diversidades culturais, sendo o diálogo intercultural o ponto central para a construção de uma sociedade mais aberta, criativa, tolerante e solidária.

O sociólogo Boaventura de Sousa Santos tem desenvolvido importantes análises sobre o paradigma atual dos direitos humanos, que contribuirão para a reflexão final, que se pretende expor, sobre o tipo de universalismo que se espera no novo milênio. Não se busca um universalismo que seja camuflado por um imperialismo ocidental, mas um universalismo que seja fruto de um diálogo intercultural. O método proposto pelo autor para essa transformação e reconceitualização dos direitos humanos é o da *hermenêutica diatópica* e consiste na constatação de que não se deve analisar uma cultura a partir do *topos* de outra. Os diálogos interculturais são, então, essenciais para confirmar as incompletudes das culturas existentes e para caminhar em busca de concepções multiculturais de direitos humanos. Expõe Boaventura:

---

[9] MONTIEL, E., In: SIDEKUM, A., *op. cit*, 2003, p. 16.

[10] Art. 4º da Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural: *"A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance."*

> A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois se cada cultura fosse tão completa quanto se julga, existiria apenas uma só cultura. A idéia de completude está na origem de um excesso de sentido de que parecem sofrer todas as culturas e é por isso que a incompletude é mais facilmente perceptível do exterior, a partir da perspectiva de outra cultura. Aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos.[11]

O exemplo proposto pelo autor para a demonstração do método da hermenêutica diatópica analisa três culturas distintas, por meio do seu respectivo *topos*: o *topos* dos direitos humanos na cultura ocidental, o *topos* do *dharma* na cultura hindu e o *topos* da *umma* na cultura islâmica. Após algumas análises das principais tensões entre as diferentes culturas, tornam-se mais claras as incompletudes mútuas[12] e, com isso, tem-se o primeiro grande passo para uma concepção multicultural. O diálogo intercultural e a constatação de incompletudes promovem a consciência auto-reflexiva e contribuem para reinterpretação dos valores. É nesse sentido que explica que *"o objetivo central da hermenêutica diatópica é precisamente fomentar auto-reflexividade a respeito da incompletude cultural"*.[13]

Por fim, o autor aponta o fato de que o multiculturalismo *"pressupõe que o princípio da igualdade seja utilizado de par com o princípio do reconhecimento da diferença*". Escreve, então, Boaventura: *"A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza"*.[14]

---

[11] Ibid, 442.

[12] Ibid, p. 447. Explica Boaventura: *"Vistos a partir do topos do dharma, os direitos humanos são incompletos na medida em que não estabelecem a ligação entre a parte (o indivíduo) e o todo (o cosmos) ou, dito de forma mais radical, na medida em que são centrados no que é meramente derivado, os direitos, em vez de centrados no imperativo primordial, o dever dos indivíduos de encontrarem o seu lugar na ordem geral da sociedade e de todo o cosmos. (...) Por outro lado, e inversamente, visto a partir do topos dos direitos humanos, o dharma é incompleto, dado o seu viés fortemente não-dialético a favor da harmonia, ocultando assim injustiças e negligenciando totalmente o valor do conflito como caminho para uma harmonia mais rica. Além disso, o dharma não está preocupado com os princípios da ordem democrática, com a liberdade e a autonomia, e negligencia o fato de, sem direitos primordiais, o indivíduo ser uma entidade demasiado frágil para evitar ser subjugado por aquilo que o transcende. Além disso, o dharma tende a esquecer que o sofrimento humano possui uma dimensão individual irredutível: não são as sociedades que sofrem, mas os indivíduos. (...) Vista a partir do topos da umma, a incompletude dos direitos humanos individuais reside no fato de, com base neles, ser impossível fundar os laços e as solidariedades coletivas sem as quais nenhuma sociedade pode sobreviver e prosperar. (...) Por outro lado, a partir do topos dos direitos humanos individuais é fácil concluir que a umma sublinha demasiadamente os deveres em detrimento dos direitos e por isso tende a perdoar desigualdades que seriam de outro modo inadmissíveis, como a desigualdade entre homens e mulheres ou entre muçulmanos e não-muçulmanos"*.

[13] Ibid, p. 455.

[14] Ibid, p. 458.

Assim, a transformação dos direitos humanos em um projeto cosmopolita depende do diálogo intercultural promovido pela hermenêutica diatópica. Seria utópico acreditar nisso? Responde Boaventura: *"Certamente é, tão utópico quanto o respeito universal pela dignidade humana. E nem por isso este último deixa de ser uma exigência ética séria"*.[15]

4. A universalidade dos direitos humanos como paradigma do novo milênio

A partir dessas noções gerais sobre a cultura, seus limites e possibilidades, é imprescindível reafirmar o caráter universal dos direitos humanos. Conjugar respeito às particularidades com a afirmação de universalidade dos direitos humanos, promovendo amplamente o diálogo intercultural, é o desafio que se perpetua para este novo milênio.

Em busca desse equilíbrio, acredita-se que a percepção moderna dos direitos humanos deve levar em consideração o fato paradoxal de serem os seres humanos relativamente universais. Nem num extremo, nem no outro, a concepção atual de direitos humanos deve pretender esse diálogo entre as diferentes culturas, identificando direitos que se expressem universalmente.

O desafio da percepção atual dos direitos humanos, portanto, traduz-se na necessidade de se encontrar a essência comum dos seres humanos através da dialética essencial do universal e do particular, do idêntico e do diferente. Na análise de Fernando Quintana[16], o que se espera é justamente esse universalismo concreto em que o "eu" vê o "outro" como um igual, mas, entretanto, reconhece que possa ser diferente. Segundo o autor, essa é a postura interculturalista, que promove o diálogo, a complementaridade e é capaz de pensar a unidade na pluralidade de suas formas particulares.

Várias são, portanto, as razões que se apresentam para a defesa da universalidade dos direitos humanos, como passa a se expor.

Em primeiro lugar é preciso compreender que o fato de ter se estabelecido no discurso dos direitos humanos uma "cultura de direitos", e não de "deveres", não impossibilita uma aproximação entre as visões, isso porque tais concepções não são rigidamente fechadas, mas interpenetram-se. A proteção e implementação dos direitos humanos também envolve uma série de reflexões sobre deveres, responsabilidades com

[15] Ibid, p. 458.
[16] QUINTANA, Fernando. O desafio do novo milênio: universalismo e/ou particularismo ético? In: GUERRA, Sidney (coord.). **Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

a comunidade, compromissos com as gerações presentes e futuras. E, o diálogo intercultural com os diversos povos que pautam suas relações na noção de "dever" enriquecerá a temática. Mas, não se pode esquecer que declarar direitos é de extrema importância, uma vez que, sem eles, o indivíduo se torna muito mais vulnerável à dominação e ao sofrimento. Explica Boaventura ao expor alguns problemas do *dharma*:

> Além disso, o dharma não está preocupado com os princípios da ordem democrática, com a liberdade e a autonomia, e negligencia o fato de, sem direitos primordiais, o indivíduo ser uma entidade demasiado frágil para evitar ser subjugado por aquilo que o transcende. Além disso, o dharma tende a esquecer que o sofrimento humano possui uma dimensão individual irredutível: não são as sociedades que sofrem, mas os indivíduos.[17]

A evolução dos direitos humanos tem contribuído para o crescimento, fortalecimento e afirmação do homem como sujeito de direito internacional. Reconhecer que o ser humano possui direitos primordiais que não devem ser negados por nenhuma força, poder ou organização impede que a pessoa possa ser facilmente desrespeitada, oprimida, subjugada.

Em segundo lugar, vale ressaltar que a temática dos direitos humanos não pretende impossibilitar ou substituir convicções políticas, ideológicas ou religiosas. Mas a afirmação do caráter universal dos direitos humanos pretende estabelecer um parâmetro mínimo para as relações sociais.

No entanto, o fundamentalismo prejudica o debate, na medida em que não admite influências externas e críticas seculares. A Europa viveu momentos de tensão quando da ruptura religiosa em séculos anteriores. Isso trouxe conseqüências em diversos setores, como a política inclusive. A construção dos direitos humanos, nesse sentido, aparece como um caminho em que seja possível transitar diferentes percepções, inclusive religiosas, desde que, no seio de cada uma delas, haja espaço para o dissenso, para a crítica. Num mundo cada vez mais global, o debate torna-se essencial. Comenta Habermas:

> O cerne da controvérsia não pode ser descrito como disputa pela relevância que as diversas culturas concessivamente atribuem à respectiva religião. A concepção dos direitos humanos é a resposta a um problema diante do qual outras culturas se encontram de forma semelhante à que, na respectiva época, a Europa se encontrava, ao ter que superar as conseqüências políticas da cisão confessional. O conflito das culturas é travado hoje, de qualquer modo, no contexto de uma sociedade global,na qual, à base de normas de convivência, bem ou mal, os atores coletivos precisam entrar em entendimento,

[17] SOUSA SANTOS, B., *op. cit.*, 2003, p. 447.

> independentemente das suas diferentes tradições culturais. É que, na situação atual do mundo, o isolamento autárquico contra influências externas já não constitui opção possível. No mais, o pluralismo cosmopolita desabrocha também no interior das sociedades ainda fortemente marcadas pelas tradições. Até mesmo em sociedades que comparativamente são culturalmente homogêneas, torna-se cada vez mais inevitável uma transformação reflexiva de tradições dogmáticas predominantes que se apresentam com pretensões à exclusividade.[18]

Em terceiro lugar é preciso combater a argumentação de que o caráter universal dos direitos humanos seria uma forma de imperialismo do ocidente que tentaria universalizar suas próprias crenças. O fato dos direitos humanos terem nascido no ocidente é um mero dado histórico. Comenta Giuseppe Tosi:

> Afirmar, portanto, que os direitos humanos são uma 'ideologia' que surgiu num determinado momento histórico, vinculada aos interesses de uma determinada classe social na sua luta contra o Antigo Regime, não significa negar que eles possam vir a ter uma validade que supere aquelas determinações históricas e alcance um valor mais permanente e universal. De fato, apesar de ter surgido no Ocidente, a doutrina dos direitos humanos está se espalhando a nível planetário. Isto pode ser medido não somente pela assinatura dos documentos internacionais por parte de quase todos os governos do Mundo, mas igualmente pelo surgimento de um movimento não governamental de promoção dos direitos humanos que constitui quase que uma 'sociedade civil' organizada em escala mundial, desde bairro até as Nações Unidas.[19]

Atualmente, a temática dos direitos humanos é voltada para a busca do diálogo intercultural. Se a Declaração de 1948 expressou uma visão ocidental, a de Viena em 1993, por exemplo, foi fruto de um intenso debate, colocando nos plenários diversas perspectivas sobre o alcance das normas de direitos humanos, culminando com a confirmação da tese da universalidade dos direitos humanos. E mais, a construção dos direitos humanos também influenciou e modificou tradições ocidentais, o que comprova seu caráter universal. Não se busca, portanto, um universalismo monopolizador, que seja o reflexo de um imperialismo cultural, mas um universalismo que respeite as particularidades e se baseie na interação, na troca, fazendo do diálogo intercultural o processo pelo qual se avançará ainda mais na proteção e efetividade dos direitos humanos. É claro que ainda não se chegou à plenitude. É preciso avançar e dialogar mais. No entanto, as grandes vitórias na luta em favor da pessoa humana, do

[18] HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe. **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 81-82.
[19] TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos: reflexões iniciais. In: TOSI, Giuseppe (org.). **Direitos Humanos: história, teoria e prática.** João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 37.

reconhecimento dos direitos humanos, não podem ser desprezadas. É preciso que a proteção e efetividade dos direitos humanos alcancem a todos, por isso a defesa da universalidade.

Além disso, em quarto lugar, o argumento relativista, muitas vezes, serve para encobrir e legitimar atos atentatórios aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, o que é inadmissível. Assim, defender que quaisquer práticas seriam legítimas desde que compartilhadas por uma comunidade pode ser, e na maioria das vezes é, um discurso extremamente autoritário, capaz de encobrir desigualdades, reprimir a liberdade e legitimar a dominação.

Acrescenta-se ainda, em quinto lugar, que, por vezes, tem-se uma visão muito *romântica* do relativismo cultural, como se todas as culturas trouxessem em si uma homogeneidade tal que qualquer espécie de crítica externa fosse uma afronta brutal aos costumes compartilhados harmonicamente por todos, o que não é verdade. Não se pode olvidar que, muitas vezes, a crítica a determinados valores partem de dentro do próprio grupo, de pessoas ligadas à mesma tradição cultural, situação que por si só já desmistifica essa possível totalidade de harmonia e consenso. No entanto, muitas dessas visões são reprimidas, subjugadas pelo valor do coletivo. A antropóloga Rita Laura Segato, da Universidade de Brasília, também expõe sobre a falácia dessa visão simplificadora do relativismo, que acaba por ignorar divergências dentro de um mesmo contexto cultural:

> (...) Outra possibilidade, que sugeri em alguns textos, consiste em revisar a maneira como nós antropólogos entendemos a noção de relativismo. De fato, recorremos freqüentemente ao relativismo de forma um tanto simplificadora, focalizando as visões de mundo de cada povo como uma totalidade. Com isso, muitas vezes não vemos ou minimizamos as parcialidades com pontos de vista diferenciados e os variados grupos de interesse que fraturam a unidade dos povos que estudamos. Não levamos em consideração as relatividades internas que introduzem fissuras no suposto consenso monolítico de valores que, por vezes, erroneamente atribuímos às culturas. Por menor que seja a aldeia, sempre haverá nela dissenso e grupos com interesses que se chocam. É a partir daí que os direitos humanos fazem eco às aspirações de um desses grupos.[20]

Inúmeros são os relatos de mulheres que se submeteram às mutilações e aos castigos e hoje lutam em prol dos direitos humanos. Exemplo disso é Ayaan[21], que aos

[20] REGATO, Rita Laura. **Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-93132006000100008&script=sci_arttext&tlng=en> Acesso em 15 nov. 2006, 16:30.

[21] Ayaan é roteirista de "Submissão – Parte I", o curta-metragem que trata sobre a repressão sofrida pelas mulheres no Islã.

cinco anos sofreu excisão do clitóris e aos vinte e dois fugiu de um casamento arranjado com o primo do pai. Ao comentar sobre suas experiências, deixa claro sua revolta por um sistema intolerante, que a negou o direito de escolher seu próprio destino:

> No Islã, moças sem hímen intacto são consideradas 'objetos usados'. Muitas jovens, ao perder a virgindade, vêm para a Europa submeter-se a cirurgias reparatórias. (...) Aos cinco anos, fui submetida à clitorectomia, uma prática encorajada pelos clérigos islâmicos. Essa é a maneira extrema de garantir virgindade antes do casamento. Na falta de uma mulher disponível, a minha excisão foi feita por um homem. Relatórios da ONU revelam que 98% das meninas na Somália são submetidas à excisão do clitóris. Os outros 2% são a margem de erro. (...) Ao contrário da Bíblia e do Talmude, livros sagrados dos monoteísmos abraâmicos semelhantes ao islamismo, qualquer exegese do Corão é inadmissível. Os muçulmanos devem crer cegamente. Eu aprendi a decorar o Corão desde a infância, posso recitar suras inteiras. Algumas delas servem para justificar a violência, liberar a consciência dos seus autores e também dos observadores passivos. (...) Quando o papa se posiciona contra o uso de contraceptivos, católicos do mundo inteiro contestam sem sofrer represálias. A cantora Madonna desperta antipatia em puritanos com a canção *Like a Prayer*, mas sua cabeça não está a prêmio. (...) Esse espaço de tolerância não existe no mapa do Islã, mesmo que muito almejado em silêncio.[22]

Assim, compreender essas divergências existentes dentro de um mesmo contexto cultural são essenciais para a percepção da importância de se declarar direitos e proteger a pessoa das diferentes formas de dominação a que estão submetidas.

Em sexto lugar, é preciso compreender que a afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto, basicamente, da segunda metade do século XX. Desde o fim da segunda grande guerra que o mundo tem voltado os olhos para o combate ao sofrimento, à dominação, ao totalitarismo e, conseqüentemente, lutado em prol da valorização da vida e proteção da pessoa humana. Mas, ainda há muito para se desenvolver na temática dos direitos humanos. O fato de existir, por parte de alguns Estados, pouca dedicação na implementação de políticas voltadas para a proteção dos direitos humanos, não diminui a relevância dos direitos consagrados. Afinal, o Estado sempre foi um dos maiores violadores de direitos humanos. Para combater isso, as cortes internacionais desenvolvem importantes papéis na defesa da pessoa humana. Defender a universalidade dos direitos humanos e lutar pela adesão formal, por parte dos Estados, dos direitos consagrados internacionalmente, são objetivos que devem ser perseguidos na sociedade internacional atual.

Por fim, o argumento relativista desconsidera da noção de cultura, o projeto de humanização. Se há algo que une todas as pessoas ao redor do mundo é justamente o

[22] O ISLÃ é fascista. **Revista Veja**, páginas amarelas, São Paulo, 22 de junho de 2005, p. 11-15.

fato de que todos são seres humanos. Então, um projeto cultural que constantemente esteja diminuindo essa condição de "humanos" deve ser repensado. Quanto mais determinada prática cultural aproximar o ser humano da condição de objeto ou de irracional, menos legítima enquanto verdadeira "cultura" tal prática será. Sem contar que, muitas manifestações cobertas pelo manto da "cultura", na verdade exprimem a velha dicotomia entre dominantes e dominados. É com base nisso que a escravidão, por exemplo, não pode ser concebida como prática cultural legítima, nem tampouco a tortura.

A partir dessas breves observações, demonstra-se imprescindível reafirmar a exigência da garantia plena e universal dos direitos humanos, tal como proclamado na Declaração de Viena (1993). Transpor as barreiras culturais e ideológicas em prol da universalidade dos direitos humanos torna-se objetivo comum, principalmente nos tempos atuais, época que tem sido marcada por intensos conflitos e gritos de intolerância.

A universalidade dos direitos humanos ergue-se, portanto, como paradigma fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos neste novo milênio, proclamando a defesa da vida e argumentando contra as diversas formas de dominação camufladas em diferentes tradições culturais, proporcionando a busca global de uma sociedade mais justa e solidária.

5. Considerações finais

A sociedade internacional contemporânea tem sofrido importantes mudanças decorrentes do avanço no processo de globalização. A sociedade atual se organiza em redes, os espaços diminuem, as culturas se interpenetram e se modificam. No mundo contemporâneo conectado, longe é um lugar que não existe. Necessário se faz, portanto, uma reconstrução da própria noção de cultura e de particularismos, tendo em vista que a cada dia, torna-se cada vez mais difícil compreender uma sociedade a partir de um ponto de vista isolado.

Num século que já se iniciou com o horror dos ataques terroristas e da guerra, imprescindível reafirmar valores universais protetivos da pessoa humana que sirvam de parâmetros mínimos para as relações sociais. Não se trata da defesa de uma imposição da perspectiva ocidental sobre o resto do mundo, mas da crença das vantagens que o

diálogo intercultural pode proporcionar à efetividade dos direitos humanos. O que não se deve admitir é a possibilidade de, com base no argumento do relativismo cultural, permitir que direitos humanos sejam violados e a dominação seja legitimada.

Nesse sentido, defende-se o universalismo dos direitos humanos como uma importante conquista da sociedade internacional contemporânea e um pilar fundamental no desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos neste novo milênio.

6. Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ANNONI, Danielle (org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GUERRA, Sidney (coord.). **Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe. **Direito & Legitimidade**. São Paulo: Landy Editora, 2003.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio. **Alteridade e Multiculturalismo**. Rio Grande do Sul: Ijuí, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REGATO, Rita Laura. **Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php> Acesso em 15 nov. 2006, 16:30.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TOSI, Giuseppe. Direitos Humanos: reflexões iniciais. In: TOSI, Giuseppe (org.). **Direitos Humanos: história, teoria e prática.** João Pessoa: Editora Universitária, 2005

A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DAS LEGISLAÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS.

Fernanda de Paula Ferreira Moi[*]

Charlene Maria C. de Ávila Plaza[**]

RESUMO

A partir de meados do século XX o mundo se depara com novos paradigmas, quais sejam, a intensificação do processo de globalização e o surgimento e desenvolvimento acelerados de novas Organizações Internacionais, dentre as quais destacamos a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja função primordial é a proteção dos Direitos Humanos. Além disto, o mundo pós-guerra depara-se também com a formação de blocos para a integração regional a fim de que sejam alcançados, num primeiro momento, seu desenvolvimento econômico.
Em vista do atual cenário internacional, faz-se necessária a análise dos dispositivos relativos à proteção dos Direitos Humanos, sua inserção nos blocos de integração regional e sua proteção no ordenamento jurídico interno dos países que compõem tais blocos.
Diante de tal realidade, o presente artigo tem como foco de estudo a proteção internacional dos Direitos Humanos, tendo como referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a fim de que possamos analisar a proteção de tais direitos no contexto da integração regional. Para delimitarmos o tema, optamos pela análise da proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Mercosul, a partir da análise comparativa das Constituições dos seus Estados-Membros, quais sejam: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.
Este trabalho encontra-se embasado no entendimento de que a proteção dos Direitos Humanos, atualmente, configura-se como uma das grandes preocupações estatais, sendo um dos elementos necessários para a efetiva integração regional.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS, MERCOSUL, INTEGRAÇÃO REGIONAL, ONU.

ABSTRACT

Starting from middles of the century XX the world comes across new paradigms, which are, the intensification of the globalization process and the appearance and development accelerated of new International Organizations, among which we detached the Organization of the United Nations (UN), whose primordial function is the protection of the Human Rights. Besides, the postwar world also comes across the formation of blocks for the regional integration, so that they are reached, in a first moment, the economical development of your members.

[*] Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Professora da Universidade Federal de Goiás (UFG) e da Universidade Católica de Goiás (UCG).

[**] Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Advogada associada de Carraro Advogados Associados S/S.

In view of the current international scenery, it is done necessary the analysis of the relative devices to the protection of the Human Rights, your insert in the blocks of regional integration and your protection in the ordainment juridical intern of the countries that compose such blocks.
Due to such reality, the present article has as study focus the international protection of the Human Rights, tends as reference the Letter of the United Nations, so that we can analyze the protection of such rights in the context of the regional integration. For us to delimit the theme, we opted for the analysis of the protection of the Human Rights in the ambit of Mercosul, starting from the study of documents mercosulistas on the theme and of the comparative analysis of the Constitutions of your States-members, which you/they are: Brazil, Argentina, Uruguay and Paraguay.
This work is based in the understanding that the protection of the Human Rights, now, is configured as one of the great state concerns, being one of the necessary elements for the effective regional integration.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS, MERCOSUL, REGIONAL INTEGRATION, ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Surgimento e desenvolvimento dos Direitos Fundamentais. 2. A proteção internacional dos Direitos Humanos. 3. Mercosul: antecedentes e estrutura jurídico-institucional. 4. Os Direitos Humanos nas Constituições dos Estados-Membros. Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO:

A partir de meados do séc. XX, sobretudo com o término da Segunda Guerra Mundial, presenciamos a intensificação do fenômeno da globalização, a eclosão dos processos de integração regional e o rápido desenvolvimento das Organizações Internacionais, sobretudo as que visam a proteção dos Direitos Humanos. Neste contexto, merece destaque a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), organização internacional que tem como objetivo a manutenção da paz e segurança internacionais, com base no princípio da igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos (art. 1º 2 º da Carta das Nações Unidas).

Concomitantemente, tem-se o surgimento de blocos de integração regional visando o seu fortalecimento sócio-econômico. Dentre tais blocos, destacamos o Mercado Comum do Sul (Mercosul), o qual visa a livre circulação de mercadorias, serviços e fatores produtivos entre os países, devendo haver, para tanto, o compromisso dos Estados-Partes harmonizarem suas legislações para o fortalecimento do processo de integração (art. 1º, Tratado de Assunção). De acordo com demais documentos mercosulistas deve haver a

proteção dos Direitos Humanos no âmbito da integração regional, bem como no interior dos países que compõem o bloco, a fim de que referida integração seja efetivada.

Tendo em vista as mudanças ocorridas no cenário internacional com o pós-guerra, fez-se necessária a proteção dos Direitos Humanos nos contextos internacional, através da atuação da ONU, e regional, através da assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA).

O Mercosul, por sua vez, não cuidou da instituição de organismos com a competência para julgamento de casos onde haja a violação dos Direitos Humanos, sendo reconhecido por parte de seus membros, para tanto, a competência jurisdicional da Corte Interamericana. Seus membros, entretanto, dispõem, em suas constituições, sobre a proteção dos Direitos Humanos, sendo que, somente as constituições argentina e paraguaia encontram-se preparadas para uma possível instituição de um tribunal supranacional, no âmbito mercosulista, competente para o julgamento de tais causas.

Assim, em vista do panorama apresentado, o presente trabalho tem como objeto de estudo a proteção internacional dos Direitos Humanos e seus reflexos no contexto de integração regional, através da análise da Declaração dos Direitos Humanos e das constituições dos Estados que compõem o Mercosul.

Justifica-se a escolha do tema por sua importância e atualidade, uma vez que se intensificam e se proliferam os tratados internacionais versando sobre a proteção dos Direitos Humanos, bem como se desenvolvem os processos de integração regional, sendo que estes devem ser pautados pela proteção de tais direitos a fim de que os demais objetivos sejam atingidos.

Para a elaboração do presente trabalho utilizou-se a pesquisa em autores de livros, artigos de jornais e revistas especializadas, material de internet e a doutrina relevante correspondente. O método utilizado foi o analítico-dedutivo, partindo de uma doutrina e de preceitos gerais, ou seja, a proteção dos Direitos Humanos e o processo de integração regional no cone sul, para se chegar a uma conclusão específica, qual seja, a necessidade de uma legislação comunitária para a proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Mercosul, apoiada em órgãos de caráter supranacional. O método comparativo também foi utilizado, uma vez que foram confrontadas as disposições constitucionais dos quatro membros do Mercosul à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1. SURGIMENTO E DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo tem como objetivo demonstrar o surgimento e evolução dos direitos fundamentais. No entanto, como o tema ora apresentado é demasiadamente complexo, optamos por simplesmente fazer um relato, sem nos atermos às discussões filosóficas que permeiam o assunto, acerca do surgimento e evolução dos diretos fundamentais. Desta forma, num primeiro momento faremos a distinção entre direitos fundamentais e Direitos Humanos para que, posteriormente, tracemos tais delineamentos históricos. Assim, vejamos.

Podemos conceituar os direitos fundamentais como sendo o conjunto de direitos e liberdades do ser humano institucionalmente reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto os Direitos Humanos são aqueles protegidos internacionalmente, por serem dirigidos a todos os seres humanos, independentemente de sua vinculação a determinada ordem constitucional, apresentando, assim, uma validade universal e supranacional.

Feita esta breve distinção inicial, partamos para o surgimento e evolução histórica dos direitos fundamentais.

As bases fundamentais dos Direitos Humanos datam do Egito e da Mesopotâmia, quando começa-se a admitir os direitos individuais em relação ao Estado (séc. III a.C.), sendo o Código de Hamurabi(1690 a.C.) sua primeira positivação. Na Grécia estudava-se a individualidade e liberdade do homem, sendo que, com o Direito Romano e a Lei das XII Tábuas obtém-se a real efetivação dos Direitos Humanos frente ao Estado. Na Idade Média os documentos que faziam menção ao este assunto visavam a limitação do poder estatal.

No entanto, somente com a promulgação da Carta Magna inglesa, no ano de 1215 pelo Rei João Sem terra, que os direitos fundamentais passam a ser assegurados constitucionalmente. Tal dispositivo visava assegurar a liberdade de locomoção, configurando-se, assim, como marco histórico na proteção dos Direitos Humanos, uma vez que se caracteriza como o elemento irradiador de todas as garantias de liberdades fundamentais surgidas posteriormente.

Posteriormente, no ano de 1689 tem-se a publicação do *Bill of Rights,* documento este que vem restringir a atuação estatal, colocando fim na monarquia e fortalecendo o parlamento. Diante disto, tem-se separação dos poderes, o que amplia o rol de direitos fundamentais assegurados, destacando-se o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis.

Com a independência norte-americana outros documentos de suma importância para o desenvolvimento e solidificação dos direitos fundamentais são elaborados. Assim: a) Declaração de Direitos da Virgínia, 1776, proclamou o direito à vida, à liberdade e à propriedade, versando, ainda, sobre os seguintes Direitos Humanos fundamentais: o princípio da legalidade, o devido processo legal, o tribunal do júri, o princípio do juiz natural e imparcial, a liberdade de imprensa e a liberdade religiosa; b) Declaração de Independência, 1776, foi o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos modernos, é o primeiro documento político que reconhece a legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todos seres humanos; c) Constituição, 1787, foi uma ratificação dos documentos anteriores.

Ainda no decorrer do século XVIII, a Revolução Francesa (1789) vem consolidar a proteção dos direitos fundamentais, proteção esta fundamentada na igualdade. Os ideais franceses repercutiram por todo o mundo e influenciaram legislações posteriores.

O primeiro documento a ser assinado em âmbito internacional sobre a proteção dos Direitos Humanos se deu em 1864, com a Convenção de Genebra, a qual tinha como objetivo específico a proteção daqueles indivíduos maculados pela guerra.

É somente no século XX, entretanto, que a preocupação com a proteção dos direitos fundamentais demonstra toda a sua força. Diante de tal contexto, tem-se a promulgação da Constituição do México, no ano de 1917, a qual confere aos direitos trabalhistas o *status* de direitos fundamentais. Posteriormente, a Alemanha, com a promulgação da Constituição de Weimar (1919), também se ocupa da proteção dos direitos sociais, pautada na dignidade humana.

No entanto, somente com o término da Segunda Guerra Mundial que as potências mundiais manifestam suas preocupações com a defesa dos Direitos Humanos, em virtude do genocídio e perseguições realizados pelo regime nazi-fascista.

Assim, em 1948, tem-se a aprovação, no âmbito da ONU, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual retoma os princípios da Revolução Francesa e os ensinamentos kantianos trazidos em seu Opúsculo à Paz Perpétua. A fim de conferir eficácia e força vinculante às normas contidas em tal documento, foram aprovados o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no ano de 1966.

No âmbito latino-americano, também ficou demonstrada a preocupação de tais países com a proteção dos Direitos Humanos, sendo que, em 1969, tem-se a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em São José da Costa Rica. Tal documento em

muito se assemelha àquele assinado no âmbito da ONU, com a diferença que, além de tratar do direito material, versa sobre a estrutura organizacional para que sejam efetivamente cumpridos, pelos Estados-Partes, o que foi acordado no referido tratado.

Na década de 90, em virtude dos crimes cometidos contra a humanidade em Ruanda e na ex-Iugoslávia, foram criados dois tribunais *ad hoc* para o julgamento das pessoas que cometeram tais crimes. Tendo em vista que parte da doutrina internacionalista entendia que tais tribunais, embora moralmente legitimados para tanto, não encontravam apoio jurídico para tais julgamentos, teve-se a promulgação do Tratado de Roma, em 1998, que veio instituir o Tribunal Penal Internacional a fim de que todos aqueles que cometessem crime contra a humanidade fossem punidos. Atualmente, não só os Estados são responsáveis internacionalmente, os indivíduos também o são ao praticarem crimes que violem os Direitos Humanos.

Como já dito anteriormente, o presente capítulo não tem a intenção de esgotar tema tão complexo, tampouco de se ater às discussões filosóficas a seu respeito. No entanto, em virtude da atualidade da questão, entendemos necessária a relação entre o surgimento e evolução histórica dos direitos fundamentais e a classificação proposta pela doutrina majoritária, qual seja, a classificação dos direitos fundamentais em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração. Existem autores, todavia, que já falam em direitos fundamentais de quarta geração, como Bonavides (*apud* MAZZUOLI: 2006, 484). Assim vejamos:

- Direitos Fundamentais de Primeira Geração: tais direitos encontram-se embasados na nas doutrinas iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII e as revoluções políticas ocorridas no final do século XVIII, as quais defendiam que a função precípua do Estado seria a realização da liberdade do indivíduo. Nesta concepção, deveria haver a mínima intervenção estatal na esfera privada dos indivíduos, merecendo destaque os direitos à vida, propriedade e igualdade perante à lei. Neste contexto, defendia-se a igualdade formal, havendo a defesa dos direitos de liberdade, oponíveis ao Estado.
- Direitos Fundamentais de Segunda Geração: ao final do século XIX, a mínima intervenção estatal na esfera privada ocasionou o enriquecimento de parcela ínfima da população e o empobrecimento da grande massa, a qual encontrava-se submetida à situações sub-humanas nas relações trabalhistas, dentre outras carências. Em virtude de tal panorama, inicia-se uma onda reividincatória de maior atuação estatal para a efetivação da justiça social. Ressalte-se que neste momento, não se clama pela

intervenção estatal na esfera privada do indivíduo, mas na sua atuação para que todos participassem do bem estar social. Aqui, não há mais que se falar em igualdade formal, mas sim em igualdade material. Neste momento, com as revoluções populares e a situação crítica em que se encontra a grande maioria da população, tem-se, em 1917 a promulgação da Constituição Mexicana, a primeira a positivar os chamados direitos fundamentais de segunda geração, e em 1919, com a promulgação da Constituição de Weimar, direitos sociais passam a ser protegidos efetivamente. Aqui, o Estado deve preocupar-se com as liberdades sociais. Surgem, neste contexto, os direitos fundamentais dos trabalhadores (férias, descanso semanal remunerado, etc.), direito à greve e direito à sindicalização, dentre outros.

- Direitos Fundamentais de Terceira Geração: com o término da Segunda Guerra Mundial e a verificação da ineficácia do Estado Social, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, direitos estes com caráter eminentemente humanista. Aqui não há a proteção do individuo particularizado, como ocorria nos direitos fundamentais de primeira geração, ou com um grupo ou coletividade de indivíduos, como os de segunda geração. Neste momento, o titular dos direitos fundamentais é o gênero humano como um todo – são os chamados direitos difusos e coletivos, sendo que, por vezes, tal titularidade se mostra indeterminável. Os Direitos Humanos de terceira geração são aqueles prestigiados pela Carta da ONU e que, como anteriormente dito, resgatam os princípios kantianos. Destacam-se, dentre tais direitos, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à paz, autodeterminação dos povos, dentre outros.
- Direitos Fundamentais de Quarta Geração: parte da doutrina já fala nos direitos fundamentais de quarta geração, ainda que tais direitos não tenham sido recepcionados pelas constituições federais dos Estados ou no plano internacional através de tratados. Pode-se citar como exemplos de tais direitos, o direito à informação e ao pluralismo. Tais direitos, como mencionados, ainda não se encontram positivados, mas em fase de construção, sendo que a realidade demonstra que, muito em breve, em virtude dos acontecimentos sociais, tais direitos serão efetivamente protegidos.

2. PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos dos Direitos do Homem foi aprovada pela unanimidade dos membros das Nações Unidas no ano de 1948, tendo havida apenas oito abstenções. De acordo com Piovesan (2006, 124):

> A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De acordo com a Carta da ONU de 1945, os Estados-Membros devem promover a proteção dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, sendo que a Declaração de 1948 elenca quais são os Direitos Humanos e liberdades fundamentais a serem tutelados. Neste item surge uma discussão doutrinária acerca da obrigatoriedade da Declaração Universal dos Direitos do Homem, uma vez que tal documento não tem a estrutura de um tratado internacional, não possuindo, portanto, força jurídica obrigatória e vinculante. Diante de tal situação, muitas são as discussões sobre a juridicização deste documento. O resultado de tais discussões foi a elaboração de dois tratados que passam a incorporar os direitos previamente elencados na Declaração de 1948, quais sejam: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Com a assinatura de tais tratados, alcança-se a eficácia jurídica para a proteção dos Direitos Humanos que faltava na Declaração de 1948.

O Pacto sobre Direitos Civis e Políticos vem incorporar à Declaração Universal uma nova série de direitos a serem tutelados, estipulando a obrigação de os Estados-Membros assegurarem a sua imediata aplicabilidade aos indivíduos sobre sua jurisdição. A partir de sua ratificação, o Estado-Membro se obrigam a enviarem relatórios acerca de medidas tomadas para sua implementação em seu território. Além disto, lhe é facultado alegar a violação de Direitos Humanos por parte de outro Estado devendo, entretanto, que os Estados envolvidos, através de uma declaração em separado, se submetam à competência do Comitê.

Como mencionado anteriormente, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos vem ampliar o rol dos Direitos Humanos tutelados pela Declaração Universal, prestigiando, assim, o direito à vida; o direito de não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o direito a não ser escravizado, nem submetido à servidão; os direitos à liberdade e à segurança pessoal e a não se sujeitar à prisão ou detenção arbitrárias; o direito a um julgamento justo; a igualdade perante a lei; a liberdade de movimento; o direito a uma

nacionalidade; o direito de casar e formar família; as liberdades de pensamento, consciência e religião; as liberdades de opinião e de expressão; a liberdade de associação; o direito de sindicalizar-se e o direito de voto e de participação do governo, dentre outros, como se depreende da leitura dos artigos 14 e 15 do referido Pacto.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem como objetivo primordial a incorporação e a expansão dos dispositivos relacionados com os direitos sociais, econômicos e culturais estabelecidos na Declaração Universa, sendo os mesmos preceitos dotados de obrigatoriedade e força vinculante, ou seja, assim como ocorre com os demais tratados internacionais, o presente Pacto visa a responsabilização dos Estados que desrespeitem seus dispositivos através da criação de obrigações legais para os Estados-Membros.

Importante frisar a cláusula da proibição do retrocesso social, a qual, de acordo com os ensinamentos de Piovesan é vedado aos Estados retrocederem no campo da implementação destes direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia destes direitos.

Ainda no âmbito internacional, vários outros tratados versando sobre a proteção dos Direitos Humanos foram assinados, dentre os quais destacamos: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (1984), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969).

Atualmente, em vista dos tratados internacionais assinados, o ser humano conta com uma efetiva proteção no âmbito internacional, sendo-lhe facultado, inclusive o direito de petição diante de Tribunais Internacionais, sendo que a doutrina mais recente já afirma que o individuo, ainda que de forma limitada, figura no rol dos sujeitos de Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2006: 178).

3. O MERCOSUL: antecedentes, estrutura jurídico-institucional e perspectivas de implantação de normas comunitárias.

O sonho de uma América Latina integrada economicamente é dos mais antigos da região, uma vez que esta sempre enfrentou problemas econômicos, sociais e políticos, fruto de

uma colonização baseada unicamente na exploração. Diante desta realidade, muito discutiu-se acerca da integração econômica como solução para os problemas latino-americanos.

Com isso, em meados do séc. XX, a CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe), "importante fórum de debates na busca de interesses latino-americano (...), entende e prega que o nosso caminho não será outro que o da nossa integração regional" (AGUADO: 2003, 7). Tal argumento é baseado em diversos estudos realizados, tendo como paradigma a realidade européia.

Neste contexto, em 1960, é assinado o Tratado de Montevidéu, o qual cria a ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio); seu objetivo é "o estabelecimento, a longo prazo, de forma gradual e progressiva, de um mercado comum latino americano e, de imediato, um zona de livre comércio" (ACCIOLY: 1997, 225).

No entanto, em 1969, alguns dos países que assinaram o Tratado de Montevidéu – Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru; posteriormente Venezuela, decidem pela formação de um sub-grupo regional. De modo que, com o Acordo de Cartagena, criam o Pacto Andino, o qual previa a instituição de um Tribunal de Justiça e um de Parlamento andinos. Embora ainda válido, o Pacto Andino não produz efeitos práticos.

Em 1980 o Tratado de Montevidéu é renegociado. O resultado desta renegociação é a criação da ALADI (Associação Latino-Americana de Integração). A ALADI dispõe tão somente acerca de mecanismos de preferências tarifárias de caráter bilateral, não estabelecendo prazos para tanto.

Ainda na década de 80, Argentina e Brasil iniciam negociações a fim de estabelecerem um processo de integração bilateral; assim, em 1985, é assinada a Declaração de Iguaçu, a qual deu início ao processo de integração econômica entre estes dois países. No entanto, este processo, por certo tempo, foi abandonado. Mesmo face tal abandono, em 1991 é assinado o Tratado de Assunção, o qual cria o MERCOSUL, tendo como membros fundadores Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai.

O MERCOSUL, diferentemente da ALALC e da ALADI, não busca uma integração regional, e sim uma integração sub-regional, assemelhando-se ao Pacto Andino. No entanto, tal distinção não significa que o MERCOSUL não possa transformar-se em um projeto de integração regional, pois encontra-se aberto à adesão de novos membros.

De acordo com o disposto no art. 1º do Tratado de Assunção, o objetivo a ser alcançado pelo MERCOSUL é "a constituição de um mercado comum, com a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países membros, através da eliminação de

direitos alfandegários e de restrições não-tarifárias vigentes no comércio recíproco”(ALMEIDA: 1994, 110).

Em 1994, com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, fica estabelecida a estrutura institucional definitiva do MERCOSUL. Este documento confere ao bloco personalidade jurídica de Direito Internacional (art. 34). Ressalte-se que o Protocolo de Ouro Preto em nada modifica os objetivos definidos pelo Tratado de Assunção, apenas cuida de sua estrutura institucional. A partir de então o Mercosul evoluiu para o estágio de união aduaneira, ainda que de forma incompleta.

No que se refere à ordem jurídica vigente no Mercosul, o art. 2º do Protocolo de Ouro Preto determina que são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul.

O art. 28 do presente Protocolo regula a criação do Foro Consultivo Econômico-Social, cujo principal escopo é o de viabilizar a participação da sociedade civil organizada nos processos de decisão do Mercosul.

Em 1995 foi celebrado um acordo inter-regional de cooperação entre a comunidade Européia e o Mercosul tendo como enfoque os Direitos Humanos, conforme seu preâmbulo “aos propósitos e princípios estabelecidos na carta das Nações Unidas , aos valores democráticos, ao estado de direito, ao respeito e promoção dos Direitos Humanos”. Em seus artigos dispõe que os Estados membros do acordo têm de respeitar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, podendo ser tomadas “medidas apropriadas” caso isso não ocorra.

Ocorre, entretanto, que o modelo intergovernamental adotado pelo MERCOSUL encontra-se arraigado aos conceitos clássicos de Soberania e Direito Internacional Público; sendo que sua principal característica reside no fato de que todas as decisões do bloco encontram-se vinculadas à vontade política dos Estados Partes.

A intergovernabilidade pode ser entendida como um nível intermediário entre a soberania tradicional e a supranacionalidade, onde os Estados Partes mantêm sua soberania no que se refere ao seu ordenamento jurídico; no entanto têm a possibilidade de participar de um processo de integração regional.

Em virtude da adoção do modelo intergovernamental, todas as normas emanadas do bloco necessitam ser internalizadas para que produzam os efeitos jurídicos desejados. Deste modo, não há como diferenciar as normas advindas do Mercosul daquelas produzidas nas relações com terceiros países.

Em virtude do procedimento adotado, ocorre uma excessiva lentidão, fruto de todo este procedimento burocrático. Como resultado tem-se a criação de obstáculos ao desenvolvimento integracionista, que visa a celeridade na aplicabilidade de suas decisões. Além disto, configura-se como um obstáculo à proteção dos Direitos Humanos no âmbito mercosulista.

Feitas estas considerações iniciais sobre o Mercosul, cabe, neste momento, fazer uma análise das Constituições Federais dos Estados-Membros no que se refere á proteção dos Direitos Humanos.

4. OS DIREITOS HUMANOS NAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS

Na história recente, os países do Mercosul, assim como os países latino-americanos de uma forma geral, passaram por dolorosos períodos ditatoriais, sendo que com a derrubada de tais regimes, presenciou-se o chamado período de redemocratização, culminando a promulgação das novas constituições no Brasil (1988), Paraguai (1992), Argentina (1994) e Uruguai (1997).

Tais constituições adotam como corolário de seus regimes o modelo do Estado Democrático de Direito, fundamentado na legitimidade e na legalidade, o que significa que, os Estados, ao promulgarem suas leis, devem fazê-lo em conformidade com a vontade da maioria e a ela submetendo-se. Tal afirmação encontra seu fundamento jurídico nas disposições expressas das Constituições brasileira, argentina, paraguaia, em seus artigos 1º e artigo 82 da Constituição uruguaia. A legalidade e a legitimidade que pautam o Estado Democrático de Direito são imprescindíveis para a existência e proteção dos direitos fundamentais do homem. Desta forma, os Estados-Membros do Mercosul, ao fundamentar seus ordenamentos jurídicos a partir de tais princípios, estabelecem a organização e limitação do poder estatal por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. Assim, pode-se concluir a preocupação dos Estados mercosulistas com a proteção dos Direitos Humanos, o que se efetiva pela sua recepção em seus textos constitucionais, ou seja, através da disciplina dos direitos fundamentais.

Muito embora a Constituição argentina não faça menção expressão ao direito à vida, não podemos afirmar que tal diploma não o protege afinal, este país ratificou o Pacto de São José da Costa Rica, o qual, expressamente protege referido direito. Assim, podemos afirmar que o direito à vida vem protegido constitucionalmente no território argentino, uma vez que, de acordo com seu ordenamento jurídico, os tratados internacionais que versem sobre

a proteção dos direito humanos possuem hierarquia de norma constitucional. Ademais, a Argentina proíbe a instituição da pena de morte, o que se depreende da leitura dos artigos 18 e 36 de sua constituição.

As Cartas do Brasil, do Paraguai e do Uruguai têm artigos que tratam da proteção da vida (arts. 5º, 4º e 7º), sendo também vedada a pena de morte(arts. 5º, 4º e26). Garantem, ainda, a liberdade de ir e vir e a integridade física e vedam a prisão arbitrária. Todos os crimes para serem como tal considerados, precisam estar positivados em lei. Proíbem a tortura e o tratamento degradante (Argentina art.18; Brasil art.5º,III; Paraguai art.5º; Uruguai art.12 e ss).

Tais ordenamentos jurídicos instituem, ainda, o princípio da autonomia, princípio este que prevê a igualdade entre os indivíduos (Argentina art.16; Brasil art. 5º, XLI, Paraguai art.46 e Uruguai art. 8º).

Ademais, garantem a liberdade de expressão, sendo que este direito fundamental se configura como uma importante ferramenta contra os regimes ditatoriais. Ressalte-se, por oportuno, que isto não significa que a liberdade de expressão é um bem absoluto, podendo ela sofrer limitações. (Brasil art.5º, IV; Argentina art.14; Paraguai art.26; Uruguai art.29).

Todas as Constituições dos Estados-Membro do Mercosul dispõem, ainda, sobre a questão dos direitos sociais, sendo assegurado a todos o direito de acesso à educação e cultura (Argentina arts. 14 e 75; Brasil arts. 205 e 215 e ss; Paraguai art. 73 e ss e 83, Uruguai arts. 41, 68 e 69).

No entanto, tais disposições não se limitam, tão somente, a elencar um rol de direitos fundamentais a serem protegidos. No que se refere à efetivação de tais direitos, presenciou-se um grande avanço. Assim, essas Cartas apresentaram grandes avanços para a sua efetiva atuação, com os instrumentos constitucionais de garantia. Para exemplificar pode-se citar o mandado de segurança, que é um remédio constitucional que serve para garantir o direito líquido e certo (Argentina art.43; Brasil art. 5º, LXIX e LXX; Paraguai art. 134; no Uruguai esta na Lei n. 16.011/88).

Oferecem, ainda, mecanismos de proteção aos direitos difusos da sociedade, protegendo-a de possíveis abusos cometidos pelo governo em detrimento da sociedade (Argentina art. 43,§ 2º; Brasil art. 5º , LXXIII, 129,III; Paraguai art. 38 a legislação Uruguaia não faz menção quanto ao tema).

Pode-se afirmar que os quatro países integrantes do Mercosul deram importante tratamento aos direitos fundamentais, da mesma forma que estabeleceram garantias para que conseguissem alcançar seu êxito, frente à sociedade.

Mas como fica a questão da internalizacao dos tratados e demais documentos internacionais que versem sobre a proteção dos Direitos Humanos em cada um dos membros do Mercosul?

Como já mencionado anteriormente, ao término da Segunda Guerra Mundial, em vista dos horrores perpretados, os Estados passam a se preocupar com a proteção dos Direitos Humanos, o que acarretou a assinatura de diversos tratados internacionais sobre o tema.

Assim, presenciamos hoje, o surgimento de normas supranacionais para a proteção dos Direitos Humanos através da assinatura de tratados ou pactos internacionais, aos quais os Estados aderem individualmente ou mesmo por meio dos blocos de integração regional.

De acordo com a sistemática da Teoria Geral dos Tratados Internacionais, um Estado, ao ratificar tal documento a ele se encontra vinculado, submetendo-se aos direitos e obrigações daí decorrentes.

No que se refere à proteção dos Direitos Humanos, os quatro países do Mercosul ratificaram a Convenção Americana, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica. Em vista disto, aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana nos casos de violação dos Direitos Humanos. A competência de tal Corte também se aplica no âmbito mercosulista, possuindo assim, competência para a implementação e garantia dos Direitos Humanos. Caso haja violação a um dos preceitos trazidos pelo Pacto, ela tem a competência para apurar o fato e promover a reparação do dano.

No entanto, resta questionar como tais instrumentos internacionais passam a ter validade no interior dos Estados mercosulistas. Vejamos, assim, o processo de internalização dos tratados internacionais no âmbito de cada um dos seus membros.

Primeiramente há que se ressaltar que, no momento da internalização, os tratados internacionais podem ingressar no ordenamento jurídico de cada Estado com a hierarquia de normas constitucionais ou normas infraconstitucionais. No âmbito mercosulista é pacífica a posição de que os tratados que versem sobre a proteção dos Direitos Humanos ingressa em seus ordenamentos jurídicos com o *status* de normas constitucionais.

De acordo com a Constituição paraguaia os tratados internacionais devidamente celebrados se incorporam à ordem jurídica interna, sendo que os que versem sobre a proteção

dos Direitos Humanos somente poderão ser denunciados por procedimento semelhante ao reservado para a emenda constitucional (arts. 137, 141 e 142). De suma importância é o disposto no art. 145, que dispõe sobre o ordenamento jurídico supranacional. De acordo com mencionado artigo: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

A Constituição Argentina, por sua vez, disciplina em seu art. 75, XXII, que todos os tratados internacionais terão hierarquia de norma infraconstitucional, à exceção daqueles que versem sobre a proteção dos Direitos Humanos, que terão hierarquia de norma constitucional. A Argentina, assim como o Paraguai, em sua Carta Magna prevê a possibilidade de organismos supranacionais. A diferença entre tais textos se refere ao fato que a Argentina acresce à igualdade a reciprocidade, impondo como condições para a adoção do modelo supranacional, apenas o respeito à ordem democrática e aos Direitos Humanos (BAHIA: 1997, 202).

O Uruguai, em relação aos demais países que compõem o Mercosul, é o que possui a legislação mais conservadora, encontrando-se ainda arraigado aos conceitos clássicos de Soberania do Direito Internacional Público. Logo em seu art. 2º já declara que é livre e independente de todo o poder estrangeiro, o que impossibilita a adoção de organismos supranacionais. No que se refere à proteção dos Direitos Humanos fixa, em seu art. 85, que compete ao Parlamento aprovar, por maioria absoluta, tratados, acordos ou atos internacionais.

De acordo com a sistemática trazida pela Constituição brasileira, compete ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, atos ou acordos internacional (art. 49, I), sendo conferido aos tratados internacionais que versem sobre a proteção dos Direitos Humanos a hierarquia de norma constitucional (art. 5º, §2º), inovação esta trazida pela Emenda Constitucional n. 45, de 2005. Neste ponto, interessante citar a divergência doutrinária que se trava a respeito do choque de normas internalizadas antes da promulgação da referida emenda, tema este debatido sobretudo no que se refere à prisão civil do depositário infiel. De acordo com nossa constituição, permite-se a prisão civil do depositário infiel e do devedor de pensão alimentícia. Ocorre, entretanto, que o Brasil, ao ratificar o Pacto de São

José da Costa Rica, o qual prevê como única possibilidade de prisão civil no caso de devedor de pensão alimentícia. Referido pacto foi ratificado no ano de 1992, sendo que, ingressou em nosso ordenamento jurídico com a hierarquia de lei infraconstitucional. Como fica, então, a questão da prisão do depositário infiel? Se optarmos por uma interpretação simplista, temos que tal norma internacional não pode revogar norma constitucional, continuando, assim, vigente o disposto constitucional que permite a prisão civil do depositário infiel. No entanto, temos que nos ater ao contexto internacional que prega a proteção dos Direitos Humanos. Assim, muito embora o Pacto de São José da Costa Rica tenha hierarquia de norma infraconstitucional, entendemos que, no caso de conflito de leis, deva haver a primazia do tratado internacional, qual seja, somente haverá a possibilidade de prisão civil no caso de devedor de pensão alimentícia. Ressalte-se que tal posicionamento é corroborado em vista do caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 466.343-1) onde o brilhante relatório do Ministro Gilmar Mendes, "premente a necessidade de se dar efetividade à proteção dos Direitos Humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional. É necessário assumir uma postura jurisprudencial mais adequada às realidade emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano". Assim, conclui que "muito embora a previsão constitucional da prisão do depositário infiel não tenha sido revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica, esta deixa de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria". Concluindo que "não há base legal para a aplicação da parte final do art. 5, LXVII, ou seja, para a prisão do depositário infiel".

Diante do exposto concluí-se pela preocupação por parte dos paises-membros do Mercosul em harmonizarem suas legislações no que se refere à proteção dos Direitos Humanos, ensejando para tais Estados a obrigação de efetivarem a proteção de tais direitos no interior de seus territórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como foco principal de estudo a proteção dos Direitos Humanos, a partir da sistemática adotada pela ONU, e seus reflexos no âmbito mercosulista através da análise das Constituições de seus Estados-Membros.Para tanto, num primeiro

momento, analisamos o surgimento e evolução histórica dos direitos fundamentais, a fim de melhor compreendermos o tema e o cenário internacional que ora se apresenta, onde a proteção do ser humano se configura como uma das principais preocupações dos atores internacionais. Num segundo momento analisamos o Mercosul propriamente dito, seu surgimento, antecedentes e estrutura jurídico vigente para que, por fim, pudéssemos analisar as Constituições de seus membros no que se refere à proteção dos Direitos Humanos.

Como já dito anteriormente, o presente artigo não tem a intenção de esgotar o tema, por tratar-se de tema atual e ainda em evolução, estando, assim, aberto a novas alterações e considerações. Podemos, entretanto, afirmar que a maioria da doutrina especializada se posiciona no sentido de que: a) hoje configura-se como tema de extrema relevância no cenário internacional a proteção dos Direitos Humanos, sendo que, diversos tratados são assinados a respeito, sobretudo com o término da Segunda Guerra Mundial, período este de surgimento da ONU, organização internacional que tem por objetivo primordial a proteção dos Direitos Humanos; além disto, a doutrina mais moderna se posiciona no sentido de que não somente Estados e Organizações Internacionais são sujeitos de Direito Internacional Público, sendo que os indivíduos, ainda que de forma limitada, figuram como agentes ativos e passivos no cenário internacional; b) no que se refere ao Mercosul, imprescindível a adoção de normas de direito comunitário e instituição de organismos supranacionais a fim de que o processo integracionista atinja seu objetivo, qual seja, a constituição de um mercado comum. Para tanto, devem ser assegurados, em níveis regionais e nacionais, a proteção dos Direitos Humanos, sem a qual, não há que se falar em processo de integração regional.

Assim, podemos concluir que a proteção dos Direitos Humanos caracteriza-se como tema central no âmbito internacional, através da assinatura de documentos que versam sobre o tema e da instituição de organismos que conferem aplicabilidade e eficácia a tais documentos. Referido tema, entretanto, não fica restrito ao cenário internacional, também figurando como tema a ser discutido nos contextos regionais, tanto que, no âmbito latino-americano teve-se a assinatura do Pacto de São José da Costa Rica, que em muito se assemelha à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Ainda no contexto regional, há que se falar na preocupação mercosulista em relação ao tema ora analisado. Deste modo, o art. 28 do Protocolo de Ouro Preto vem regular a criação do Foro Consultivo Econômico-Social, cujo principal escopo é o de viabilizar a participação da sociedade civil organizada nos processos de decisão do

Mercosul. Além disto, os países que compõem o bloco demonstram seu apreço ao tema através da proteção constitucional dos Direitos Humanos.

Neste ponto, entretanto, há que se fazer uma ressalva no que se refere ao sistema adotado pelo Mercosul, qual seja, o sistema intergovernamental, para o qual, para que as decisões do bloco produzam efeitos no interior dos Estados-Membros estas devem ser internalizadas por suas respectivas legislações. Além disto, tal sistema não prevê a adoção de normas comunitárias e supranacionais para a defesa dos Direitos Humanos, sendo que tais países, entretanto, devido à ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, se submetem à jurisdição da Corte Interamericana no caso de violação de tais direitos.

Não há organismo semelhante no âmbito mercosulista em vista da intergovernabilidade adotada por seus membros. No entanto, entendemos necessária, para a efetiva proteção dos Direitos Humanos no contexto da integração regional e para a consolidação de um mercado comum pautado na dignidade humana, a superação de tal sistema e a adoção de normas comunitárias e institutos supranacionais a fim de que tais direitos seja efetivamente protegidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Elizabeth Pinto de – **Mercosul & União Européia: estrutura jurídico institucional.** 2ª. ed., 2ª. tir. Curitiba: Juruá, 1999

ACCIOLY, Hidelbrando & SILVA, G. E. do Nascimento e – **Manual de direito internacional publico**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000

AGUADO, Juventino de Castro – **Uma tentativa de avaliação da integração Latino-americana**.

ALMEIDA, Paulo Roberto de – **O Mercosul no contexto regional e internacional**. São Paulo: Edições Aduaneiras, 1993

ARNAUD, Vicente Guillermo –**Mercosur, Unión Europea, NAFTA e los procesos de integración regional.** 2ª ed. Buenos Aires: Abeldedo-Perrot. 1996

BAHIA, Saulo José Casali – **A supranacionalidade no MERCOSUL,** *in* MERCOSUL: lições do período de transitoriedade / coordenação Celso Ribeiro Bastos, Cláudio Finkelstein; Celso Bastos Editor. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo – **O Mercosul, suas instituições e o ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1998

BASSO, Maristela – **Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados-membros**. Org. Maristela Basso – 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

CÂMARA DOS DEPUTADOS – **Constituições dos países do MERCOSUL: 1996-2000: textos constitucionais Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai.** Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001

CASELLA, Paulo Borba – **Mercosul: integração regional e globalização**. Coord. Paulo Borba Casella. Rio de Janeiro: Renovar, 2000CASTRO, Amílcar de – **Direito Internacional Privado**. 5ª ed. aum. e atualizada com notas de rodapé por Osíris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2001

D'ANGELIS, Wagner Rocha – **Mercosul: da intergovernabilidade à supranacionalidade?** Curitiba: Juruá, 2000

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de – **Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação: perspectivas para o direito numa sociedade em mudança**. São Paulo: LTR, 1997

GOYARD-FABRE, Simone – **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999

MAZZUOLI, Valério de Oliveira – **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso D. de Albuquerque – **Curso de direito internacional público**. 11ª ed. (rev. e aum.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997

_____ – **Direito internacional da integração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996

PIMENTEL, Luiz Otávio – **MERCOSUL no cenário internacional: Direito e Sociedade** / Organizado por Luiz Otávio Pimentel. Vols. 1 e 2. Curitiba: Juruá, 1998

PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006

SOARES, Guido Fernandes Silva – **Curso de direito internacional público**. v. 1. - 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004

SUPERAÇÃO DE ASSIMETRIAS NO ACESSO À ENERGIA

João Eduardo de Alves Pereira*

RESUMO

Neste artigo, apresenta-se de modo breve uma análise sobre as assimetrias em nível individual, local, regional e internacional no acesso a fontes de energia. Entende-se que essas assimetrias são decorrentes do processo histórico que levou à estruturação do sistema capitalista em escala planetária, desde a I Revolução Industrial (1760-1860). Essas assimetrias se elevaram com a larga utilização de petróleo e gás natural como principais fontes energéticas, a partir da II Revolução Industrial (1860-1960/70). Mais de dois bilhões de seres humanos não têm hoje acesso regular as grandes redes de energia. De acordo com as resultantes dos vetores políticos, econômicos, culturais e tecnológicos presentes no campo de força da III Revolução Industrial (*1970) essas assimetrias poderão se ampliar ou se reduzir. Na atualidade, ocorre uma dinâmica de transição energética, em virtude da exaustão das reservas de hidrocarbonetos nas próximas quatro ou cinco décadas. Tensões internacionais se agravaram, o que se comprova com a presença militar norte-americana em várias partes do mundo árabe-muçulmano. Defende-se aqui, contudo, que a cooperação entre os países periféricos e semi-periféricos, visando à melhor distribuição de energia para populações pobres, apesar dos interesses geopolíticos das grandes potências e do controle tecnológico e financeiro do grande capital transnacional do setor de energia, pode ocorrer graças à montagem de redes de informação por entes da sociedade civil internacional. Essas redes poderão construir o consenso de que o abastecimento energético é um Direito fundamental da pessoa humana, pois é chave para o trabalho e daí para a dignidade dos indivíduos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À ENERGIA; DIREITOS HUMANOS; GEOPOLÍTICA; DIREITO INTERNACIONAL DO DESENVOLVIMENTO.

ABSTRACT

In this paper, an analysis is presented in brief way on the asimmetries in individual, local, regional and international level in the energy access. One understands that these asimmetries are decurrent of the historical process that organized the capitalist system in planetary scale, since the I Industrial Revolution (1760-1860). These asimmetries had raised with the wide use of oil and natural gas as main energy sources, from the II Industrial Revolution (1860-1960/70). More than two billion human beings do not have

* Doutor em Engenharia de Produção pela Coppe/UFRJ. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade da Faculdade de Direito de Campos (FDC) e do Departamento de Disciplinas Básicas da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

today regular access to the great networks of energy. In accordance with the resultants of the politic, economic, cultural and technological vectors in the field of force of the III Industrial Revolution (*1970), these asimmetries will be able to be extended or to be reduced. In the present time, a dynamics of energy transition occurs, in virtue of the exhaustion of the reserves of hydro-carbons in next the four or five decades. International tensions had aggravated, what is proved with the North American military presence in some parts of the arabian-islamic world. It is defended here, however, that the cooperation between the peripheral countries and half-peripherals, aiming at to the best distribution of energy for poor populations, although the geopolitical interests of the great powers and the technological and financial control of the great transnational capital of the energy sector, can occur by the spread of information networks in the international civil society. These networks will be able to construct the consensus of that the energy supplying is a basic right of the human being, therefore are key for work and from there for the dignity of the individuals.

KEYWORDS: ENERGY LAW; HUMAN RIGTHS; GEOPOLITICAL; INTERNATIONAL LAW OF THE DEVELOPMENT

Introdução

Um dos principais indicadores da riqueza é o consumo per capita de energia. É a energia que permite às sociedades desenvolver e alcançar padrões de produtividade e de vida mais elevados. Na economia da atualidade, que se caracteriza, entre outros aspectos, pela magnitude e intensidade de fluxos de mercadorias, pessoas, capitais e informações, o acesso a fontes regulares e baratas de abastecimento de energia se torna cada vez mais necessário, inclusive, para a efetiva estruturação de um ambiente de estabilidade e de cooperação entre os atores que formam o sistema internacional.

O acesso à energia, contudo, é bastante assimétrico seja em nível individual, local, regional ou internacional. Para se ter uma idéia disso, cerca de dois bilhões de seres humanos não dispõem hoje de acesso às principais redes de fornecimento energético. Na globalização, essas desigualdades poderão ser reduzidas ou ampliadas, dependendo da resultante de vetores geopolíticos, econômicos, culturais e científico-tecnológicos.

Por certo, para que a resultante seja a da diminuição das assimetrias, será importante a difusão do conceito que vê no acesso à energia um direito fundamental e uma condição de efetivação do Direito ao Desenvolvimento. Este trabalho procura

contribuir, por meio de uma breve análise da relação entre distribuição assimétrica de energia e a evolução do sistema capitalista, desde a I Revolução Industrial (1760-1860).

A primeira parte do trabalho traz considerações rápidas sobre a questão energética e seus limites para a organização dos sistemas econômicos. A segunda parte aborda as relações entre a utilização de energia fóssil, as assimetrias inerentes às economias capitalistas e a aspectos geopolíticos. Na terceira parte, apresenta-se a conclusão do presente estudo.

1. Energia e seus limites para a organização dos sistemas econômicos.

Energia significa riqueza, porque possibilita o crescimento dos níveis de produtividade do trabalho dos seres humanos e de suas sociedades. A disponibilidade e o conhecimento de fontes de energia favorecem ainda a circulação de pessoas, idéias, mercadorias, bem como a eventualidade de uma melhor distribuição dos frutos do trabalho social. Energia deveria ser concebida como um direito de qualquer pessoa, pois é precondição para o trabalho. Mas, lamentavelmente, o acesso às fontes de energia não é algo que ocorra de modo homogêneo.

Primeiro, porque as ocorrências, distribuições e densidades das fontes seguem os padrões (ou os caprichos) da Natureza. Um exemplo disso é a própria luz do Sol, a fonte mais abundante em todo o planeta, cujos ângulos de incidência sobre a superfície terrestre e o número de horas de iluminação variam, de acordo com as latitudes e com a época do ano.

Segundo, porque o conhecimento das técnicas de obtenção de energia à Natureza tende a ser controlado por aqueles que detêm o poder decisório. Claval (1977) argumenta que o estabelecimento de regras sobre o uso dos recursos energéticos se inscreve no contexto da administração da escassez dos recursos naturais como um todo. Se um dado bem natural for relativamente abundante, a tendência, ao longo da história das sociedades, é que sua utilização seja franca, permitida a todos. À medida, porém, que o uso seja excessivo, predatório, ou mesmo que se verifiquem riscos de exaustão, o controle social se impõe por meio: da religião, da cultura, da força, da posse, do aparecimento do direito de propriedade (seja coletiva ou privada), da racionalidade e/ou da política.

No que toca à política, Porto-Gonçalves (2004) lembra que, na sua origem, essa palavra significava os muros, os limites das cidades gregas. Só depois, a *polis* seria entendida como área urbana daquelas Cidades-estados. Ou seja, não se pode dissociar o uso da energia da questão do respeito a limites. Eles provêm da própria Natureza, são impostos por ela. Embora possam ser alargados ou abrandados pelo conhecimento científico-tecnológico, não podem ser ignorados, como no presente, em nome de um estilo de vida dito moderno, economicamente racional. Não é o que se vê na manutenção do predomínio dos combustíveis fósseis na matriz energética mundial, apesar da comprovação científica do aquecimento global?

A distribuição do poder decisório e o acesso ao conhecimento técnico são limites a uma distribuição mais eqüitativa dos recursos energéticos pelos seres humanos e por suas sociedades. Dos atuais seis bilhões de habitantes do planeta, cerca de dois bilhões não têm acesso a qualquer fonte de energia comercialmente produzida (Pires *et.al*, 2006).

Somente os EUA consomem 25 % da energia gerada em todo o mundo, embora sua população monte a apenas 4,6 % do total de habitantes da Terra. Disso resultam disputas, violência, guerras, verdadeiras tragédias humanas, conforme o exemplo da macabra cena, difundida pela mídia internacional no início de 2007, de centenas de cadávares carbonizados de indivíduos da etnia minoritária ogoni, no delta do Rio Niger. Morreram vitimados em explosões decorrentes da perfuração de dutos que transportam petróleo para exportação, óleo esse sobre o qual eles não têm direitos reconhecidos pelo governo da Nigéria.

Com base em Rifkin (2004), é possível ilustrar a questão dos limites que a questão energética traz às sociedades. Ao longo da história das civilizações, ocorreram ciclos de formação, apogeu e decadência que estão relacionados diretamente com as respectivas capacidades em garantir o abastecimento regular de suas demandas energéticas. Em Roma, por exemplo, assim como em outras civilizações da Antiguidade Clássica, a base energética fundamentava-se na força dos escravos, ou seja, dos bárbaros derrotados em constantes batalhas e guerras. No início da Era Cristã, contudo, a incapacidade de conquistar e/ou manter territórios (cada vez mais distantes) e, a extensão da cidadania a populações não-latinas inviabilizaram a manutenção do trabalho escravo e, assim, do próprio Império Romano.

Posteriormente, na Idade Média, a servidão e as florestas temperadas tornaram-se a base energética do feudalismo. Na Europa Ocidental, a partir do século XI, porém, aquele sistema econômico entraria em um longo processo de decadência, culminado na ascensão do sistema capitalista no século XVIII. Além da desorganização das relações entre servos e senhores ocorrida com as oito Cruzadas entre os séculos XI e XIII e com a grande epidemia da "Peste Negra" (século XIV), a crescente escassez de madeira dificultava a realização de atividades produtivas no campo e nas incipientes manufaturas.

Na Europa Centro-Oriental, em contrapartida, não houve a destruição das reservas florestais na mesma proporção que no oeste. Talvez, por isso, o feudalismo no leste do continente viesse a se manter por mais tempo. A propósito, observa-se que na Rússia, cujo patrimônio natural era praticamente intocado, verificavam-se práticas servis ainda na primeira década do século XX, pouco tempo antes da Revolução Bolchevique de 1917.

2. Energia fóssil, sistema capitalista e geopolítica.

A escassez de madeira, porém, seria contornada na Europa Ocidental pela exploração das ricas jazidas de carvão mineral, viabilizada pela melhoria das técnicas de mineração no século XVII, na Grã-Bretanha. A densidade energética do carvão mineral e a Revolução Científica levaram os britânicos à pioneira invenção da máquina, à I Revolução Industrial (1760-1860) - o que seria acompanhado nas décadas seguintes por outros Estados do Oeste europeu. A energia fossilizada no carvão mineral, embora não-renovável, representava a disponibilidade de energia abundante durante todo o ano, ao contrário de fontes tradicionalmente utilizadas como a tração animal, a força humana, os cursos d'água e os ventos.

O incremento de produtividade com o advento da indústria foi, portanto, sem precedentes, levando ao fim das práticas mercantilistas e à ascensão da economia de mercado. Com o mercado, a especialização e divisão do trabalho não ficariam restritas ao ambiente das fábricas. Transbordariam para as cidades, as regiões e os territórios nacionais, cuja integração seria viabilizada pela invenção e difusão das ferrovias e da navegação à vapor. A divisão internacional do trabalho, que se iniciara com as grandes

navegações à vela dos séculos XIV e XV e com o colonialismo, se intensificaria deste modo.

Agora com grande rapidez, valores eurocêntricos difundiam-se com base na ideologia do livre-cambismo proposto por David Ricardo (1772-1823) em sua teorização sobre vantagens absolutas e comparativas. Em outros casos, a exemplo do da colonização britânica da Índia, impunham-se pelo poder de modernos armamentos, cientificamente projetados e produzidos em grande escala pela indústria. A produção de matérias-primas, como o algodão, demandadas pela economia fabril passava a acontecer em regiões distantes das Américas, da Ásia e da África, mesmo que isso ocorresse em prejuízo de economias tradicionais voltadas à subsistência das respectivas populações.

Também se estruturaria uma nova configuração do mundo do trabalho. Doravante, a servidão e a escravidão seriam condenadas moral e legalmente. Esta última com os processos abolicionistas nas Américas ao longo do século XIX. Aquela em decorrência do processo histórico da Revolução Francesa (1789-1799). O trabalho passaria a ser uma prerrogativa do cidadão livre, algo que o tornaria digno, capaz inclusive de legitimar e reclamar o respeito ao direito à propriedade privada e à acumulação de riquezas. Foi nesse contexto histórico, que se estruturaram os direitos de primeira geração, os Direitos Civis (Hunt, 1992).

Em sua obra de Adam Smith (1723-1790) traduziu a ética e a moral dos primeiros tempos do capitalismo, enfatizando quão justo seria organizar a vida social com base no mercado e em suas leis “divinas”. O individualismo conduziria às melhores escolhas, à melhor alocação de fatores de produção pela coletividade. A livre-concorrência levaria o mercado ao equilíbrio, porque pressupõe: mercados com produtos homogêneos e substituíveis entre si; produtores de porte semelhantes e em grande número; não-existência de barreiras à entrada de novos concorrentes; e, transparência ou simetria de informações entre agentes de oferta e demanda. Se houvesse livre-concorrência, os negócios seriam feitos num ambiente de preços considerados justos e quantidades ideais (sem estoques excessivos e sem desabastecimento). O consumidor não seria hipossuficiente. Todos os preços resultariam do livre jogo de oferta e demanda. Por isso, não caberia ao Estado intervir nas relações entre produtores e consumidores, embora fosse o garantidor do processo de

acumulação de capital, à medida que faria cumprir o respeito ao direito à propriedade privada.

Apesar da evidente desigualdade social, denunciada já na primeira metade do século XIX pelos socialistas utópicos - e depois por Karl Marx (1818-1883) e Friedrich Engels (1820-1895), a Economia Política inglesa propunha o princípio da igualdade de oportunidades, sendo o êxito decorrente do mérito pessoal e o fracasso também imputado ao indivíduo, mas nunca ao sistema produtivo (Hunt, 1992, op.cit.).

Os economistas liberais ou clássicos do século XIX tinham como uma de suas principais preocupações a análise do processo de produção, com destaque para os custos do trabalho. A energia seria um fator de produção como outros, cuja utilização ocorreria em função da variação de seus preços no mercado. Efeitos intangíveis do uso da energia a vapor não eram, pois, considerados. A Natureza parecia não opor limites, o que, de algum modo, se relacionava à interpretação dos textos sagrados da tradição judaico-cristã que coloca a Natureza a serviço do ser humano – feito à semelhança de Deus - (Porto-Gonçalves, 2004).

Na verdade, os volumes de energia fóssil utilizados então eram baixos, se comparados com o consumo atual, e os efeitos ambientais decorrentes tinham expressão local/regional. O ambiente tinha capacidade de reciclagem de rejeitos orgânicos e inorgânicos. Na Grã-Bretanha e na Europa Ocidental, eram ainda poucas as aglomerações metropolitanas com populações superiores a um milhão de habitantes. O progresso técnico era assimilado por vastas porções das populações, inclusive pelos mais pobres e diretamente afetados pela degradação ambiental, como algo inevitável. A poluída, porém poderosa, Manchester, a maior concentração fabril do mundo à época da I Revolução Industrial, era o símbolo máximo, o exemplo a ser seguido. No Brasil, a título de ilustração, observa-se que ainda hoje se faz referência à cidade de Juiz de Fora como a “Manchester Mineira”, título que foi dado de modo ufanista e mimético àquela cidade do Vale do Paraíba do Sul no final do século XIX, quando da instalação de expressiva produção fabril no ramo têxtil.

O mundo do carvão mineral, contudo, assistiria a partir da II Revolução Industrial (1860-1960/70) à emergência do petróleo como fonte energética principal, além do desenvolvimento da hidroeletricidade e da energia atômica. Não que as reservas mundiais do primeiro se exaurissem. O carvão mineral continuou a ser

importantíssimo, inclusive, para a geração termoelétrica. É que o petróleo demonstrou ser mais eficiente e flexível em suas utilizações, desde que os norte-americanos tiveram êxito em perfurar o primeiro poço com esse objetivo específico, em 1859, na localidade de Titusville, Pensilvânia. Até então, o óleo era encontrado em todo o mundo naturalmente em áreas de fraturas geológicas ou em minas de sal – uma vez que há formações desses hidrocarbonetos associadas a domos salinos (Marinho Jr., 1969).

A superação do carvão mineral pelo petróleo trouxe, entre outras conseqüências, um aumento potencial de tensões, conflitos e guerras. É que o carvão mineral tem sua distribuição menos concentrada pelos territórios dos países que o petróleo e o gás natural. A Europa, a Rússia, os EUA, o Canadá, a China, sem contar ocorrências de expressão local-regional, possuem em seus subsolos as principais jazidas do mineral. Já o petróleo, concentra 60% de sua ocorrência em regiões pertencentes aos países que em 1960 fundaram a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

Em outras palavras, o carvão mineral deu a segurança energética para que as atuais potências se estruturassem como tal. Houve disputas entre elas por carvão, conforme as que envolveram, na primeira metade do século XX, a Alemanha e a Polônia com relação aos depósitos da Silésia e aquelas que opuseram a mesma Alemanha à França pelas reservas da Alsácia-Lorena.

Mas, com o petróleo e o gás natural, conflitos e guerras ganharam um potencial ainda maior de deflagração. Já no início da evolução da indústria do petróleo, ainda no último quartel do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, mesmo com as maiores reservas conhecidas então localizadas nos EUA (regiões centrais e meridionais do país) e na Rússia Imperial (Azerbaijão), a cobiça pelas jazidas de áreas descobertas em áreas coloniais demonstrava o incipiente caráter global dos negócios desse setor. As potências européias tinham de buscar petróleo fora do continente, tendo em vista a exigüidade das poucas reservas existentes. Na verdade, a Europa Ocidental somente contaria com jazidas de volume significativo décadas depois (anos 1960/70) com o desenvolvimento da produção “off-shore” no Mar do Norte.

Na atual Indonésia, a propósito, a Royal Dutch viria a ser fundada em 1875 com capitais pertencentes à pessoa do Rei da Holanda (51%), visando ao aproveitamento de jazidas descobertas na Ilha de Sumatra para o refino do querosene a ser destinado aos mercados do extremo leste da Ásia e mesmo da costa oeste norte-americana - ainda não

devidamente atendida pela Standard Oil de John D. Rockefeller (1839-1937). A Standard Oil, aliás, foi criada em 1868 e, em 1911, dividida em 34 empresas por determinação da Suprema Corte norte-americana, devido a práticas de concorrência desleal e abuso de poder econômico. Desse processo, surgiram as atuais Exxon, Mobil Oil, Chevron e Amoco. Voltando à Royal Dutch, com a fusão com a britânica Shell, em 1908, os holandeses ganhariam da Coroa britânica o direito de abastecer a Europa com o óleo trazido em navios que cruzavam o Canal de Suez, o que reduzia custos pela na utilização da rota que dobra o Cabo da Boa Esperança.

Já a British Petroleum teria sua fundação em 1903 por meio do capitalista Charles Greenway. Inicialmente, a empresa chamava-se Anglo-Persian, passando após a II Guerra à denominação atual. Em 1909, Greenway encontrou ricos lençóis petrolíferos no sul da Pérsia (atual território iraquiano). O receio de que o empreendimento sofresse ataques de potências rivais levou a sua estatização, em 1912, pelo Parlamento britânico por influência de Winston Churchill (1874-1965), então Lord do Almirantado.

Os interesses das grandes empresas norte-americanas também buscaram cedo o exterior. Investimentos significativos foram feitos, especialmente, na América Latina pela Standard Oil, pela Gulf e pela Texaco, sem contar empresas de menor expressão. Torres Filho (2004) registra que já em 1914 a elevada demanda do mercado interno norte-americano requeria importações de petróleo, embora os EUA tivessem sido o "ofertante de última instância" até a década de 1950, ou seja, o país que, em caso de crise internacional de abastecimento e/ou de elevação excessiva de cotações do produto, deverá regularizar o mercado. Entre 1945 e 1973, a política externa norte-americana, com o apoio da Grã-Bretanha, viria a transferir a condição de "ofertante de última instância" à Monarquia saudita e ao regime ocidentalizante do Xá Reza Pahlevi. Com a queda deste último em 1979, esse papel passou totalmente para a Arábia Saudita, com seus inigualáveis 25% das reservas mundiais conhecidas (260 bilhões de barris em pouco mais de um trilhão de barris).

Para resguardar os interesses das grandes empresas de petróleo, as chamadas "majors" (ou seja, Exxon, Mobil, Chevron, Texaco, Gulf, Royal Dutch-Shell e British Petroleum, também conhecidas como as "Sete Irmãs" nos anos 1950), bem como para alcançar a segurança energética fundamental ao desenvolvimento de suas economias capitalistas industriais e sociedades de consumo, as potências mundiais conceberam

estratégias de cunho claramente geopolítico. Os conflitos do século XX foram muitas vezes o resultado da elevação das tensões referentes a disputas por acesso regular e a baixo custo de hidrocarbonetos. Os resultados das grandes guerras mundiais, por sua vez, refletiram justamente quem tinha acesso e controle das maiores jazidas então conhecidas. Não se pode compreender a Guerra Fria (1945-1991), sem que se recorde o fato de que, ao final do conflito de 1939/45, EUA e URSS eram os maiores produtores de petróleo e gás natural do mundo.

Ao que tudo indica, essa tendência deverá continuar nas primeiras décadas do século XXI, uma vez que não há no presente fonte de energia, cujo conhecimento técnico e cuja viabilidade econômica permitam substituir satisfatoriamente o petróleo e o gás natural. O que fazem os EUA no mundo árabe-muçulmano como um todo – inclusive com as guerras atuais no Iraque e no Afeganistão – senão o cumprimento de um planejamento geopolítico de manutenção de sua condição de liderança na nova ordem internacional?

Por meio da manutenção de efetivos militares nos países do Oriente Médio, da presença de toda uma frota de sua marinha de guerra em águas internacionais do Golfo Pérsico, e da instalação, posterior aos atentados de 11 de setembro de 2001, de bases militares em territórios das antigas repúblicas muçulmanas da URSS na Ásia Central, o Estado norte-americano tem capacidade estratégica para mostrar-se como a garantia de segurança energética à União Européia (UE), ao Japão e a outros aliados ocidentais importantes (a Austrália, por exemplo), sem contar a Índia. Sem energia, como se integrar à economia global? A mesma estratégia também objetivaria isolar a Rússia da China, evitando que a primeira venha a abastecer com suas grandes jazidas de gás natural a economia de extraordinário crescimento da segunda (Del Valle, 2003).

Voltando à questão da substituição do carvão mineral pelo petróleo no século XIX, destaca-se que o querosene para iluminação, a gasolina nos motores dos automóveis de Henry Ford (1863-1947), os óleos combustível e diesel, como substitutos das caldeiras à vapor dos navios, e o aparecimento da petroquímica fizeram com que o setor de petróleo e de gás natural se transformasse na maior indústria de todo o século XX. Nas economias dos EUA e em algumas da União Européia, a propósito, a participação do setor se aproximava dos 20 % do PIB ao final da década de 1990. Na

Rússia pós-soviética, 60%. No Oriente Médio, a proporção supera os 90 % em países como a Arábia Saudita. (Economides e Oligney, 2000).

Durante a II Revolução Industrial, os setores mais lucrativos eram os dos complexos metal-mecânico e químico. Diversas e profundas transformações ocorreram na economia e sociedade internacionais. Uma delas se referiu à ênfase que se passaria a dar à demanda, ao consumo, complementando a ênfase dos economistas clássicos dada à oferta, à produção. Thornstein Veblen (1857-1929), grande crítico das instituições que tornaram o capitalismo um sistema conservador (já que em sua ascensão fora revolucionário), considerava o apelo ao consumo como um instrumento forte o bastante para atrair os mais pobres, interferir em sua consciência de classe, e, desta forma, retirá-los do caminho da construção do socialismo que Marx projetara (Hunt, 1992).

Outra possibilidade de impedir o avanço do socialismo residia no reconhecimento das questões sociais, atendendo reivindicações dos movimentos operários, reformando o sistema. Foi a pressão do socialismo que tornaria o capitalismo abrandado em muitos de seus efeitos sociais. Houve, então, todo um processo histórico que levaria à segunda geração de direitos, isto é, os direitos sociais, bem como à fundação do Direito Econômico. Este deveria regular o capitalismo que se distanciara do princípio da livre-concorrência e se tornara monopolista, marcado pela presença de grandes empresas, cartéis, trustes e por práticas como o *dumping*, a venda-casada, e etc. (Fonseca, 1995).

Contudo, para atender à incorporação de milhões de pessoas ao mundo do consumo era preciso criar uma base produtiva, cujas escalas não tinham precedentes no mundo industrial. Isso seria viabilizado com o correlato desenvolvimento do taylorismo-fordismo e sua concepção de produção seriada em gigantescas linhas de montagem. Produzir com custos médios declinantes (a longo prazo) era a meta das empresas que buscavam economias de escalas, e, com isso, vender automóveis e eletrodomésticos, entre outros bens de consumo industriais, a preços acessíveis aos mais pobres. As taxas de retorno por unidade vendida seriam baixas, mas compensadas pelo grande volume comercializado. O taylorismo-fordismo (Thurow, 1997) se difundiu como modelo de organização industrial não só no Ocidente como também na URSS de Josef Stálin (1879-1953).

Porto-Gonçalves (2004) lembra que, em termos de modelo de desenvolvimento industrial, o socialismo soviético e o capitalismo monopolista não diferem em sua essência. Cabe destacar, contudo, que no Ocidente só ultrapassada a Grande Depressão dos anos 1930 foi possível compatibilizar, em termos macroeconômicos, produção em grande escala e consumo em massa. Para isso, tornava-se necessária a intervenção do Estado nos mercados, bem como a elevação dos gastos públicos, visando à manutenção da demanda agregada. Tratava-se da edificação do Estado do bem-estar social, derivado da contribuição teórica do economista britânico John M. Keynes (1883-1946). Do ponto de vista ambiental, contudo, se intensificaram, a partir de então, os processos de utilização predatória dos recursos naturais, sendo o desperdício uma marca inquestionável.

Ou seja, ao longo da II Revolução Industrial, o mundo assistiu ao surgimento do Imperialismo, às duas grandes guerras mundiais, ao apogeu da Guerra Fria nas décadas de 1950 e 1960, à descolonização da África e da Ásia, ao crescimento do número de aglomerações metropolitanas com mais de um milhão de habitantes, sem contar à montagem do Estado interventor e garantidor de bem-estar social no Ocidente e do estatismo soviético. Assistiu à montagem da sociedade de consumo, limitada, é bem verdade, a uma parcela inferior a 1/3 da população mundial. Porém, a difusão desse padrão de consumo não é sustentável em termos ambientais. O IV Relatório de Avaliação do Painel Intra-governamental de Mudanças Climáticas (IPCC), lançado em fevereiro último em Paris, a propósito, não deixa margem para dúvidas quanto ao fato. Todos esses processos históricos e políticos se desenvolveram tendo como alicerces a oferta de energia fóssil barata nos países centrais, sobretudo, do petróleo, do gás natural e do carvão mineral - sem contar outro recurso também não-renovável: a energia nuclear.

Para que os custos de energia fossem baixos às economias ocidentais, foi necessário que sua produção se desse em grande escala, em conformidade com padrão do taylorismo-fordismo. A indústria energética se estruturou, desta maneira, verticalmente integrada, com grandes conglomerados com tendência a agregar todas as fases de produção, seguindo um padrão monopolista. Não é de se estranhar que, com tamanha escala, os interesses da indústria de energia fóssil viessem a ser mundiais, conforme já se abordou anteriormente.

Marinho Jr. (1969) entende que o elevado grau de concentração da indústria petrolífera somente foi alcançado, graças à atuação dos Estados nacionais, embora o discurso das grandes empresas defina esse setor como fruto da racionalidade do mercado. Reafirmando o que já se analisou anteriormente, sem a retaguarda política, diplomática e militar, enfim, sem o recurso à geopolítica, as *majors*, com sede nos países centrais do sistema mundo, não teriam tido ao longo do século XX condições de afirmar seus interesses, sobretudo, sobre os países árabe-muçulmanos.

Na atualidade, a questão geopolítica torna-se ainda mais complexa, tendo em vista que o consumo e a produção mundial de petróleo cresceram cerca de 26% no período de 1988 a 2004, enquanto que a relação/produção (R/P) declinou para 41 anos, pois não houve concomitantes descobertas de novos campos de grande porte (superiores a um bilhão de barris), com exceção dos mega-campos de Tengiz (seis bilhões de barris) e Khashagan (13 bilhões de barris), no Mar Cáspio (Casaquistão). A produção de petróleo em países não-membros da OPEP, hoje responsável por cerca de 60 % do atendimento da demanda mundial, deverá declinar nas próximas décadas pelo esgotamento das reservas existentes. A OPEP, com efeito, deverá recuperar a posição que detinha nos anos 1970, isto é, 60% do mercado internacional. Em termos de R/P, a Arábia Saudita tem 82. O Iraque, os Emirados Árabes Unidos, o Kwait tem R/P de mais de 100 anos. O Irã e a Venezuela, cerca de 75 anos. Entre os não-OPEP, a Federação Russa tem a melhor perspectiva com 22 anos, aproximadamente. Reúno Unido, Noruega, Canadá, Argentina, EUA dispõem de cerca de 10 anos. China e Índia, não mais do que 20 anos. O Brasil, desprezando-se o potencial de crescimento com a abertura do mercado e com o fortalecimento da capacidade técnica e financeira da Petrobrás, teria apenas 16 anos (10 bilhões de barris). Por isso, os preços internacionais de petróleo e gás natural só fizeram subir: de US$ 12,00, em 1999, para Us$ 70,00, em 2006 (Pires *et. al.* , 2006).

Como fazer funcionar na III Revolução Industrial (*1970) o mercado de energia, em favor das ricas sociedades do Ocidente, se com as crises internacionais de 1973 e 1979 as jazidas de propriedade das *majors* nos países da OPEP passaram ao controle de empresas estatais controladas pelos respectivos governos. As respostas parecem passar, conforme se vinha defendendo neste breve texto, pela continuidade de

uma geopolítica mundial em que a política externa norte-americana, desde os tempos de Bill Clinton, busca ser o centro.

Passa ainda pelo aprofundamento do processo de transformação dos mercados de petróleo e gás natural em mercados, aonde os preços do óleo cru, do m3 de gás e dos derivados são definidos em contratos flexíveis, ao contrário do período anterior aos anos 1970, quando a regulação era feita por contratos rígidos de longos prazos. Petróleo e gás natural são, desde o início da década de 1980, mercados de curto prazo, cujas operações são à vista (mercado tipo *spot*), de balcão (mercado tipo *over the counter*), de futuros (*commodities*) e de opções (derivativos). O processo de financeirização do petróleo e dos demais mercados de energia foi uma resposta do mercado ao crescimento do poder da OPEP no passado. As sedes desses mercados encontram-se nos países centrais, os mesmos que controlam a Agência Internacional de Energia (AIE). Os principais mercados de *commodities* são as bolsas de mercantis e futuros de Nova Iorque (NYMEX), de Londres (IPE) e ainda de Cingapura (SIMEX). Quanto aos mercados tipo *spot*, os principais centros são o eixo Antuérpia- Roterdã- Amsterdã (ARA) e a costa mediterrânea da Itália (Errera e Brown, 2002). Os preços de referência do mercado internacional são tipos de petróleo de alta qualidade produzidos em quantidades reduzidas em termos internacionais nos EUA (o *west Texas intermidiate*, WTI), no Mar do Norte (o *brent*) e nos Emirados Árabes Unidos (o árabe leve). Todos os preços do petróleo no mundo são, desta forma, influenciados pela produção dos tipos considerados como referências: as cotações do barril extraído no Campo de Albacora, no litoral fluminense, se baseiam, por exemplo, na cotação do *brent* (Serra e Patrão, 2003).

Outra resposta para a manutenção do poder dos países centrais sobre os mercados de energia está no controle das tecnologias e dos capitais pelo Ocidente. Sem tecnologia e capital, como podem os países ricos em reservas da OPEP aproveitar os respectivos potenciais de produção?

Rifkin (2004) sustenta que, enquanto a Humanidade depender de petróleo e gás natural para abastecer (hoje) cerca de 60 % da matriz energética, o acesso à energia será limitado pelos interesses das grandes corporações e de seus respectivos Estados nacionais. Ocorre, contudo, que aproximadamente a metade das reservas de petróleo e gás natural legadas pela Natureza, após milhões de anos de evolução geológica, foram consumidas entre 1859 e o presente. A metade restante deverá ser consumida em quatro

décadas, caso não sejam descobertas novos campos produtores de grande porte. Isso faz com que os preços tendam a se elevar e a se manter em patamares altos, o que torna ainda mais difícil o acesso dos mais pobres à energia.

A Humanidade, portanto, se encontra numa fase de transição energética. Como substituir o petróleo e o gás natural? Voltaremos ao domínio do carvão mineral? E, a energia nuclear? As fontes alternativas serão viáveis no futuro próximo? E, os limites ambientais, antes negligenciados? Thurow (1997) sustenta, a propósito, que, caso o desafio ambiental não seja eficientemente equacionado, o sistema capitalista correrá o risco de desaparecimento num futuro não muito distante. Não há capitalismo sem energia barata e abundante. Não há como continuar com o padrão atual da III Revolução Industrial que se funda numa sem precedentes movimentação de cargas, pessoas, "commodities", capital e informação.

Para Rifkin (2004), as *majors* do setor petrolífero não ignoram a transição energética. Planejam estratégias, visando ao controle das tecnologias que darão os rumos da geração de energia. Pretendem, com base nos lucros elevados que atualmente são auferidos, decorrentes de preços elevados, financiar a sua transformação de empresas de petróleo em empresas de energia, com o domínio de redes diversificadas de geração e distribuição.

Considerações finais

Se o padrão da matriz energética do futuro mantiver o caráter concentrador existente desde a I Revolução Industrial, haverá o risco de que o acesso à energia continue a ser definido pela capacidade financeira das pessoas em adquiri-la num mercado monopolista, portanto, bastante assimétrico.

Não se quer dizer aqui que a inclusão daqueles dois bilhões de seres humanos, que hoje não têm o abastecimento de energia comercialmente produzida, não possa ser feita pelo mercado. Dadas as limitações de recursos financeiros dos Estados nacionais, em tempos de neoliberalismo, os capitais privados são fundamentais para a ampliação do número de famílias atendidas com um quantum de energia - suficiente para que elas possam se integrar a circuitos econômicos, aonde há maior geração de valor agregado – e, assim, fugir a tendências excludentes que a globalização lamentavelmente traz.

Nesse ambiente, os Estados nacionais, sobretudo os periféricos e/ou semi-periféricos, bem como organismos multilaterais, a exemplo do próprio Banco Mundial, deveriam estimular (ou ampliar iniciativas já existentes) a cooperação científica e tecnológica, visando ao desenvolvimento de alternativas viáveis econômica, cultural e ambientalmente para a inclusão das populações alijadas das grandes redes de fornecimento energético.

A cooperação também deverá priorizar a troca de informações sobre modelos e marcos regulatórios, para o controle das assimetrias entre concorrentes e entre empresas e consumidores. Com isso, será oferecido um ambiente de segurança jurídica, fundamental para a atração de capitais.

Apesar dos interesses geopolíticos das principais potências internacionais, da "comoditização" dos mercados de energia e do controle das tecnologias, a cooperação energética internacional não é algo impossível, devido a um potencial maior de difusão de informações por entes da sociedade civil em todo o mundo. Trata-se de um fato inerente à III Revolução Industrial e ao que Castells (1999) denomina de sociedade em rede. Na globalização, as assimetrias poderão se ampliar ou se reduzir, como resultado do acesso à informação em tempo real nas redes de interesses. Nestas, promove-se toda uma série de mudanças culturais decorrentes da maior integração do cidadão ao mundo, inclusive o surgimento de novas identidades. Numa avaliação otimista, isso pode levar à difusão de um novo Humanismo, marcado pelo respeito a uma vida digna para todos os seres humanos.

Referências

CASTELLS, M.. A Sociedade em Rede – A Era da Informação*: economia, sociedade e cultura.* Vol. I, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

CLAVAL, P. *Espaço e Poder.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

ECONOMIDES, M.; OLIGNEY, R. *The Color of Oil*. Katy, Texas: Round Oak Publishing Company, 2000.

DEL VALLE, A.. *Guerras contra a Europa.* Rio de Janeiro: Bom Tempo, 2003.

ERRERA, S.; BROWN, S. L. *Fundamentals of Trading Energy Futures & Options.* Tulsa: PennWell Corporation, 2002.

FONSECA, J. B. L da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

HUNT, E. K. *Evolução do Pensamento Econômico*. São Paulo: Ed. Campus, 1999.

KLEVEMAN, L. The New Great Game*: blood and oil in Central Asia*. New York: Atlantic Monthly Press, 2003.

MARINHO JR., I. P. Petróleo: *soberania e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Ed. Bloch, 1970.

PIRES, A. (Org.), *et al*. Política Energética para o Brasil*: Propostas para o Crescimento Sustentável.* Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 2006.

PORTO-GONÇALVES, C. W. *A Globalização da Natureza e a Natureza da Globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

RIFKIN, J. A Economia do Hidrogênio*: a criação de um nova fonte de energia e aredistribuição do poder na Terra*. São Paulo: Mbooks, 2003.

SERRA, R.;PATRÃO, C. Impropriedades dos critérios de distribuição de royalties no Brasil. In: *Petróleo, Royalties e Região.* Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

THUROW, L. *O Futuro do Capitalismo*. São Paulo: Ed. Rocco, 1997.

A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A GÊNESE DA AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

Jorge Batista de Assis*

RESUMO

Este artigo busca demonstrar a importância da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Governo Brasileiro, junto ao Secretário Geral das Nações Unidas, a 27 de março de 1968; e em vigor no País, de conformidade com o disposto em seu artigo 19, 1º, a 4 de janeiro de 1969. Identificando neste importante instrumento global de proteção especial dos direitos humanos a gênese da ação afirmativa, discorre sobre as desigualdades raciais no Brasil, propugnando pelo combate a todas as formas de discriminação racial e pela adoção da ação afirmativa como instrumento de indução da igualdade para a população afrodescendente e do respeito aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS HUMANOS - AÇÃO AFIRMATIVA - DISCRIMINAÇÃO RACIAL - IGUADADE

ABSTRACT

This article tries to demonstrate the importance of the International Convention about the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ratified by the Brazilian Government, along with the General Secretary of the United Nations, on March 27th, 1968 and in force in the country, according to the article 19, 1º, on January 4th, 1969. Identifying in this important global instrument of special protection of the human rights the affirmative action beginning, talks about the racial inequalities in Brazil, advocating for the combat to all forms of racial discrimination and for the adoption of affirmative action as an instrument of equality induction to the colored population and of respect to the human rights.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; AFFIRMATIVE ACTION; RACIAL DISCRIMINATION, EQUALITY.

* Professor da Faculdade de Direito de Campos. Membro do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos da Faculdade de Direito de Campos e da Associação Nacional de Direitos Humanos- Pesquisa e Pós-Graduação (ANDHEP).

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos Históricos da Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; 3. As Desigualdades Raciais no Brasil; 4. A Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Gênese da Ação Afirmativa no Brasil; 5. Conclusão;
6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O cume do desrespeito aos direitos humanos no mundo ocorreu na 2ª. Guerra Mundial, com as atrocidades cometidas por Hitler e pelo *stablisment* alemão, cujo Estado tinha como projeto o extermínio de pessoas oriundas de grupamentos étnico-religiosos considerados por eles como subalternos e como seres inferiores Após esta grande catástrofe mundial, em 1945, com o objetivo de redirecionar as relações internacionais e fomentar uma cultura de paz, os Estados criaram a Organização das Nações Unidas. Em 10 de dezembro de 1948, na esteira da proteção internacional aos direitos humanos, a ONU promulgou a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada por 48 Estados, ensejando um passo decisivo nos processos de universalização e internacionalização destes direitos, ao mesmo tempo, consolidando uma nova ciência, de índole normativa e pragmática, que é o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo o escopo central de convertê-lo em tema de legítimo interesse da comunidade internacional. Esta Declaração representa um ponto de partida para o processo de proteção global dos direitos humanos e à consciência histórica que a Humanidade tem dos próprios valores fundamentais construídos no século XX. No entanto, a despeito do propósito da Declaração, críticas em todos os quadrantes foram a ela endereçadas, com afirmações de que este importante documento da ONU não dispõe de força cumprimento pelos Estados. Diante disto, a Organização das Nações Unidas, através de sua Assembléia Geral, iniciou a normatização de Tratados, de Convenções e de Pactos que, ratificados pelos Estados, visam à proteção particularizada e específica de pessoas ou grupo de pessoas vulnerabilizadas ao longo da História, mormente, considerando-se categorizações pertinentes ao gênero, idade, raça, etnia, etc. Neste sentido, foram

elaboradas a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Discriminação Contra a Mulher, a Convenção Internacional Contra a Tortura, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, dentre outros importantes instrumentos normativos internacionais de proteção aos direitos humanos. Estes atos normativos internacionais consagram a relevância na cena internacional do sujeito de direito, observado em sua especificidade e complexidade, visando responder às determinadas violações dos direitos humanos. Deve ser ressaltado que a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, objeto deste artigo, foi adotada pela ONU em 21 de dezembro de 1965, tendo sido aprovada pelo Parlamento Brasileiro em 21 de junho de 1967, com a edição do Decreto Legislativo nº 23, havendo sua ratificação sido depositada junto às Nações Unidas em 7 de março de 1968. A Convenção apresenta dois pilares básicos que norteiam a efetivação do direito ä igualdade que são o combate a toda e qualquer forma de discriminação racial e a promoção da igualdade. Esta Convenção é imprescindível para o País, haja vista que o Brasil apresenta um quadro histórico enorme de discriminação racial contra os descendentes de africanos aqui nascidos e que vivem no território nacional, levando-se em conta, ainda, que esta é a segunda maior nação negra do mundo, perdendo apenas para a Nigéria.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL

Após as duas Grandes Guerras que ocorreram no século XX, nas quais inúmeras barbaridades foram perpetradas sob o pálio da soberania nacional, o engendramento e a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos foram a resposta para que se almejasse a construção da esperança de paz duradoura no mundo. Com o término da 2ª Guerra Mundial, avultou a consciência de que os direitos humanos são universais e indivisíveis. Universais na proporção em que se cogita a aquisição e o pleno exercício de direitos para todos e indivisíveis no sentido de que os direitos humanos devem possuir igual validade, independentemente de serem classificados como civis, políticos, econômicos, sociais ou culturais.

Tendo em vista a hecatombe da 2ª Guerra Mundial, a qual vitimou milhares de pessoas, sentiu-se a necessidade de se criar mecanismos que pudessem garantir e ensejar a proteção aos seres humanos. A partir daí vem a lume uma terminologia no Direito Internacional relacionando-o aos Direitos Humanos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (Guerra, 2002). Os direitos humanos trazem em si a historicidade na medida em que tais direitos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução (Arendt *Apud* Piovesan, 2000). Frise-se que tal construção vem sendo feita de modo progressivo. Ë uma construção lenta, porque é uma conquista do indivíduo contra o Estado (Mello, 2000).

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho constituem as primeiras marcas nas quais se ancoram o processo de internacionalização dos direitos humanos (Süssekind, Maranhão, Vianna, Teixeira, 1997; Piovesan, 2000). Entretanto, deve-se ressaltar que a verdadeira afirmação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, por causa do fenômeno da 2ª Guerra Mundial, tornando-se uma legítima preocupação da sociedade internacional com o término do conflito mundial, criando-se em 1945 a Organização das Nações Unidas, sendo certo que em 10 de Dezembro de 1948, a Assembléia Geral adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, como corolário, tais direitos passam a ter destaque na agenda das instituições internacionais.

A emergência da proteção internacional dos direitos humanos está vinculada à insidiosa intolerância à diversidade étnico-cultural.

Nesses termos, alinha-se Antônio Augusto Cançado Trindade, quando afirma que “a partir da Declaração Universal de 1948, tem sempre insistido na universalidade dos direitos humanos inerentes a todo ser humano, em meio à diversidade cultural”, haja vista que “a universalidade se expressa de modos diversos, e que é possível aplicar padrões universais de direitos humanos em meio à diversidade cultural. Com efeito, ao longo dos anos, países de tradições diversas, de orientações políticas, culturais e religiosas distintas, nem por isso deixaram de livremente ratificar ou aderir aos tratados de direitos humanos (Abreu, 1999; Trindade, 2003).

Amparada nessa construção histórica, torna-se cada vez mais crescente a demanda das Nações Unidas relacionada aos direitos humanos. Pessoas físicas e entidades da sociedade civil de todo o mundo têm acionado o sistema global de proteção

dos direitos humanos, diante da consciência de que os Estados são muitas vezes coniventes, negligentes ou ineficientes em prestar a pronta resposta às violações dos direitos humanos. O sistema global de proteção dos direitos é composto pela Declaração Universal, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicas, Sociais e Culturais – esta tríade forma a denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos -, ao lado de diversos tratados multilaterais de direitos humanos, que concernem a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial, a discriminação contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas específicas de violação (Piovesan, 2000).

Em conformidade com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população afrodescendente perfaz o percentual de 45%, sendo considerada a segunda maior nação negra do mundo, perdendo apenas para a Nigéria. Diante deste fato incontrastável, aduzido ao histórico das violações de direitos humanos de toda ordem, embasadas na discriminação racial, torna-se relevante debruçar-se sobre a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, fonte natural da ação afirmativa.

3. AS DESIGUALDADES RACIAIS NO BRASIL

Por qualquer ângulo que se observe, o Brasil revela-se socialmente injusto e etnicamente desigual, fato demonstrado pela simples exibição dos indicadores sociais, econômicos e educacionais, sofrendo a população afrodescendente (pretos e pardos, segundo o IBGE, em quantitativo de 90 milhões de brasileiros) uma modalidade de racismo sutil e dissimulada, que remete esse enorme contingente populacional a uma situação perversa, reservando a ela como espaço a miséria das favelas, os ambientes insalubres dos cárceres, em posição de subalternidade crônica que precisa ser repensada por toda a sociedade para o estabelecimento de uma verdadeira democracia racial.

Conforme amplo estudo sobre a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, abarcando os períodos de 1992 a 1999, o pesquisador Ricardo Henriques, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, concluiu que a intensa desigualdade racial brasileira, associada a

formas usualmente sutis de discriminação racial, impede o desenvolvimento das potencialidades e o progresso social da população negra (Henriques, 2001).

Apesar da melhoria dos indicadores sociais no Brasil na ultima década, a desigualdade entre brancos e negros se mantém.

Para uma visão panorâmica do fenômeno que aflige os afrodescendentes, permita-se transcrever os dados exaustivamente coligidos pelo pesquisador acima referenciado:

a) Índice de Desenvolvimento Humano:

É um índice estabelecido pelas Organizações das Nações Unidas para aferir a qualidade de vida das populações em seus respectivos países. É uma combinação do Indicador de Rendimento (IR), Indicador de Longevidade (IL) e Indicador Educacional (IED). O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) varia de 0 a1, sendo que quanto mais próximo a 1, melhor será a qualidade de vida. O Brasil ocupa a 69ª posição na esfera mundial. Se fosse considerada somente a população negra, ocuparia o 101º lugar. Se, no entanto, o cálculo fosse realizado apenas levando em conta a participação dos brancos, o país subiria para 46ª posição.

b) Composição da Pobreza

b.1) Total de Pobres no Brasil: 53 milhões que percebem por seu trabalho a renda de um salário mínimo por mês

Brancos/as	Negros/as
37%	63%

b.2) Pobreza na infância/adolescência e inicio da vida adulta

Faixa Etária	Brancos/as pobres	Negros/as pobres
Até 6 anos	38%	65%
Entre 7 e 14 anos	33%	61%
Entre 15 e 24 anos	24%	47%

b.3) População indigente

TOTAL COM RENDA ABAIXO DE R$ 120,00 NO BRASIL	Brancos/as	Negros/as
22 Milhões	30%	70%

Constata-se que dentro do quadro do inaceitável padrão da pobreza no País, observa-se uma sobre-representação da mesma entre os afrodescendentes, vale dizer, dos 22 milhões que vivem abaixo da linha da pobreza, ou seja, não consomem o nível mínimo de calorias recomendado pela Organização das Nações Unidas, equivalentes a 10% dos mais pobres, sendo que 70% são negros e 30% são brancos.

c) Desigualdade de Renda

No grupo que está no topo da pirâmide social, o 1.7 milhão de pessoas mais ricas do País, há nove brancos para cada negro, vale dizer, apenas 15% desse grupo é composto de afrodescendentes. Os brancos representam 85% da população do décimo mais rico, apropriando-se de 87% da renda desse décimo, ou seja, auferem 41% da renda total do País.

No extremo oposto o mais pobre da distribuição – observa-se que a metade mais pobre da população se apropria de cerca de 12,5% da renda do país.Em 1999, entre os 50% mais pobres do Brasil, 40% de brancos se apropriam de 5,5% da renda do país, enquanto os negros, que representam 59,6% desse conjunto, percebem apenas 7% da renda nacional.

d) Escolaridade

A escolaridade média da população adulta com mais de 25 anos no final do século XX está em torno de 6 anos de estudo. Um jovem branco de 25 anos de idade tem cerca de 8,4 anos de estudo, enquanto um jovem negro de mesma idade apresenta 6 anos.Esta diferença de 2,3 anos de estudo que os jovens negros têm para com os jovens brancos, revela a intensidade da discriminação racial, que é a mesma observada entre seus avós.

Entre os analfabetos com mais de 15 anos, 8,3% são brancos ao passo que 19,8% são negros; os considerados analfabetos funcionais, 26,4 % são brancos, já os negros representam 46,9%;

Não completam o ensino fundamental, 57,4% dos brancos e 75,3% dos negros;

Entre os jovens de 18 a 23 anos, 63% dos brancos e 84% dos negros não completam o ensino médio.

Completaram o ensino médio em 1999, 12,9% de brancos e 3,3% de negros

Entre 18 e 25 anos, 89% dos brancos e 98% dos negros não ingressam no ensino superior.

Dos 191.100 estudantes do Ensino Superior avaliados pelo Exame Nacional de Cursos do MEC - o “provão” - em 2000, 80% são brancos e 15,7% são pretos e pardos.

Em suma, para cada brasileiro branco que não sabe ler nem escrever, há dois brasileiros negros nessa condição. Na média, os brancos têm 7 anos de estudo, enquanto os negros chegam a 5 anos.Entre os brasileiros com mais de 25 anos que têm curso superior completo, há um negro para cada 5 brancos.

e) Trabalho Infantil

A despeito da existência de diversos programas governamentais com o objetivo de eliminar a participação da mão de obra infantil no mercado de trabalho, infelizmente reconhecido como um fator capaz de minimizar a pobreza, haja vista que contribui para o aumento da renda familiar, observa-se que a sua redução tem sido ínfima, inobstante avanço nessa área. O trabalho infantil apresenta-se como um importante indicador de mal-estar da sociedade, na medida em que compromete, simultaneamente, o nível atual do bem-estar da sociedade e o bem-estar das gerações futuras.

A taxa de ocupação de crianças de 5 a 9 anos no mercado de trabalho, no Brasil, em 1999, apresenta-se com um percentual de 24,4%, sendo que as crianças brancas atingem o percentual de 18,4% e as negras somam o percentual de 30,3%.

Na faixa de 10 a 14 anos, no mesmo período, o percentual no país é de 17%, sendo que as crianças brancas constituem o percentual de 13% e as negras atingem o percentual de 20%.

f) Mercado de Trabalho

Com uma população em idade ativa na ordem de 71,1 milhões, no último ano da série estudada, os brancos têm uma população economicamente ativa em torno de 43,1 milhões, estando ocupados 39,3 milhões e com uma taxa de desemprego de 8,9%.

Os afrodescendentes, no entanto, apresentam uma população em idade ativa estimada em 58,1 milhões, com uma população economicamente ativa na ordem de 35,7

milhões, sendo que a população ocupada gira em torno de 31,9 milhões, estando desempregados cerca de 10,6%.

Tomando-se como base as regiões metropolitanas de Belo Horizonte, Distrito Federal, Porto Alegre, Recife e Salvador, confirma-se que tanto os homens negros como as mulheres negras apresentam taxas de desempregos maiores do que seus correspondentes brancos, sendo certo que a mulher negra é quem mais padece no mercado de trabalho. A taxa de desemprego no grupo é maior e elas ficam mais tempo desocupadas, e, quando conseguem participar do mercado de trabalho, ocupam as posições mais desvalorizadas, percebendo, por consegüinte, os piores salários.Na região metropolitana de São Paulo, o salário médio pago às mulheres negras está em torno de R$ 494, menor que os R$896 recebidos pelos não-negros e os R$ 756 pagos aos homens negros, enquanto que os homens brancos percebem a importância de R$ 1.100.

g) Habitação e Consumo de Bens Duráveis

No que pertine à habitação, os níveis referentes às famílias negras são bastante preocupantes, pois residem em domicílios com alto grau de precarização e riscos sanitários, haja vista que o escoamento sanitário inadequado desses prédios está na ordem de 52%; com abastecimento de água inadequada, 26%; sem acesso à coleta de lixo, 30%; com alta densidade populacional, 28%; sem acesso à energia elétrica, 9,44%, enquanto que os brasileiros brancos ostentam melhores índices.

Em conformidade com o estudo em tela, no período de 1992-1999, apesar de ter sido observada uma melhoria dos negros em relação ao padrão de consumo dos brancos, constatou-se que os domicílios habitados por famílias afrodescendentes ainda permanecem com níveis absolutos de maior privação para todos os indicadores de posse de bens duráveis. O percentual de lares habitados por negros que não dispõem de *freezer*, máquina de lavar e telefone são, respectivamente, 90%, 83% e 70%%. Esses dados são, respectivamente, 73%, 56% e 54% para os domicílios habitados por brancos.

h) Representação do Poder

No Poder Judiciário, 98,5% dos membros deste Poder são brancos, sendo que na mais Alta Corte do País, o Supremo Tribunal Federal, encontra-se apenas um Ministro Negro, recém nomeado, o Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes; no

Superior Tribunal de Justiça, 100% dos Ministros são brancos; no Tribunal Superior do Trabalho, tem assento nesta Corte, apenas um ministro, o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula; o Tribunal Superior Eleitoral é composto majoritariamente por brancos e no Superior Tribunal Militar nenhum ministro é negro.

No Poder Legislativo, encontram-se na Câmara Federal, 95% de brancos, enquanto que no Senado Federal, 97% dos parlamentares são brancos.

No Ministério Público da União, englobando os Procuradores do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho, do Ministério Público Militar, Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 98,6% são brancos.

No Poder Executivo Federal, são apenas 3 os Ministros de Estado no universo de quase três dezenas de Ministérios, sendo que, dos diplomatas que atuam no Itamaraty, 99% são brancos e 98% deste grupamento étnico compõem o conjunto dos professores universitários do País.

i) Expectativa de Vida

Os cidadãos brancos têm uma expectativa de vida na ordem de 70 anos, enquanto que os afrodescendentes têm-na em torno de 64 anos.

Os dados acima demonstram de maneira irrefutável a intensa desigualdade de oportunidades a que está submetida a população afrodescendente no Brasil.Estes resultados são contundentes no sentido da necessidade de se desenvolverem políticas públicas dirigidas preferencialmente aos negros brasileiros: políticas de inclusão social econômica com preferência racial, políticas ditas de ação afirmativa, que contribuam para romper com nossa excessiva desigualdade.

É o que oportunamente propõe Roberto Henriques, que a seguir arremata:

> *A necessidade de uma ação anti-racista que enfrente o desafio histórico de integrar as perspectivas "universalista" e "diferencialista" encontra-se, cremos, no centro de um processo de desnaturalização da desigualdade racial. Os limites -impossibilidade para alguns – da integração dessas perspectivas são enormes, mas, talvez, o uso da tolerância – sabemos insuficiente – no espaço democrático, associado à uma perspectiva de pluralidade de culturas no seio da sociedade brasileira possa sugerir caminhos.Portanto, faz-se necessário*

> *redefinir os horizontes de igualdade de oportunidades, de condições e de resultados, fazendo dispor, entre outros, de políticas explícitas de inclusão racial.A redução da desigualdade entre brasileiros brancos e brasileiros afrodescendentes apresenta-se como prioridade para construirmos uma sociedade democrática, livre, economicamente eficiente e socialmente justa.*

Tendo em vista a tragicidade espelhada pelos números dos indicadores sociais apresentados, amalgamada com o dramático cenário vivenciado por milhões de afrodescendentes no País, impõe-se o aprofundamento sobre a discussão da adoção da ação afirmativa entrelaçada com o princípio constitucional da igualdade, o que se fará no capítulo subseqüente.

4. A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL E A GÊNESE DA AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL

O escopo primordial da Convenção é a eliminação de todas as formas de discriminação racial. Neste sentido, o Artigo 1º define a discriminação racial como sendo:

> *qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito de anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer domínio de vida pública. Portanto, para a garantia da integral fruição dos direitos humanos é imprescindível o combate a toda e qualquer forma de discriminação racial que obstaculize o exercício dos referidos direitos.*

A Convenção determina aos Estados-partes que não meçam esforços para buscar a eliminação da discriminação e a promoção do entendimento entre todas as raças, fazendo com que todas as autoridades públicas atuem de igual maneira; abolindo quaisquer leis ou regulamentos que efetivem ou perpetuem a discriminação racial; condenando toda propaganda baseada em teorias de superioridade racial ou orientada para promover o ódio ou discriminação racial; adotando medidas para erradicar toda incitação à discriminação; garantindo o direito à igualdade perante a lei para todos, sem distinção de raça, cor ou origem nacional ou étnica; oferecendo proteção e recursos legais contra atos de discriminação racial que violem direitos humanos, enfim, os Estados devem adotar medidas especialmente nas áreas de educação, cultura e informação, objetivando o combate à discriminação racial.

Extraem-se da Convenção duas metas básicas para se realizar o desiderato nela inserida, quais sejam, o dever imposto aos Estados-partes de combater toda e qualquer forma de discriminação racial e de promover a igualdade. Estas metas traduzem as estratégias repressivo-punitiva que objetiva a punição, a proibição e a eliminação da discriminação racial e a promocional, que visa a promoção, o fomento e o avanço da igualdade.

Em relação ao princípio da igualdade e não-discriminação, Antônio Celso Alves Pereira leciona que:

> *O princípio fundamental da igualdade e da não-discriminação é parte do Direito Internacional Geral, sendo este aplicável a todos os Estados, independentemente de que sejam partes ou não de determinado tratado. Na atual etapa de evolução do direito internacional, o princípio da igualdade e da não-discriminação ingressou definitivamente no domínio do jus cogens (Pereira, 2006).*

Para a consecução dos objetivos da Convenção, o Artigo I, parágrafo 4º determina aos Estados-partes a adoção de medidas especiais e concretas em defesa dos grupos ou indivíduos que se encontrem em situação de inferioridade dentro das sociedades nacionais, *in verbis*:

> *Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas como o único objetivo de assegurar*

> *progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que, tais medidas não conduzam, em conseqüência , á manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sidos alcançados os seus objetivos.*

Consoante o estampado no item precedente observa-se que a população brasileira de origem africana, encontra-se exatamente ao abrigo do estabelecido no artigo acima, merecendo dele a sua proteção. O referido artigo ao prever a adoção de medidas especiais e concretas para os historicamente vitimados pela discriminação racial, inequivocamente enseja a gênese da ação afirmativa, normatizando que a aplicação da mesma poderá neutralizar os efeitos da discriminação, bem como poderá assegurar a proteção e o desenvolvimento destes grupos. Embora tenha a sua efetivação se notabilizado nos Estados Unidos da América, o conceito de ação afirmativa originou-se na Índia em 1919, imediatamente após a 1ª Guerra Mundial. Tal proposição foi construída por Bhimrao Ramji Ambedkar que pregou a instituição de políticas públicas diferenciadas e constitucionalmente protegidas em prol da substancialização da igualdade, o que viria ao encontro dos anseios dos segmentos populacionais designados e considerados como inferiores, como as castas *shudra* e *mahar*, dentre outros. O sistema de ação afirmativa, denominado de reservas ou representação seletiva, nas assembléias legislativas, na administração pública e na rede de ensino foi positivado nos artigos 16 e 17 da Constituição indiana. (Wedderburn, 2005).

Reforçando a estipulação do Artigo I, Parágrafo 4º, objetivando a materialização da igualdade e a fruição plena dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, a Convenção estabeleceu no Artigo II, Parágrafo 2º a obrigação para todos Estados-partes adotarem medidas nos campos social, econômico, cultural, estatuindo que:

> *Os Estados Parte tomarão, se as circunstâncias o exigirem, nos campos social, econômico, cultural e outros, as medidas especiais e concretos para assegurar como convier o*

> *desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Essas medidas não deverão, em caso algum, ter a finalidade de manter direitos desiguais ou distintos para os diversos grupos raciais, depois de alcançados os objetivos em razão dos quais foram tomadas.*

A ação afirmativa consiste na adoção de medidas de caráter público ou privado, que visando eliminar os efeitos da discriminação racial, baseado em raça, cor, gênero, descendência ou origem nacional ou étnica, tem como eixo central a viabilização do direito à igualdade e conseqüentemente a fruição dos direitos humanos em todos os planos sociais.

Mister é importante aduzir que o Brasil é um grande ator no cenário internacional e sempre esteve envolvido no protagonismo da elaboração de normas internacionais de direitos humanos.

O Representante Alterno do Brasil na Organização dos Estados Americanos, Silvio José Albuquerque e Silva, presidente do Grupo de Trabalho encarregado de elaborar o projeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda a Forma de Discriminação e Intolerância, ao apresentar o anteprojeto perante a Organização dos Estados Americanos, em Washington, no dia 18 de Abril de 2006, em relação à adoção da ação afirmativa, assim se posicionou:

> *...O anteprojeto inova ao definir o conceito de "medidas especiais", também conhecidas como medidas de discriminação positiva, reconhecendo a legalidade de sua aplicação e sua importância para a promoção da igualdade substancial ("de facto") de indivíduos e grupos vítimas de discriminação. As medidas especiais, expressas na forma de políticas de ação afirmativa tomadas pelo Estado ou por particulares em favor dos direitos de indivíduos ou grupos discriminados - em quaisquer campos da atividade humana, seja privado ou público -, são entendidas como instrumento valioso para a superação*

> *das barreiras impostas pela discriminação a que os seres humanos desfrutem plenamente de seus direitos. Os grupos que devem ter acesso às medidas especiais de discriminação positiva são os que se encontrem em situação permanente de desvantagem em função de condições não-voluntárias, que o impedem o acesso à igualdade real de oportunidades. A introdução no anteprojeto do conceito de medidas especiais ou discriminação positiva representa o reconhecimento de que se existem desvantagens estruturais entre os diversos indivíduos e grupos de uma sociedade, cabendo ao Estado a obrigação de tomá-las em conta na formulação de suas ações e políticas públicas. O caráter de obrigatoriedade de tais medidas especiais é o elemento inovador do anteprojeto em relação à Convenção das Nações Unidas de 1965. (Albuquerque e Silva, 2000)*

Por mais que proliferem as críticas ao surgimento e adoção da ação afirmativa engendradas por setores conservadores, o Brasil não pode hesitar na sua aplicação, haja vista que, além de ser signatário da Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial – fonte deste instrumento de realização de igualdade -, as desigualdades raciais avultam em solo pátrio, devendo, pois, o País cumprir com o seu dever acordado em torno da Organização das Nações Unidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial é um importante documento normativo internacional de direitos humanos e que tem como desiderato o combate e a eliminação de todas as formas de discriminação racial e a promoção da igualdade para as populações vulnerabilizadas historicamente pelos fatores baseadas na raça, cor, gênero, descendência ou origem nacional.

A Convenção é o rio de onde forra a ação afirmativa e a sua aplicação pelo Brasil não pode ser obstaculizada por setores conservadores que articulam a manutenção do status que propicia a exclusão de numeroso contingente populacional afrodescendente.

Sendo signatário da Convenção, exsurge o dever assumido perante a comunidade internacional de cumprir na íntegra as normas internacionais de direitos humanos, razão pela qual, torna-se imperativo para a própria consagração fática do Estado Democrático de Direito que o Estado Brasileiro realize as medidas especiais e concretas ínsitas na Convenção que se traduzem na ação afirmativa, tendo como consectário a inclusão da população afrodescendente em todos os planos sociais, propiciando a proteção, o monitoramento e a fruição da plenitude dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. Os Descaminhos da Tolerância. O Afro-brasileiro e o Princípio da Igualdade e da Isonomia no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ALBUQUERQUE E SILVA, Silvio José. Anteprojeto de Convenção Interamericana Contra o Racismo e todas as Formas de Discriminação Racial e Toda a Forma de Discriminação e Intolerância. Disponível em: http://www.oas.org/speeches/speech.asp?sCodigo=06-0091. Acesso em 23 maio 2007.

ALVES, José Augusto Lindgren. Os Direitos Humanos como Tema Global. Rio de Janeiro: Perspectiva, 2003.

ARENDT, Hannah. As Origens do Totalitarismo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979. *Apud* PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. *In*: Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Secad/MEC, 2005.

BALDWIN, James. Pelas Praças Não Terá Nome. Rio de Janeiro: Brasilense, 1972.

BIKO, Steve. Escrevo o que eu quero. Rio de Janeiro: Ática, 1990.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminacao_disc_racial.htm.Acesso em: 23 maio 2007.

GUERRA, Sidney. Os Direitos Humanos numa Perspectiva do Direito Internacional: Para uma Justiça Cosmopolita? *In*: GUERRA, Sidney. Direitos Humanos: Uma Abordagem Interdisciplinar. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

HENRIQUES, Ricardo. Desigualdade Racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90. Rio de Janeiro: IPEA, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos e Cidadania. Rio de Janeiro: Minelli, 2002.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. 1.v. 12. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NASCIMENTO, Abdias do. O Quilombismo. 2.ed. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2002.

PEIXINHO, Manoel Messias. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais. Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: GUERRA, Sidney (Coord.). Temas Emergentes de Direitos Humanos. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Ações Afirmativas sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. *In*: Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Secad/MEC,2005.

_____. Democracia, Direitos Humanos e Globalização. Disponível em: http://www.dhr.com.br/. Acesso em: 1 jul. 2005.

_____. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 4 .ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____.Temas de Direitos Humanos.2.ed.rev.ampl.atual.São Paulo:Max Limonad, 2003.

_____. GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.dhnet.com.br/. Acesso em 01 jul. 2005.

ROLAND, Edna Maria Santos. Racismo no mundo: A Caixa de Pandora. Revista Teoria e Debate. Nº 49. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Out. /Nov. /Dez. 2001.

SARTRE, Jean Paul. Reflexões Sobre o Racismo. 6.ed. Rio de Janeiro: Difel, 1990.

SILVA JR., Hédio. O Princípio da Igualdade e os Direitos de Igualdade na Constitucional de 88. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 10, nº 38, jan-mar 2002. p.168-169.

SILVA, Jorge da. Direitos Civis e Relações Raciais no Brasil. 1.ed. Rio de Janeiro: Luam, 1994.

SOUZA NETTO, Flávia Emanuelle de. A Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/text.asp?id=6488. Acesso em 05 jul. 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. v. II. 17. ed. São Paulo: LTR, 1997 .p. 1431-1509.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

_____. Dilemas e Desafios da Proteção Internacional dos Direitos no Limiar do Século XXI. Disponível em: http://www.dhnet.com.br/. Acesso em 01 jul. 2005.

_____. O Direito Internacional em Transformação (Ensaios, 1976-2001). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Tratado Internacional de Direitos Humanos. v.1. 2.ed. rev. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabis, 2003.

WEDDERBURN,Carlos Moore.Do Marco Histórico das Políticas Públicas de Ação Afirmativa.Gênese das Políticas de Ações Afirmativas e Questões Afins. *In*: Ações Afirmativas e Combate ao Racismo nas Américas. Brasília: Secad/MEC, 2005.

APORTES HERMENÊUTICOS GADAMERIANOS SOBRE: O MISTÉRIO DO DIREITO À SAÚDE.

Liton Lanes Pilau Sobrinho*

RESUMO

A presente pesquisa trata da reflexão envolvendo o direito à saúde, relacionado com os mistérios que envolvem o tema. Assim, busca através da reflexão de Hans Gadamer, na perspectiva hermenêutica partindo dos cuidados relativos a sua teoria, técnica e prática, vislumbrada diante da arte de curar e diante das experiências da relação vida e morte. Sendo contextualizada na problemática de uma melhor expectativa e aprimoramento da qualidade de vida.

PALAVRAS-CHAVES: SAÚDE, QUALIDADE DE VIDA, HERMNÊUTICA, GADAMER.

RESUMEN

La actual investigación se ocupa de la reflexión que implica el derecho a al salud, relacionada con los misterios que implican el tema. Así, busca a través de la reflexión de Hans Gadamer, en la perspectiva hermenéutica partiendo de los cuidados relacionados con su teoría, técnica y práctica, vista delante del arte de curar y frente las experiencias de la relación vida y muerte. Siendo contextual izada en el problema de una mejor expectativa y perfeccionismo de la calidad de vida.

PALAVRAS-CHAVES: SALUD, QUALITY DE LA VIDA, HERMNÊUNTICA, GADAMER.

* Liton Lanes Pilau Sobrinho. Doutorando em Direito pela UNISINOS, Mestre em Direito pela UNISC, Coordenador de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UPF, Membro do Comitê de Ética da UPF, Membro do Círculo Constitucional Euro-Americano, Professor da Graduação e Pós-Graduação. Líder do Grupo de Pesquisa Constituição e Política, Ambiente, Saúde e Comunicação. Bosista da CAPES.

INTRODUÇÃO

O presente texto trata do grande mistério que existe acerca da saúde, onde pode-se perceber toda sua complexidade, quer seja nas medidas paliativas, que combatem a doença, podendo até mesmo conseguir a cura. Por outro lado, deve utilizar medidas que possibilitem a sua promoção e prevenção, para que alcancemos uma melhor qualidade de vida e conseqüentemente uma maior expectativa de vida, de acordo com as reflexões propostas por Gadamer.

1. O Mistério da Saúde: o cuidado da saúde

Primeiramente devemos dar o conceito de saúde, deve-se aludir ao Preâmbulo da Organização Mundial da Saúde (1948), que a define como : "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou outros agravos". Verifica-se que deve existir uma qualidade para o equilíbrio interno do homem com o meio ambiente, esta definição da OMS também, integra um conceito positivo e outro negativo, onde o primeiro trata da promoção do bem-estar e o segundo da ausência de enfermidade. Neste sentido cabe destacar a posição de ROEMER a respeito:

> Esos dos factores – el desarollo econômico y el progresso de la ciencia – posibilitaran la consecusión de la meta formulada en el artículo 1º de la Constitución de La Organización Mundial de la Salud(OMS): "alcanzar para todos los publos el grado más alto posible de salud". Conforme a la orientación de la

> OMS, la salud se define en su sentido más amplio y se tiene en cuenta todos los factores, así como el medio fisico y social, que influyen en la salud y el bienestar.[1]

Pode-se afirmar ainda que o desenvolvimento econômico, estimula a sociedade a alargar o alcance da saúde aos cidadãos aumentando com isso a responsabilidade da sociedade em relação à saúde, de outro lado está o avanço tecnológico da ciência onde consegue diagnosticar e prevenir as enfermidades.

Sob o ponto de vista da Constituição Federal de 1988, cabe ao Estado a promoção da justiça social, ou seja, dar condições igualitárias aos cidadãos para que possam ter no trabalho o bem-estar pleno de uma vida digna, promovendo assim a justiça social. Teria que ser o principal objetivo do governo combater essas desigualdades que culminam com a miséria da população. A perspectiva da normatividade constitucional brasileira no tocante à saúde, está apontada no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, indicando a saúde, já inserida no âmbito dos direitos sociais:

> A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (CF/88)

O texto constitucional de 1988 expressa que a saúde é um direito de todos, sem qualquer distinção e os prestadores de serviço de saúde não podem negar atendimento a ninguém. Cabendo ao Estado a responsabilidade pelo financiamento da saúde pública, traçando políticas públicas de saúde que visem não somente à cura de doenças mas também à prevenção e à promoção da mesma.

[1] ROEMER, Américo. *La salud publica.* México: ed. Manual moderno. 1989, p.21.

Assim, partirmos para análise dos cuidados da saúde que perpassam, para análise dos seus mistérios segundo o posicionamento de Gadamer, “em um grande interesse hermenêutico [...] a saúde não é algo que se possa fazer”. [2] Então, pergunta-se: o que é ela afinal? A problemática envolvida nessa questão é muito paradoxal, partindo dos cuidados relativos a sua teoria, técnica e prática, vislumbrada diante da arte de curar e objetivada diante das experiências da relação vida e morte. A questão é muito complexa, sendo contextualizada na problemática de uma melhor expectativa e aprimoramento da qualidade de vida.

O que será isso? Estão envolvidos vários atores sociais: de um lado, a ganância dos laboratórios em lançar no mercado vários produtos para dar uma sobrevida às pessoas, mas a que preço? De outro lado, o Estado, como meio e agente com condição de estabelecer limites ao capital, para que a sociedade tenha o acesso às novas tecnologias que lhe garantirão uma melhor expectativa e qualidade de vida.

Ao encontro vem à explanação de Gadamer diante da problemática dos cuidados da saúde, trazendo como condição uma relação entre a ciência e a prática: “[...] ciência não é um conhecimento concluído e, por isso, não se lhe pode chamar ‘doutrina’; é apenas um estado momentâneo da ‘investigação’”.[3] Nesse sentido, Gadamer afirma:

[2] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.9.
[3] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.14.

> A ciência possibilita um conhecimento orientado para o poder fazer, um domínio da natureza fundado no seu conhecimento, quer dizer, uma técnica, e esta não é, exactamente, uma prática, porque não é um saber que se obtenha através de uma soma de experiências surgidas da prática de uma situação da vida e das circunstâncias da acção, mas é antes um saber que tem uma relação específica e nova com a prática, a saber, a da aplicação construtiva, e que apenas graças a ela se torna possível.[4]

Assim, busca-se o posicionamento de que a ciência seja um possibilitador de conhecimento, sendo através da prática demonstrado. Não advindo, porém, somente através da prática, em si, uma nova possibilidade de se fazer, sem, contudo, se ter o domínio da ciência, ou seja, como condicionador de possibilidade. Diante disso, devem-se aliar a esse posicionamento da ciência outros três elementos, que lhe darão condição de possibilidade para abrir clareiras. Faz-se necessário aqui utilizar termo proposto por Heiddeger:

> *Aletheia* é o termo grego para "verdade" (...) "desocultação" (...) *Alethes* significa:
> 1.Desvelado [entborgem], dito dos entes,
> 2. compreender o desvelado comotal, ser que desvela. Mas entes etc. são genuinamente desvelados; e não apenas concordam com uma asserção ou representação.
> 3.A verdade pressupõe explicitamente velamento ou encobrimento.
> O *Dasein* decadente interpreta mal as coisas. "A não-verdade não é pura "falsidade", nem é "encobrimento": é "o disfarce [Verstellteheit]" da verdade. Mais tarde "não-verdade" continua sendo, não "falsidade", mas sim "encobrir, velar [Verbergung]". O que vela, porém, não é mais o homem, mas o ser.[5]

O mistério da saúde necessita ser desvelado, clareado, mas para isso, certas condições far-se-ão indispensáveis. Necessita-se, pois, observar os avanços da experiência científica, relatados por Gadamer:

[4] GADAMER *apud* CROCE, Op.cit.p,24.
[5] INWOOD, Michael. *Dicionário de Heiddeger.* Tradução: Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: ed.Jorge Zahar. 2002. p. 4-5.

> A experiência cientifica ocupa aqui um lugar diferente. Tudo o que se pode considerar como experiência garantida pelo método cientifico caracteriza-se pela sua fundamental independência de qualquer situação prática e de qualquer integração num contexto de acção. Esta "objectividade" significa, simultaneamente, que pode estar ao serviço de qualquer contexto de ação.[...] alcançou sua expressão máxima, de maneira específica, na ciência moderna e transformou amplos setores da Terra num mundo humano artificial.[6]

A partir da experiência científica podem-se conceber todos os avanços e retrocessos da humanidade; logo, deve-se ter cuidado ao se lidar com ela. Ao mesmo tempo em que é uma condição de possibilidade, poderá ser uma possibilidade destruidora. A preocupação central é em relação aos limites advindos das experimentações científicas. O maior avanço da evolução experimental ocorreu durante a *II Guerras Mundial*, quando não se respeitavam limites éticos em relação às experimentações com seres humanos. Como exemplo, os nazistas utilizavam várias técnicas sub-humanas e cruéis em suas experiências, para obter nem sempre resultados exitosos e, que dirá, satisfatórios. Isso, sem falar na discriminação que ocorreu em relação à dignidade da pessoa humana. Nessa época, não havia limites e vivia-se sob a égide da barbárie, num estado de terror, em trevas. Certamente, obtiveram-se grandes avanços tecnológicos, por outro lado, o custo foi muito alto, pois foi pago com vidas humanas. Portanto, o grande mistério que cerca a saúde perpassa por momentos nebulosos, obscuros, mas também por momentos cristalinos.

[6] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.12.

Por outro lado, "[...] à ciência, demonstra problemas evidentes, de importância crescente, e tem de defendê-los perante a consciência pública, pois a população já se tornou consciente dos efeitos da civilização técnica"[7]. Esses efeitos não podem deixar a sociedade refém ou conduzi-la à "cegueira emocional com que a opinião pública costuma reagir a estes fenômenos, no sentido da crítica da cultura."[8] Tem-se uma relação de avanço e retrocesso, principalmente quando se quer limitar os avanços dos experimentos na área da saúde, os quais nem sempre justificam os meios e técnicas utilizadas para se obter o fim. Por outro lado, o retrocesso seria barrar por completo as experimentações científicas. Para isso, é de fundamental importância o ente Estado, como limitador e regulador das condições de possibilidade. Não se fala de uma questão de procedimento de seleção, ou seja, para que servirão esses avanços: para velar ou desvelar a saúde? A problemática é mais paradoxal com os avanços da engenharia genética, com o que se tem a possibilidade de ter uma expectativa de vida maior, contudo desperta grande discussão sobre o acesso a esses meios. Por isso, o Estado é o elemento primordial para estabelecer essa mediação entre: Laboratórios farmacêuticos e Sociedade, o mistério da saúde, não deverá ser um possibilitador de acesso universal das informações e condições dos avanços da engenharia genética. Assim, pode-se trabalhar a seguinte conceituação:

> De informação utilizada pela informática não serve para descrever o procedimento de seleção através do qual uma informação se torna eloqüente. As informações em que o profissional baseia o seu poder-fazer já foram elaboradas "hermeneuticamente", quer dizer, já foram limitadas ao que devem responder, por isso é o que se pergunta. Eis um elemento hermenêutico estrutural de toda a

[7] Idem. p.16.

[8] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993.

> investigação. Estes elementos não são, em si mesmos, um conhecimento "prático". Mas tudo isso se modifica na medida em que o conhecimento prático do próprio homem se transforma em objeto da ciência. Nesse caso, já não se trata de uma ciência que escolhe o homem em si mesmo como objecto da sua investigação; tal ciência toma, antes, como o objecto o *conhecimento* do homem sobre si mesmo proporcionado pela tradição histórica e cultural.[9]

Fica claro que o homem não deve-se tornar refém da ciência e que se deve respeitar a seleção natural da vida e da morte. É claro que os objetivos da ciência estão aquém das possibilidades da condição humana, em razão do seu ideal de busca incessante pela qualidade de vida. Não podemos pagar um preço muito caro em relação a saúde, não devemos utilizar a ciência apenas para resolver problemas relativos ao ego do ser na existência do ser-aí no mundo. "Parece-me muito eloqüente o fato de que na progressiva civilização técnica dos nossos dias tenha de ter sido inventada a expressão "qualidade de vida", que pretende descrever o que, entretanto, se sofreu".[10] Fica-se, pois, diante do dilema: como cada homem deve conduzir sua própria vida? "[...] marcado pela ciência; é um tema originário que surge igualmente onde o cuidado da saúde é regido por ritos religiosos, dominados por certas figuras e grupos sociais importantes, como por exemplo, as curandeiras e os curandeiros".[11] Isso determinou a humanidade em todos seus tempos, não se limitando apenas à relação saúde-doença.

[9] Idem. p.35.

[10] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.102.
[11] Idem. P,104.

2.Experiências Médicas

As experiências científicas das relações medicas seguem a orientação de subjugação dos fenômenos relativos à doença. Essas relações das práticas médicas aliadas às possibilidades que as experiências fornecem tentam dominar a doença. Gadamer relata:

> A ciência moderna, por meio da experimentação, forca a natureza a dar-lhe respostas. A natureza é como que torturada. Eis uma herança do grande impulso do século XVII, que lutava por se libertar de preconceitos herdados e por patentear, em todas as direções, novas experiências.[12]

Esse é um legado herdado até hoje pela natureza, sendo a condição humana perquirida na luta constante de encontrar a cura da doença. “Seria bom ter isso em conta: não é por acaso que a palavra “totalidade” *[Ganzheit]*, hoje de uso tão corrente, é muito recente.”[13] De tal modo que,

> ainda não figurava dos dicionários do século XIX. Teve, primeiro, de se impor de tal modo, na medicina, o pensamento metódico da ciência matemático-experimental que daí surgiu a perplexidade em pleno labirinto das especialidades e a perda da orientação para a totalidade. Todos nos encontramos sob o impulso de nossa própria autocerteza e certificação metódica, ligada à cientificidade e à objetividade. Não se trata agora de virarmos as costas a lei. Espero que encontrando-nos aqui reunidos, todos lidamos com uma tarefa que abarca sob o mote da “totalidade” quem quer que tome a sério a ciência. Este lema é válido para qualquer médico, para qualquer paciente e, mais ainda, para todos os que não desejam ser pacientes – quer dizer para nos também.[14]

[12] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde:* o cuidado da saúde e a arte da medicina. Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.103.
[13] Idem. P.103.
[14] Ibidem. P.103.

É lamentável dizer que o avanço da engenharia genética se deu em relação ao insucesso da implementação de um *Welfare State,* no cuidado geral da saúde e na prevenção de doenças. “Resumindo: o conceito de ‘totalidade’ é uma expressão inteligente que, devido ao seu contra-conceito, o de ‘especialização’, se tornou necessário e significativo. A especialização é uma tendência irrefreável da ciência moderna e de todos seus procedimentos.”[15] Todas as formas de ciências se fazem necessárias diante da complexidade dos mistérios da saúde, devendo haver a sua interdisciplinaridade. Coloca-se, assim, da necessidade de se enfrentar a saúde, conforme Gadamer:

> A saúde não chama a atenção por si mesma. Podem, decerto, estabelecer-se valores padronizados para a saúde. Mas pretende-se impor a um indivíduo saudável esses valores padronizados, só conseguiríamos adoecê-lo. É parte essencial da saúde manter-se a si mesma na sua medida própria. Não permite que se lhe imponham valores padronizados, com base em certas medidas obtidas de diferentes experiências tal imposição seria inadequada para o caso individual. [16]

Nessa linha de pensamento existem outros fatores envolvidos para estabelecer valores padronizados para a saúde, devendo permanecer dentro de seu próprio limite, ou tornar-se-á inadequada. “Utilizei ‘inadequado’, para tomarmos consciência de que a aplicação de regras com base em valores de medição não é algo natural”.[17] Gadamer utiliza a expressão no seguinte sentido: “os seus padrões e os respectivos procedimentos servem-se de uma convenção em virtude da qual nos aproximamos das coisas e as submetemos à

[15] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde:* o cuidado da saúde e a arte da medicina. Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.103.
[16] Idem, p. 104.
[17] Ibidem. p. 104

mensuração. Mas há a medida natural que as coisas possuem em si mesmas."[18] A partir de então, Gadamer utiliza-se da correlação do termo medição e saúde, dizendo:

> Se a saúde não pode medir-se é, na realidade, porque se trata de um estado de convivência interna e de concordância consigo mesmo, que não pode submeter-se a outro tipo de controlo. Por isso, tem sentido perguntar ao paciente se se sente doente. Tem-se a impressão que na capacidade do grande médico intervêm fatores de sua mais intima experiência de vida. Não é apenas o progresso cientifico da medicina clínica ou a introdução de métodos químicos na biologia dos fatores que faz o grande médico.[19]

É através dos avanços da engenharia genética que os profissionais da saúde têm novas alternativas para curar, com ampliação para os limites da ajuda médica. A arte da saúde não prevê somente o combate à doença, mas também o seu cuidado, através da promoção e prevenção. Na relação saúde doença, o que está em jogo é a vida, e o profissional da saúde será o meio de condição de possibilidade, para que seja combatida a doença, consistindo em fazer algo. Contudo, essa arte da medicina é que possibilitará promover o tratamento devido,

> Ao falar do tratamento, procura deixar claro o que efetivamente se exige do médico. Desde logo, tratar não significa dominar a vida de um homem. "Dominar algo" é por ventura uma das expressões favoritas do mundo moderno: por exemplo, fala-se de dominar uma língua estrangeira ou, na medicina moderna, de dominar uma doença. A expressão é sem dúvida, correta; mas sempre com uma limitação. Os limites estão em toda a parte. Temos razão, Por certo, quando, após realizarmos algo conforme as regras, afirmamos: "Isto já sabemos". No entanto, em definitivo, trata-se de algo mais; não apenas de um caso de doença. Não é, pois,

[18] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde:* o cuidado da saúde e a arte da medicina. Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.103.
[19] Idem, p. 105.

> nada cômico-e é assaz horrível- que, ao entrar numa clínica, percamos o nosso honrado nome e recebemos em troca um número. Tal tem a sua lógica: é necessário que sejamos encaminhados para um determinado serviço, pois vai-se à clínica para uma consulta. Finalmente, acabamos por saber que se trata de um "caso de algo". [20]

Todas essa indagações a respeito do mistério que perpassam as experiências que se vive como doente, ou seja, nosso próprio mistério, chega-se à conclusão de que "a saúde se encontra sempre dentro de um horizonte de perturbações e ameaças".[21] Assim, Gadamer chega a dizer que

> o filósofo tem sempre a tarefa de afastar das coisas concretas e de, no entanto, trazer a consciência o que, por fim, esclareça algo. Por isso, pode aqui ter ficado claro até que o ponto tratamento médico esta ligado ao tema da totalidade. Não se trata da simples coincidência de causa e efeito, de intervenção e êxito, mas de uma harmonia oculta, cuja recuperação é o que importa e na qual radicam, em definitivo, o milagre da convalescência e o mistério da saúde. Tal harmonia significa segurança. (...) Apenas se pode estar contra a natureza quando se é natureza e quando a natureza está em nós. Nunca devemos, pois, esquecer que o doente e o médico devem estar de acordo em conceder a honra à natureza de cada vez que se consegue uma cura.[22]

Através dessa interpretação do papel do filósofo, pelo esclarecimento de algo, fica clara a relação do tratamento da saúde ligada à totalidade. Não se trata de algo isoladamente, devendo ser observado todo o meio que se relaciona nessa interação. "A hermenêutica não é, por conseguinte, uma metodologia das ciências humanas, mas uma tentativa de compreender o que as ciências humanas são na verdade, para além da sua auto-

[20] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde:* o cuidado da saúde e a arte da medicina. Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.103.
[21] Idem, p. 107.
[22] Ibidem, p. 111.

consciência metodológica, e o que às liga a totalidade da nossa experiência no mundo."[23]

Por conseguinte,

> não pretendi remotamente negar a necessidade de uma obra metodológica no seio das ciências humanas (Geisteswissenchaften). Nem me propus reavivar a velha disputa sobre método entre as ciências naturais e humanas (...) A questão que levantei procura descobrir e trazer ã consciência algo que não tanto confia ou limita a ciência moderna quanto precede e a torna possível. [24]

O posicionamento de Gadamer traz a posição, com seus elementos de convicção, no sentido de descobrir que são verdadeiramente as ciências humanas que desvelam o tipo de discernimento e o tipo de verdade que se pode encontrar nelas.

> A arte da compreensão, chamada hermenêutica, lida com o elemento indiscernível da economia mental e espiritual do homem. Em séculos anteriores, o termo hermenêutica, essa douta palavra grega, utilizou-se para o conhecimento do homem, quando se começou a tomar consciência dos limites que a nova ciência surgidas nos séculos XVII e XVII impunha e quando, na época de Goethe e do Romantismo, se reconheceu o profundo enigma que cada homem é para si mesmo e para os outros. (...) a arte da compreensão desempenha um importante papel em muitos domínios da ciência. Já se falou da sua importância para cura de almas, para a interpretação da Bíblia e para a jurisprudência e sua interpretação das leis. Ela intervém em toda parte não não basta a simples aplicação de regras, e isto vale para todo âmbito da experiência da convivência humana. Pode acontecer que nós mesmos não nos compreendemos a nós mesmos ou deixamos de entender-nos a nós e aos outros.[25]

[23] GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método.* Rio de Janeiro: ed. Vozes. 1997, p.34.
[24] Idem, p.14.
[25] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.103.

A hermenêutica é a arte da interpretação, podendo ser aplicada a qualquer meio diante da diversidade de interpretações que se possa fazer. É, pois, "apenas uma disciplina auxiliar que cumpre a função de uma importante ferramenta metodológica para todas as ciências. Penetra até o mais íntimo da filosofia, que não é apenas pensamento lógico e investigação metodológica, mas sempre persegue uma lógica do diálogo."[26] Como entra no íntimo da filosofia, perseguindo a lógica do diálogo, é a hermenêutica que traz consigo a condição necessária para se obter a compreensão, que só é possível no momento da sua interação com o meio. Cabe, assim, terminar com as exposições finalísticas da obra referida de Gadamer, segundo o exemplo explanado:

> Conheci um famoso patologista que me disse um dia: "Quando adoeço, recorro a um clínico, meu colega (também um homem famoso) e peço-lhe que me diga o que tenho – e, em seguida, escolho um médico que me trate". Evidentemente, o próprio tratamento tem suas regras e as suas receitas. Mas num bom médico junta-se a muitos outros fatores, que transformam o tratamento numa camaradagem entre médico e paciente. O final feliz é constituído pela alta do paciente e o seu reingresso no círculo habitual da sua vida. Quando se trata de doenças crônicas ou de casos desesperados, que não permitem aguardar cura alguma, resta sempre o recurso de aliviar o sofrimento. Torna-se assim ainda mais importante o papel desses fatores não objetiváveis. Problemas terríveis pesam sobre o médico, sobretudo no tocante à chamada preparação para a morte. Em que medida pode o médico atenuar o sofrimento quando, juntamente com as dores, elimina também a personalidade, a sua vida de livre responsabilidade e sua morte? Uma vez mais, a reflexão sobre o papel hermenêutico dentro da psiquiatria nos levou muito para além dos limites desta grande especialidade. Ainda do ponto de vista médico, é impossível negar a unidade psicofísica do homem. Será realmente um erro que um grupo de psiquiatras tome consciência da universalidade da hermenêutica? Percebe então que o âmbito de seu saber não é uma ampla especialidade da ciência e das artes médicas, cuja crescente potência admiramos. Compreende então que o limite, aparentemente inerente à especialização, na realidade não existe. "Afinal não é uma parte, mas o todo da existência corpórea do homem. Aristóteles sabia-o. A alma é a vitalidade do corpo.[27]

[26] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.156.

[27] GADAMER, Hans-Georg. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993. p.160-161.

Percebe-se com a exemplificação proposta em Gadamer que a hermenêutica não se restringe à especificidade, mas permite, num âmbito global, ser aplicada a problemática dos mistérios da saúde. Ela vai muito além dos limites estabelecidos pelas ciências humanas. A relação saúde-doença é muito mais complexa do que parece, ou seja, não é a ausência nem a presença da doença. Diante disso, percebe-se que o problema maior está diante da ganância das indústrias farmacêuticas em lançar no mercado medicamentos que não conseguem a cura em sua totalidade, mas acarretam apenas o retardo da doença. Assim, tem-se uma dualidade de obtenção de cura, mas na contramão do acesso universal da sociedade aos meios de assistência dos cuidados básicos, pela fragilidade do Estado de garantir as condições mínimas de prestação dos serviços de saúde que façam a promoção, prevenção e precaução da saúde. Deve-se observar que "[...]comprender é um processo de história[28][...]", e nossa história demonstra que a política (des)compreende este processo de acordo com a conveniência e consciência popular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mistério da saúde, não envolve apenas a ausência da doença e sim sua plenitude, ou seja, desde a atenção a sua promoção, prevenção e cura, estamos diante de um paradoxo onde há a necessidade de (dês)velamento deste mistério. Por isso, é que deve-se observar para o caráter da universalidade desse direito, portanto, olhamos para o acesso indistinto dos cuidados da saúde independentemente da condição econômica da população, pois não podemos deixar que a saúde seja um comércio da vida humana na mão de grandes

[28] GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. São Paulo: Vozes, 2003. pg.396.

corporação que dominam esse mercado. Assim, cabe ao povo cobrar dos gestores políticos uma mudança para que efetivamente ocorra a universalidade da saúde.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFIACA

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. São Paulo: Vozes, 2003. pg.396.

___. *O Mistério da Saúde: O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina.* Ed. Nova Biblioteca 70.Lisboa , 1993.

INWOOD, Michael. *Dicionário de Heiddeger*. Tradução: Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: ed.Jorge Zahar. 2002. p. 4-5.

ROEMER, Américo. *La salud publica.* México: ed. Manual moderno. 1989, p.21.

A NOÇÃO CONTEMPORANEA DE CIDADANIA COMO PRÉ-COMPREENSÃO PARA A MATERIALIZAÇÃO DOS VALORES ÉTICO-JURIDICOS FUNDAMENTAIS.

Luzinara Scarpe Morgan*

RESUMO

A possibilidade de materialização das necessidades essenciais de solidariedade e reciprocidade humana reclamada por nossa era e formalizada pelos diversos documentos internacionais de direitos e deveres humanos fincou raízes numa renovada forma de pensar a cidadania individual e grupal, tanto na esfera social restrita de pequenos aglomerados como no âmbito da comunidade planetária. Inserindo-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, insta redefini-la dentro do paradigma contemporâneo posto pela valorização suprema dos direitos fundamentais numa sociedade redesenhada, aberta, humanística e de nível planetário. Este desafio, contudo, requer a resignificação dos parâmetros educacionais no sentido da recolocação do homem no meio social como responsável eticamente por si e pelos demais, numa ótica comum de vitimas e criadores do devido respeito à alteridade humana, fundada na razão e na consciência inerentes a natureza humana e preconizadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVES: CIDADANIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS, EDUCAÇÃO, SOCIEDADE CONTEMPORANEA

ABSTRACT

The possibility of materialization of the essential necessities of solidarity and reciprocity human being complained for our age and legalized by diverse international documents of rights and human duties roots in one renewed form to think the individual and group citizenship, as much in the restricted social sphere of small accumulations as in the scope of the planetary community. Inserting itself as one of the beddings of the Democratic State of Right, it urges to define it of the paradigm inside contemporary rank for the supreme valuation of the basic rights in a redesigned, opened, humanistic society and of planetary level. This challenge, however, first requires the new meaning of the educational parameters in the direction of the replacement of the man in the social environment as responsible for itself and excessively, in a common optics of victims and creators which had it respect the human, being established in the reason and the

* Mestranda em Políticas Públicas e Processo da Faculdade de Direito de Campos, integrante do Grupo de Pesquisa Institucional sobre Direitos Humanos e membro do PROCAD.

conscience inherent the nature human being and praised by the Universal Declaration them Right Human beings.

KEYWORDS: CITIZENSHIP, RIGHT BASIC, EDUCATION, SOCIETY CONTEMPORARY

INTRODUÇÃO

O individuo gradativamente situado como sujeito de direito internacional imprime na concepção hodierna de cidadania uma nova face, fruto da noção cumulativa histórica das relações do homem com o Estado e dos homens entre si como titulares de direitos e devedores de obrigações oriundas do viver em sociedade sob a governabilidade de um ente estatal. Desta feita, o retorno da reflexão sobre cidadania surge como premissa básica no sentido de equacionar as dificuldades contidas nas regiões limítrofes ocupadas pelos valores jurídico-existenciais fundamentais e supremos para a convivência humana.

O tema da cidadania possui em sua idéia uma extensão e uma abertura interdisciplinar reveladora de uma multiplicidade de dimensões no campo da existência política, relação dialética que devidamente equacionada permitirá o acesso à superação de contradições e perplexidades que cercam a temática dos valores fundamentais como a liberdade, a justiça social, a igualdade e a solidariedade. As marcas principais que caracterizam a transição do século XX para o XXI clamam por redefinições e recolocações de velhos temas nesta “era dos direitos”, tornando-se inadiável interligar a analise sociológica da cidadania com a jurídica, em busca da construção ética e humanística dos direitos fundamentais do homem na esfera pratica.

Se a síntese do conceito de cidadania resume-se em pertencer a uma comunidade que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, e se a cidadania já não está unicamente ligada à cidade nem ao Estado, mas se afirma também no espaço internacional e supranacional, apenas podemos alcançá-la em seu pleno teor constituindo-a de seu sentido ontológico.

Hoje a ética não cabe mais dentro de uma disciplina normativa, a semelhança de código a reunir em si séries de prescrições e proibições explicitas como “faze isto”,

"evita aquilo", porém as regras, prescrições, interdições, que fazem parte dos códigos vigentes nacionais e internacionais não figuram como fins em si mesmas, mas meios em vista do grande objetivo que imaniza a existência: a realização profunda do nosso desejo de ser. E nesse sentido, resultando na conseqüente construção sólida e robusta de sujeitos autônomos e responsáveis na dimensão pessoal e grupal, no âmbito nacional e internacional, respeitando o *ethos* da razão e da consciência plena do eu pessoal e do mundo que o cerca.

1 O NOVO DESENHO DA SOCIEDADE

Uma nova sociedade se desenha a partir de 1945, fato que levou a humanidade a uma nova reflexão, a uma nova ideologia. Não se trata de imposição de regras, a sociedade está evoluindo. Hoje os direitos humanos se positivam na esfera internacional através das declarações de direitos da ONU e outras, e além da dimensão local e nacional ganham a mundial, o que coloca novas dificuldades para o exame das regiões limítrofes referentes aos valores que foram elevados à categoria legal de supremos e fundamentais para a materialização dos direitos existenciais e para a sobrevivência da humanidade.

Autores da mesma linha de Cançado Trindade consideram o homem como sujeito de direito internacional, haja vista tal concepção alargar e intensificar a qualidade humana, posicionamento este compatível com o caráter pedagógico dos direitos humanos, fator que influencia diretamente na construção da valorização humana. Falar em valorização humana requer, na sua relação com a cidadania contemporânea, a leitura pessoal e social de que a cidadania é multidimencional, afetando a condição humana nos seus vários aspectos, notadamente temporal, espacial, bilateral e processual.[1]

O conceito hodierno de cidadania, em suma, compreende os direitos fundamentais, os políticos, os sociais e econômicos e os difusos em constante tensão com as idéias de liberdade, de justiça política, social e econômica, de igualdade de chances e de resultados, e de solidariedade, a que se vinculam.[2]. O conteúdo da

[1] TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimencional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo lobo (Org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 256.
[2] Idem, ibid., p. 258.

cidadania compreende, então, todos esses direitos como valores e dados existenciais, no sentido da inviabilidade da materialização deles ausente, a priori, as condições mínimas exigidas para que possam florescer. Por exemplo, de nada adianta ser titular de liberdade de expressão se não se possui a educação mínima para a manifestação de idéias.[3]

A sociedade que se desenha abre espaço para a essencial reflexão acerca do problema ético da responsabilidade pessoal e social, precisamente no terreno da ação, onde o homem se põe à prova como um eu pessoal convocado a tomar consciência de si e de seu mundo, na comunicação intersubjetiva numa comunidade, onde nossos projetos se unem a necessidades reais no esforço de suplantar as alienações que se tecem ao nosso redor.[4] O homem histórico passado assim pela pedagogia da lei, a sua liberdade interior foi gradativamente plasmando em direção aos valores apontados por ela, quebrando assim todo o automatismo moral para se projetar no campo da autentica criatividade ética.[5]

Entre os direitos conscientizados historicamente através das lutas políticas, o direito de solidariedade, versão secularizada do valor fraternidade, emerge como lema de nossa era, reforçado pelas necessidades comuns da humanidade e por uma crise homogenia que, em última instancia parece configurar-se como uma crise de percepção. O progresso moral[6] da humanidade se mostra, contudo, na intencionalidade emanada do conteúdo dos preceitos legais humanitários e cada vez mais a palavra solidariedade faz parte da nossa linguagem cotidiana. Grupos os mais diversos usam esta palavra como um conceito-chave para as mais diferentes propostas de solução dos problemas sociais e ecológicos.[7] Porém, o valor universal da solidariedade como atitude ou questão ética

[3] Id, ibid., p. 262.
[4] NOGUEIRA, João Carlos. Ética e responsabilidade pessoal. In: MORAIS, Regis (Org.). *Filosofia, Educação e Sociedade.* Campinas: Papirus, 1989, p. 13.
[5] Id, ibid., p. 20.
[6] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 54. A percepção de Bobbio sobre o alcance de um progresso moral pela humanidade parte do ponto de vista de uma ética racional, que é habitualmente designada com a expressão "consciência moral". É algo relacionado com a formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indigência, de penúria, de miséria, ou, mais geralmente, de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo, bem como ao sentimento da insuportabilidade de tal estado, do que resulta a exigência de sair de tal condição. Aqui a cidadania insere-se, a meu ver, como uma condição problemática a reclamar urgência na sua resolução para o real abandono de tal estado.
[7] ASSMANN, Hugo e SUNG, Jung Mo. *Competência e sensibilidade solidária*. Petrópolis: Vozes, 2001, p.74.

nasce da sensibilidade e percepção individual e geral da interdependência humana como um fato, uma necessidade para a vida da e na sociedade.[8]

Seguindo essa linha de raciocínio, constata-se que a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito, inscrita no inciso II do Art. 1º da Constituição Federal de 1988 adquire renovado sentido no que se refere ao seu alcance normativo. Questões de fundo político e filosófico devem nutrir quaisquer diagnostico social sobre as reais possibilidades de um povo exercer seus direitos e cumprir suas obrigações cidadãs de modo autônomo e com consciência plena de suas responsabilidades pessoais e grupais. Em contrapartida, o sentido pleno da cidadania reclama hoje a compreensão e o reconhecimento da importância da interdependência humana como um fato e da coesão social como conseqüência.[9] O tecido social só se fortalecerá tendo a solidariedade como um valor indispensável e entrelaçado, condição para a própria subsistência e a de todo o grupo.

A sociedade que se desenha exige de seus membros, finalmente, o sentimento de uma nova ordem pública mundial, e um empreendimento dessa natureza reclama um recomeço educacional, para que além saber-se cidadão o sujeito se sinta realmente responsável e parte da comunidade universal.

Comenta sobre a questão Adela Cortina:

> " Por eso con la solidaridad conviene llevar cuidado, ya que sólo es un valor moral cuando no es solidaridad grupal, alérgica a la universalidad, sino solidaridad universal, es decir, cuando las personas actúan pensando no sólo en el interés particular de los miembros de un grupo, sino también de todos los afectados por las acciones del grupo."[10]

Decerto, intui-se que, para construir a necessária postura renovada, fruto do novo sujeito de direito internacional, urge romper com determinadas barreiras de ordem político-ideológicas, com vistas a desconstruir estruturas que funcionam contra a natureza criadora do homem. Tais estruturas não permitem que o homem seja sujeito histórico, mas permaneça refém de apelos postos pelo sistema que o conforma como individuo dócil e cooperante com o *status quo.*

[8] Id, ibid., p. 75.
[9] Id, ibid., p. 79.
[10] CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo – hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza, 1997, p. 244.

Nessa seara, o papel transformador pertence à educação crítica e progressista para a cidadania, como veremos oportunamente.

2 SUJEITOS HISTÓRICOS E RESPONSABILIDADE CIDADÃ.

Podemos dizer que hoje os principais temas que cercam a nova ordem pública local e global, como por exemplo, a liberdade, a igualdade, o respeito, a solidariedade e o diálogo necessitam passar pelo caminho da resignificação, para que surja em conjunto a noção contemporânea de cidadania transmudada em atitudes cotidianas. De outro modo podemos dizer que a condição cidadã forjada pela ordem contemporânea exige ter como moldura motivações viscerais das pessoas por responsabilizar-se pelo destino da comunidade a que elas pertencem.

> "la ciudadanía, como toda propiedad humana, es el resultado de un quehacer, la ganancia de un proceso que empieza con la educación formal (escuela) e informal (familia, amigos, medios de comunicación, ambiente social). Porque se aprende a ser ciudadano, como a tantas otras cosas, pero no por la repetición de la ley ajena y por el látigo, sino llegando al más profundo ser sí mismo".[11]

A construção de sujeitos históricos com responsabilidades cidadãs, em contraposição a uma cidadania de papel[12] - pois que afastada na prática dos conteúdos dos estatutos legais – exige participações reais e significativas. Nestes termos expõe Adela Cortina que "lo que importa, pues, no es tanto caracterizar al ciudadano verbalmente por su participación en los asuntos públicos, como poner en la práctica las condiciones para que esa participación sea significativa".[13]

Insta, desse modo, a tentativa de esclarecimento sobre a necessária distinção, mesmo que resumidamente, entre os entes sujeitos históricos e indivíduos dóceis. Lançarei mão da perspectiva elaborada pelo prof. Castor Ruiz por manter conexão direta com a proposta renovada da cidadania contemporânea e sua interface com a construção de co-responsabilidades sociais.

---

[11] Id, ibid., p. 37-38.
[12] DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel.* São Paulo: Atica, 2000.
[13] Id, ibid., p. 53.

Numa primeira confrontação o prof. Castor Ruiz recoloca o tema da identidade como elemento que tem o poder de tramar o modo de ser do sujeito. Ela pode sujeitá-lo a um modo social determinado ou possibilitar sua auto-afirmação e autonomia.[14] Partindo desse pressuposto, expõe que a regra geral que impera no modelo social reduz-se à produção de identidades cooperantes com o sistema estrutural que os modelaram, caracterizando tais identidades como portadoras de subjetividades flexíveis. São flexíveis porque produzidas pelo adestramento do individuo que, no seu processo identitário, se auto-afirma à medida que se adapta funcionalmente aos imperativos requeridos pelas instituições.[15]

Ora, esta problemática situacional inserida num processo cíclico anti-cidadania e anti-democrático acaba por impedir na raiz a construção de sujeitos responsáveis por suas próprias escolhas e práticas como pessoa livre.

De forma mais minuciosa esclarece o autor:

> " Como esclarecimento inicial devemos demarcar uma diferença importante entre a identidade do individuo e a identidade do sujeito. O individuo se sujeita flexivelmente (docilmente) aos referenciais externos elaborados pelo modelo social que configura sua identidade e adapta sua prática aos objetivos do sistema. O sujeito, diferentemente, constrói seus próprios referenciais (simbólicos) para autodefinir-se como pessoa, o que lhe possibilita direcionar sua prática de modo autônomo. O individuo assume uma pratica cooperante com as estruturas que o modelaram, ao passo que o sujeito cria suas próprias praticas, direcionadas segundo o universo simbólico por ele constituído. O individuo é livre para escolher entre uma diversidade de opções postas para ele, mas não por ele. O sujeito cria sua opção de ser pessoa e seu modo de entender a sociedade".[16]

Resta objetivo, dessa forma, que o exercício contemporâneo da cidadania somente se cumpre mediante transformação profunda da condição humana nos meios em que vive, seja no âmbito micro, meso ou macro dos sistemas que o cercam, haja vista que os mecanismos de poder próprios das sociedades contemporâneas procuram modelar atores sociais e evitar criar sujeitos históricos[17], detendo o direcionamento das praticas sociais dentro de uma ordem simbólica que visa o controle da produção das identidades.

---

[14] RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab) uso da tolerância na produção de subjetividades flexíveis. In: SIDEKUM (Org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Rio Grande do Sul: Unijui, 2003, p. 115.
[15] Id, ibid., p. 116.
[16] Id, ibid., p. 116.
[17] id, ibid., p. 117.

Enfim, conclui o autor esta parte da teoria:

> "Sujeitos históricos ou atores sociais? Pessoas autônomas ou indivíduos dóceis? Este é o dilema da subjetividade contemporânea, e com ele está colocada a questão fundamental em saber quais as formas de legitimação dos mecanismos do poder usadas para produzir identidades flexíveis e cooperantes".[18]

A título de complemento ao recorte teórico acima destaco dois pensamentos extraídos de um valioso material histórico recolhido de 25 de janeiro a 10 de fevereiro de 1947, espelhando a opinião de intelectuais renomados do Oriente e do Ocidente sobre os Direitos do Homem e as possibilidades reais de concretizá-los:

Mahatma Gândi, "el padre de la Índia atual", dirigiu uma carta de Nova Delhi ao Diretor da Unesco, com a sua opinião singela e humana. Considerava que "solo somos acredores del derecho a la vida quando cunplimos el deber de ciudadanos del mundo".[19]

J. Haesaert, aconselhou uma Declaração equidosa e realista."Los juristas saben perfectamente que la ley nada puede sin la costumbre".

3 A EDUCAÇÃO PARA OS VALORES HUMANOS UNIVERSAIS COMO POLITICA SOCIO-TRANFORMADORA.

Posto anteriormente que a noção contemporânea de cidadania e seu exercício pleno pressupõe rupturas político-ideológicas nas esferas micro e macro da sociedade lanço oportunamente como exemplo prático enquanto política pública a Educação em Direitos Humanos, consubstanciada no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos internacionais e nacionais afirmam o direito de todos "a educação, orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana, o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais", demandando aos atores públicos e a sociedade, a necessidade de se tratar a Educação em Direitos Humanos como questão de Política de Estado. Este Plano é resultado do trabalho do Comitê Nacional de Educação

[18] Id, ibid., p. 117.
[19] ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos Direitos dos Povos.* São Paulo: Ícone, 2000, p. 246.

em Direitos Humanos, instituído pela Portaria 66 de 17 de maio de 2003, da Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Os objetivos do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos se conduzem no sentido de atacar a raiz da crise social e pessoal que envolve o portar-se como cidadão consciente de que é titular de direitos humanos fundamentais na sociedade contemporânea. Tem como diretriz o combate à problemática de que defender direitos humanos fundamentais exige um novo olhar, um recomeço, uma transformação das tradicionais concepções de participação, de ética, valores e moral pessoal e grupal. Assim, educar para os direitos humanos é o grande desafio contemporâneo.

Os valores sócio-jurídicos universais da liberdade, igualdade, solidariedade, justiça e dignidade, que emolduram os direitos fundamentais do homem, adaptados ao paradigma posto pela nova ordem pública internacional dos direitos humanos exigem um retorno à capacidade inata do ser humano de dar-se sua própria lei de forma responsável e condizente com sua condição suprema e única. Esse é um passo decisivo e qualitativo crucial em nossa era. Sendo assim, o Plano foi criado fundamentado em alguns objetivos essenciais que se resumem em: contribuir com a construção de ma cultura voltada para o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana; atravessar valores, relações e práticas sociais e institucionais objetivando a superação das mesmas em prol da renovação dos valores humanos universais; estimular a configuração de sociedades democráticas abertas, pautadas em uma nova consciência capaz de compreender a condição do mundo humano, definindo novos caminhos para a construção da cidadania; propõe aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser a aprender a viver juntos, garantindo a participação ativa de cada um no projeto da sociedade em construção;

As linhas gerais de ação do Plano atingem a Educação Básica, Ensino Superior, Educação Não-Formal, Educação dos Profissionais dos Sistemas de Justiça e Segurança e Educação e Mídia. Os fundamentos teóricos da educação em direitos humanos se inserem numa abordagem crítica e progressista da educação, considerando que seus objetivos integram uma visão crítico-transformadora de valores, atitudes, relações, práticas sociais e institucionais.[20]

[20] ZENAIDE, Maria da Nazaré Tavares. A Educação em Direitos Humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). *Direitos Humanos: historia, teoria e prática*. João Pessoa: Editora Universitária, 2005, p. 340.

Trata-se de uma conjugação de medidas de caráter sócio-transformador fundadas na perspectiva de que não é suficiente declarar direitos, mas é preciso reconhecê-los, pois não é um fato obvio para todos os homens que eles são portadores de direitos e, por outro lado, não é um fato obvio que tais direitos devem ser reconhecidos por todos.[21]

Por esse prisma resta intuitivo que a noção contemporânea de cidadania deve ser nutrida em seus pilares conceituais pela constatação pessoal e social da interdependência humana como um fato. Neste sentido, Hugo Assmann:

> "Para muitos é estranha a idéia de que a interdependência é uma fato. A forma como a nossa vida transcorre no dia-a-dia nos leva a pensarmos que somos indivíduos ou grupos sociais autônomos e independentes. O que se passa com os/as outros/as não nos atinge e nem tem a ver conosco. E o que nós fazemos não tem nada a ver com a vida das outras pessoas. Isto é, a própria noção de interdependência de todas as pessoas na sociedade não faz parte do cotidiano de uma boa parte da população".[22]

Uma leitura atenta das diretrizes e objetivos do Plano, assim como seu mecanismo de ação conduzirá a percepção de há em seu bojo a intencionalidade de tratar a problemática da cidadania na sua raiz e nas suas causas mais profundas, pois o momento histórico se coloca propicio para tal empreendimento. Construir cidadãos com perfil responsável e autônomo exige uma adequada reflexão sobre nosso processo de aprendizagem cultural no que tange aos valores humanos fundamentais, haja vista que as relações de interdependência não são objetos físicos visíveis aos olhos e que também, fundamentalmente, nem nossos olhos e nem as nossas mentes foram treinados ou preparados para ver relações de interdependência.

Certo é que as ações do Plano constituem medidas operacionais que tem o poder de construir um alicerce cultural de resistência e de mudanças mais profundas. Ser cidadão nos dias de hoje requer a promoção incondicional dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade plenas sob o olhar da semelhança fundamental que nos transforma a todos da comunidade planetária; requer assumir o primeiro direito fundamental de ser pessoa, sujeito de sua historia e co-responsável pela historia comum dos homens, "assumindo o destino humano em suas antinomias e plenitude".[23]

---

[21] BETO, Frei. Educação em Direitos Humanos. In: ALENCAR, Chico (coord.). *Direitos mais humanos.* Rio de Janeiro: Garamound, 1998, p. 46.
[22] ASSMANN, op, cit., p. 78.
[23] MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários a Educação do Futuro.* São Paulo: Cortez, 2000, p. 106.

Nas palavras de Edgar Morin, o enfraquecimento da percepção do global conduz ao enfraquecimento da responsabilidade (cada qual tende a ser responsável apenas por sua tarefa especializada), assim como ao enfraquecimento da solidariedade (cada qual não mais sente os vínculos com seus concidadãos)[24].

CONSIRERAÇÕES FINAIS

Considerando amplamente tudo que foi comentado, pode-se dizer que os valores que compõem uma ética civilizatoria são fundamentalmente a liberdade, a igualdade, a solidariedade e o respeito, no sentido de que este "capital axiológico"[25] representado por tais valores nucleares são indispensáveis para o exercício pleno da cidadania. Trata-se de valores que os centros educacionais terão que transmitir, pois comporão os fundamentos da conduta pessoal e grupal que reformarão nossa cultura.

A concepção de liberdade transmudou-se com as construções legais supranacionais e o paradigma humanístico subjacente, lançando a cidadania definitivamente na seara da responsabilidade e ética pessoal pelo destino comum da comunidade humana. Ainda que a comunidade esteja adstrita a um espaço restrito e simples, seus membros deverão desenvolver um sentimento de pertença visceral para que, além de saberem-se cidadãos, se sintam verdadeiramente cidadãos titulares de direitos humanos internacionais munidos com a adequada perspectiva global.

Immanuel Kant realçou no pensamento moderno, que a pessoa possui o poder peculiar de retirar de si mesma suas determinações éticas e práticas estabelecidas pela sua própria razão, dirigida por comandos morais retirados de dentro de si mesmo e não de fora para dentro. Nessa distinção básica consiste a liberdade da pessoa. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo I, diz: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade". Pois bem, retira-se daí literalmente que a racionalidade humana é um indicador suficiente tanto para ser respeitado como para ser movido a respeitar os valores fundamentais ínsitos a natureza humana e a sua dignidade imanente.

---

[24] MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 40-41.
[25] CORTINA, op, cit., p. 230.

A liberdade, assim entendida, constitui o vértice para a materialização dos demais valores fundamentais provenientes daquele elemento inerente unicamente ao ser humano na condição de pessoa ou sujeito responsável por sua própria historia e pela convivência em comum na comunidade universal. A liberdade assim preconizada transmuda-se em autonomia, e exige das pessoas a necessária distinção entre ações que humanizam e ações que desumanizam, e a aprender a incorporá-las na vida cotidiana. Esta equação operacionalizada como um *modus vivendi* resultará em respeito pelos direitos fundamentais do outro, na sua alteridade, em reconhecê-lo como livre e capaz de transcender e superar as limitações do meio, tanto físicas quanto sociais.

Por fim, "conquistar la libertad como autonomía no es fácil, exige cultivo y aprendizaje, pero merece la pena embarcarse en uno y otro, porque es uno de nuestros más preciados valores, uno de los que mayor disfrute proporciona cuando se ha aprendido a degustar y que, a mayor abundamiento, puede universalizarse, siempre que e practique la solidaridad".[26]

REFERENCIAS

ALTAVILA, Jaime de. *Origem dos Direitos dos Povos.* São Paulo: Ícone, 2000.

ASSMANN, Hugo e SUNG, Jung Mo. *Competência e sensibilidade solidária*. Petrópolis: Vozes, 2001.

BETO, Frei. Educação em Direitos Humanos. In: ALENCAR, Chico (coord). *Direitos mais humanos.* Rio de Janeiro: Garamound, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo – hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza, 1997.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel.* São Paulo: Ática, 2000.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários a Educação do Futuro.* São Paulo: Cortez, 2000.

NOGUEIRA, João Carlos. Ética e responsabilidade pessoal. In: MORAIS, Regis (org.). *Filosofia, Educação e Sociedade.* Campinas: Papirus, 1989.

[26] Id, ibid., p. 237.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. O (ab) uso da tolerância na produção de subjetividades flexíveis. In: SIDEKUM, Antonio (Org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Rio Grande do Sul: Unijui, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. A Educação em Direitos Humanos. In: TOSI, Giuseppe (org.). *Direitos Humanos: historia, teoria e prática.* João Pessoa: Universitária, 2005.

ADOÇÃO DE UM MECANISMO HOMEOSTÁTICO GLOBAL COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA REVERÊNCIA PELA VIDA

Maikon Cristiano Glasenapp[*]

Ricardo Stanziola Vieira[**]

RESUMO

O Presente trabalho procura apresentar, a necessidade de adoção de um mecanismo homeostático global como princípio fundamental da reverência pela vida de Albert Schweitzer. Pretendendo-se apresentar questionamentos sobre as conseqüências de nossas próprias ações no que tange ao modo como estamos gerindo os recursos naturais. Neste sentido, o estudo ora apresentado pretende demonstrar que a degradação ambiental após a revolução tecnológica deixou de se restringir apenas a localidades específicas, demonstrando a necessidade de adoção do controle homeostático global dos recursos naturais.

PALAVRAS-CHAVES: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, MECANISMO HOMEOSTÁTICO GLOBAL , PRINCÍPIO DE REVERÊNCIA PELA VIDA , GOVERNANÇA GLOBAL

RESUMEN

El presente trabajo busca presentar, la necesidad de adopción de un mecanismo homeostático global como principio fundamental de la reverencia por la vida de Albert Schweitzer. Se pretendiendo presentar dudas sobre las consecuencias de nuestras propias acciones en lo que tange al modo como estamos dirigiendo los recursos naturales. En este sentido, el estudio pues presentado pretende demostrar que la degradación ambiental tras la revolución tecnológica dejó de restringirse los gastos sólo la localidades específicas, demostrando la necesidad de adopción del control homeostático global de los recursos naturales.

PALABRAS-LLAVES: DESARROLLO SOSTENIBLE, MECANISMO HOMEOSTÁTICO GLOBAL, PRINCIPIO DE REVERENCIA POR LA VIDA, GOBERNANZA GLOBAL

[*] Advogado. Especializando-se em Direito Empresarial e Processual pelo Centro Universitário de Jaraguá do Sul – UNERJ. Mestrando em Ciência Jurídica, linha de pesquisa Direito Internacional, Meio Ambiente e Atividade Portuária pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

[**] [1] Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente/pesquisador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, da disciplina de direito ambiental e desenvolvimento econômico.

> Que Ironia! O homem, "Rei da Criação" que por sua complexidade cerebral se encontra no topo da Pirâmide da Vida, com toda a sua capacidade intelectual, sua ciência, sua tecnologia, está se preparando para voltar a submeter-se a forças cegas e implacáveis, prepara-se para voltar ao nível de bactéria ...[2]

INTRODUÇÃO

Para apresentarmos a necessidade de criação de um mecanismo que em nível global garanta a sobrevivência, sobretudo da vida, esta, em todas as suas formas e em todas as suas manifestações, necessitamos de compreensão de quais sejam as tendências e quais as possíveis e prováveis conseqüências que estamos vivendo ou sobrevivendo.

Durante quase 99% da existência da vida humana, o homem utilizou o artesanato como uma forma de sua subsistência. No entanto, quando o homem passa a utilizar as ferramentas, os mecanismos de controle, e por fim a tecnologia, ou seja, quando o homem deixa de adaptar-se ao meio ambiente para adaptá-lo as suas necessidades, este começa um processo que alguns chamam de progresso, surgindo posteriormente à chamada Sociedade de Consumo.

Com o aparecimento deste novo sistema de sociedade que abarca em sua insensível trajetória uma forte desigualdade social, que muitos consignam em dizer ser uma "luta de classes", e que prefiro chamar de "exploração de classes", ou seja, uma classe que manda, que tortura e que mata, uma outra classe que obedece, que é torturada, e que morre nas mãos autoritárias, preconceituosas e orgulhosas de todos os tipos de tamanhos. Eduardo Galeano assevera que:

> "Quem não é prisioneiro da necessidade é prisioneiro do medo: uns não dormem por causa da ânsia de ter o que não têm, outros não dormem por causa do pânico de perder o que têm. O mundo [...] nos adestra para ver o próximo como uma ameaça e não como uma promessa, nos reduz à solidão e nos consola com drogas químicas e amigos cibernéticos. Estamos condenados a morrer a fome, a morrer de medo ou a morrer de tédio, isso se uma bala perdida não vier e abreviar nossa existência". [3]

---

[2] LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** Porto Alegre: Movimento, 1980. p. 50.

[3] GALEANO, Eduardo. **De perna pro ar: a escola do mundo ao avesso.** Tradução de Sergio Faraco. 8 ed. Porto Alegre: L&PM, 1999. p. 7-8.

Por conseguinte, parece ser cada vez mais evidente que este sistema de sociedade se tornará cada vez mais frágil e vulnerável, não somente pela irreversível calamidade que estamos sentindo e que nossos filhos sentirão, fruto do nosso atual analfabetismo ecológico, mais, sobretudo pela forma insustentável que os recursos naturais estão sendo geridos.

Se partirmos da "convicção de que a cada geração não pertence senão a custódia momentânea de um patrimônio eterno"[4] seguiremos para a compreensão de que somos, uma espécie capaz de agir de maneira racional e que seguramente poderá adotar através da sabedoria, uma conduta de ação, não contra o progresso ou a tecnologia, mas sim, a favor da sustentabilidade da vida como um todo, que só deverá ser alcançada com a busca do equilíbrio.

1. CONSEQÜÊNCIAS DE NOSSAS PRÓPRIAS AÇÕES

O presente século está se tornando um dos mais cruciais para a vida do nosso planeta. Os temores que hoje estão atormentando a espécie humana não se impõem a partir de acidentes cósmicos ou catástrofes naturais. São frutos daquilo que percebemos como conseqüências de nossas próprias ações. Como podemos observar até mesmo as gigantescas calamidades que estamos sofrendo, bem como as que ainda estão por vir, parecem ser conseqüências pela forma de como estamos destruindo os recursos naturais, em nosso afã de desfrutar de um padrão de vida melhor, que nos é apotegmado pela modelagem moderna de sociedade adotada, sobretudo, pelo mundo ocidental.

Ninguém pode sustentar que as atividades que estamos exercendo sejam regidas pelo acaso ou pela espontaneidade que elas ocorram e continuem a ocorrer por séculos a fio, sem um motivo aparente de existirem. Tudo está diretamente ligado à forma de sociedade gerada pelo capitalismo, em que o mercado de consumo, determina o que devemos ser e consumir, ou seja, hoje somos o que consumimos, chegamos ao ponto de sermos avaliados pelo tipo de lixo que produzimos, ou ainda, pelo tipo de crédito que é "confiado", GALEANO[5] enfatiza:

> Até algum tempo atrás, o homem que não devia nada a ninguém era virtuoso exemplo de honestidade e vida laboriosa. Hoje, é um extraterreste. Quem não

[4] LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** p. 59
[5] GALEANO, Eduardo. **De perna pro ar: a escola do mundo ao avesso.** p. 255

> deve, não é. Devo, logo existo. Quem não é digno de crédito, não merece nome ou rosto: o cartão de crédito prova o direito à existência. Dívidas: isto é o que tem quem nada tem; e uma patinha presa nessa ratoeira há de ter qualquer pessoa ou país que pertença a este mundo.

Nossos sonhos já não são mais nossos, hoje estes são conectados a explosão tecnológica e de comunicação, que aparentemente não é nem boa nem má. GALEANO[6] conclui dizendo:

> O suplício de Tântalo atormenta os pobres. Condenados à sede e à fome, também estão condenados a contemplar os manjares que a publicidade oferece. Quando aproximam a boca ou levam a mão, as maravilhas se afastam. E se, aventurando-se ao assalto, conseguem dar de mão em alguma, vão parar na cadeia ou no cemitério.
> Manjares de plástico, sonhos de plástico. É de plástico o paraíso que a televisão promete a todos e a poucos dá. A seu serviço estamos. Nesta civilização onde as coisas importam cada vez mais e a pessoas cada vez menos, os fins foram seqüestrado pelos meios: as coisa te compram, o automóvel te governa, o computador te programa, a TV te vê.

Qualquer pessoa informada sabe que nossa atual situação é insustentável. Tão evidente tornou-se a insustentabilidade gerada pelo atual sistema, que em 1972 durante a conferência de Estocolmo, o secretário Geral usou pela primeira vez a palavra ecodesenvolvimento, buscando definir uma proposta para desenvolvimento ecologicamente equilibrado, ou seja, abordou uma proposta de sustentabilidade de usos dos recursos naturais, abrindo caminho para o conceito de desenvolvimento sustentável, que foi objeto de estudo de comissão criada pela Assembléia Geral da ONU, em 1983, ou seja, esta comissão teria que encontrar propostas inovadoras e realistas para harmonizar as questões do meio ambiente e desenvolvimento, editando posteriormente em 1991 o relatório chamado Nosso Futuro Comum[7], enfatizando que:

> O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades. [...] O desenvolvimento supõe uma transformação progressiva da economia e da sociedade. [...] só se pode ter certeza da sustentabilidade física se as políticas de desenvolvimento considerarem a possibilidade de mudanças quanto ao acesso aos recursos e quanto à distribuição de custos e benefícios. [...] está implícita uma preocupação com a eqüidade social entre gerações.

[6] GALEANO, Eduardo. **De perna pro ar: a escola do mundo ao avesso.** p. 255

[7] NOSSO FUTURO COMUM. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46

Em 1992, aconteceu no Brasil a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), onde lideres e representantes de todos os continentes estiveram presentes, na tentativa de mais uma vez concientizarem-se de que é preciso alcançar um nível de desenvolvimento que seja sustentável. Entretanto, tanto a conferência realizada no Rio de Janeiro, como outras de menores proporções ou participações que a sucederam, nada mais parecem ser do que encontros marcados por oportunidades, para que os poderosos atores transnacionais consigam dar um passo adiante no controle do poder econômico e político global.

O próprio conceito de desenvolvimento é questionado por NOLASCO[8] quando este realiza alguns questionamentos, sobre a nossa economia, sobre a tecnologia e a relação com a Ecologia e o desenvolvimento:

> DESENVOLVIMENTO?
> Quem se interessa pelo atual modelo hegomônico de "desenvolvimento"?
> Quem defende esse tipo de "progresso"?
> Quem considera isso com real "envolvimento" da humanidade?
> Com imediatismo inconseqüente?
> Pilhando recursos naturais?
> Sacando contra o futuro?
> Contaminando pão, solo, água, plânctons e ar?
> Depredando recursos naturais?
> Dilapidando patrimônio coletivo?
> Estimulando consumismo num planeta finito?
> Socializando dores, custos e prejuízos?
> Marginalizando a maioria inconsciente?
> Elitizando poder, saber e querer?
> Exacerbando utilitarismo insensível?
> Isso é que é desenvolvimento?
> Concentrando renda, terra, armas e informação?
> Expropriando sonho e esperanças dos excluídos?
> Extinguindo bicho, biomas e aqüíferos?
> Poluindo ambientes, mentes e organizações?
> Espoliando os mais fracos das populações mais indefesas?
> Semeando desequilíbrio ecológico, psicológico e sociológico?
> Isso é que é desenvolvimento?
> Desrespeitando direitos de maiorias já tão excluídas?
> Privatizando fraudulentamente a coisa pública?
> Depredando a teia da vida e os valores humanos?
> Tutelando povos, cidadãos, contribuintes, pessoas?
> Sonegando impostos, já inclusos nos preços pagos?
> Desprezando o saber popular?
> Oprimindo comunidades e organizações populares?
> Protegendo a selvageria capitalista?
> Isso é que é desenvolvimento?
> Praticando fundamentalismo econômico?

[8] NOLASCO, Fábio. **Viabilidade econômica e sustentabilidade ambiental na economia solidária.** Disponível em pacu.unemat.br/~unitrabalho/seriesolidaria/emesol%20vol%201/capitulo%202.8. acesso em 04 de dezembro de 2006.

> Impondo despoticamente a globalização neo-liberal?
> Pirateando biodiversidade e etnoconhecimento?
> Criando uma "paz" pela produção, venda e uso de armas?
> Manipulando informações?
> Subvertendo o bom, o bem e o belo?
> Isso é que é desenvolvimento?
> Exaltando mercantilismo egotista?
> Provendo erosão genética?
> Induzindo erosão cultural?
> Maculando a natureza e a humanidade com Transgenia?
> Mercantilizando políticas e governos?
> Isso é que desenvolvimento?
> Poderia a ciência ser ideologicamente neutra?
> E a tecnologia?
> Como pode a vida ser governada pelo mercado?
> Quem tem sido os maiores beneficiados pelo tipo de ciência e tecnologia gerados pelas organizações dos ditos "civilizados"?
> Por que "Declaração Universal dos Direitos do Homem"?
> Só do "Homem"?
> E as outras formas de vida?
> E as próximas gerações?
> Onde fica a alteridade, o reconhecimento e o respeito pelo diferente?
> Para que devemos nos "nortear" nesse "maravilhoso" modelo?
> Quem é mesmo que faz parte do famigerado "eixo do mal"?
> Onde será a próxima guerra suja, em nome desse tipo de "desenvolvimento"?

De conformidade a estes questionamentos MONTIBELLER-FILHO[9] enfatiza:

> A Eco-92, com o seu concomitante Fórum Global, foi, até hoje, o maior dos rituais de integração das elites transnacionais que, naquele momento pós-muro de Berlim e fim da União Soviética, procuravam situar-se em um mundo pós-guerra fria, em que um capitalismo triunfante anunciava a força avassaladora da "globalização" (em vários sentidos um novo metarrelato imperialista) e o fim das utopias socialistas. A Eco-92 representou o auge da força do ambientalismo mundial e do impacto da noção de desenvolvimento sustentável. Porém, a eficácia da ideologia/utopia do desenvolvimento sustentável, como motor de alianças heterodoxas, parece estar minguando em face, sobretudo, da extrema normatização, institucionalização e rotinização burocrática de suas proposições e – poderíamos aduzir – de sua transformação em um campo específico de poder em que vários interesses políticos e econômicos são definidos, inclusive com a participação, em alguns casos cooptação, de várias ONGs e sua lideranças.

A crise ambiental atual provocada pela visão mecanicista do mundo, que ignora os limites biofísicos, nos leva a pensar que não há como haver um desenvolvimento sustentável, no que tange a idéia equivocada do seu próprio discurso, que

[9] MONTIBELLER-Filho, Gilberto. **O Mito do Desenvolvimento Sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001. p 15

não se funda no reconhecimento dos limites e potenciais da natureza, promovendo a falácia de um crescimento econômico sustentável sobre a natureza limitada do planeta.

Nunca o mundo necessitou tanto de um pensamento renovador, de uma nova filosofia de ação como nesta época em que o processo histórico se acelera de maneira estonteante e tudo se faz não através da evolução progressiva, mas através de bruscas explosões arrasadoras. A modelagem de consumo adotada atualmente pela sociedade, é a representação mais intensa dos princípios básicos do capitalismo. Lucro é o comando do atual sistema, que sem se preocupar com a sua própria sobrevivência realiza a mais inefasta degradação ambiental já vivida em todos os tempos.

Portanto, nós não podemos mais passivamente esperar o futuro, pois assim, seremos esmagados por ele. O homem de hoje, sobretudo, nós filhos do ocidentalismo, portanto, consumidores por natureza precisamos adotar um conduta mais hegemônica, em busca de um equilíbrio ecológico, sob pena de não mais nos restar alternativa do que o fim do nosso próprio futuro.

2. PRINCÍPIO DE REVERÊNCIA PELA VIDA

Para resolver grande parte dos conflitos atuais, especialmente os ligados ao meio ambiente, precisamos voltar a compreender e a respeitar a Vida, esta em todas as suas formas e em todas as sua manifestações. Esta atitude se torna indispensável para a sobrevivência das crianças, dos velhos, dos mais fracos, que fazem parte de uma sociedade que não se preocupa em estudar o passado, e nem mesmo na existência do futuro. Segundo ARENDT[10]: “aqueles que não aprendem as lições da história são condenados a repeti-la”

Se empregarmos o passado como experiência, veremos que grande parte de nossos problemas já foram enfrentados por outras civilizações, como a romana, grega, maia, asteca, babilônia, chinesa e outras – que foram até certo ponto predadoras, sendo que algumas desapareceram por conta da degradação ambiental que provocaram mesmo tendo estas provocado apenas uma destruição local. Entretanto, no momento atual a degradação é global, atingindo até mesmo a menor ilhota do meio do oceano. Se algumas das antigas civilizações mencionadas anteriormente destruíram-se por conta da degradação

[10] ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento.** Edição Jerome Kohn; revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte: tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2004. p. 340

ambiental local que provocaram, parece ser inimaginável as conseqüências do atual comportamento destrutivo da cultura industrialista global que é impulsionado por um mercado cego, e que incrementa as injustiças sociais, que ignora as verdadeiras necessidades das pessoas, ou seja, enxerga somente a demanda expressa em dinheiro, reforçando o que dizemos anteriormente, quem não tem dinheiro nem se quer aparece no mercado, por mais que estejam necessitados.

É pelo desprezo à Vida que o atual modelo de sociedade ocidental promove a mais desperdiçadora, imediatista e irreversível violação dos recursos não renováveis, e leva a destruição dos recursos que poderiam ser utilizados de forma sustentável.

Estima-se que todos os sistemas naturais – e a Vida tenham quase quatro bilhões de anos, que são altamente dinâmicos, contudo estáveis. É esta estabilidade que nós humanos precisamos apreender com a Vida, ou seja, necessitamos ver nossas economias como sistemas dinâmicos porém estáveis. Segundo LUTZEMBERGER[11], "devemos ainda aprender com a Vida, que seus sistemas são estáveis e douradoros porque se baseiam na perfeita reciclagem dos recursos e não em seu consumo. Nosso atual sistema econômico, baseia-se no consumo da Natureza"

Insistimos na necessidade de esclarecer que a natureza no atual modelo de sociedade, não é vista como um valor em si mesmo. Nossos tecnocratas, pensadores econômicos, em sua visão do mundo antropocêntrica, não estão preparados para compreender quão única e preciosa é a Vida, por mais humilde que esta seja. Segundo LUTZENBERGER[12]: "[...] nós seres humanos, somos apenas parte do produto". Articula este autor que:

> Enquanto enxergarmos a Criação apenas como um armazém gratuito, onde a indústria e o comércio podem servir-se indefinidamente de bens, nossa tecnologia cada vez mais agressiva e envolvente tornará inevitável a extinção progressiva das criaturas que convivem conosco, a ponto de mutilar seriamente esse nosso planeta ímpar, Gaia, o único planeta vivo que conhecemos. Gaia não é apenas uma nave espacial que abriga bilhões de seres vivos, a maioria deles dispensável na opinião da sociedade industrial moderna. Não, é um sistema vivo, como um organismo em que tudo está conectado e interage com tudo, que tem sua própria bio-geofisiologia e homeostase, isto é, tem um equilíbrio autrocontrolado. Nesse sistema vivo, cada espécie é importante e insubstituível, e seu desaparecimento debilita o organismo como um tudo.

[11] LUTZENBERBER, José A. **Reverência pela vida.** Disponível em: http://www.fgaia.org.br/texts/t-klabin2.html acesso em 17 de dezembro de 2006.
[12] LUTZENBERBER, José A. **Reverência pela vida.** Disponível em: http://www.fgaia.org.br/texts/t-klabin2.html acesso em 17 de dezembro de 2006.

É imprescindível retransformar a economia através de uma nova ética que abarque o Caudal da Vida em toda a sua plenitude, em uma ética baseado no princípio fundamental, proposto por "Albert Schweitzer: O PRINCÍPIO DA REVERÊNCIA PELA VIDA, em todas as suas formas e em todas as suas manifestações! Daí decorrerá todo um sistema de valores diametramelte oposto ao atual"[13].

Entretanto, para que o ser humano consiga compreender essa nova ética, será necessária uma revolução educacional, tornando o conhecimento uma visão unitária do Universo, este como um grande sistema racional, em que todas as suas partes interajam uma com as outras. A nova ênfase será não mais na direção do especialista estreito, reducionista, ignorante, mas na direção da cultura geral sólida, do horizonte científico amplo em sentido de responsabilidade difusa e inclusiva como base para toda atividade humana. Segundo LEIS[14]:

> A hipercomplexidade dos problemas ambientais obriga a ciência a submeter-se a um diálogo, onde os diversos saberes existentes (incluindo até o senso comum) possam complementar-se ao invés de excluir-se. O conhecimento é inútil e até perigoso se suas incertezas éticas e epistêmicas não forem consideradas conjuntamente.

Conclui o mesmo autor [15]:

> Os problemas ecológicos e as demandas de sustentabilidade levam a concluir que as metas prioritárias da ciência deixaram de ser a conquista da natureza. As prioridades são hoje muito mais humildes e também muito mais complexas: estabelecer uma relação harmoniosa entre a sociedade e a natureza. Enquanto as antigas metas podiam perfeitamente prescindir de qualquer um que não fosse técnico ou cientista, as atuais não podem ser cumpridas apenas com esses atores. A economia ecológica confirma plenamente os supostos de Funtowicz e Ravetz que obrigam a reunir o que as ciências normais tinham separado: fatos e valores, conhecimento científico e prudência ética.

Será essencial que desapareça o analfabetismo biológico que é tão comum entre os seres humanos, sobretudo, dos grandes administradores privados e públicos, para que assim possamos encarar seriamente um aspecto que hoje preferimos

[13] LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** p. 81.
[14] LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. Petrópolis**: Vozes; UFSC, 1999. p. 162.
[15] LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. Petrópolis** . p. 162-163.

ignorar e deixar ao acaso, o desequilíbrio causado pela maneira insustentável que os recursos naturais estão sendo geridos.

3. EM BUSCA DO EQUILÍBRIO (HOMEOSTASE)

A natureza dos problemas ambientais sejam estes (naturais ou artificiais) nos tem mostrado que a necessidade de crescimento constante que é a mola mestra do capitalismo acarreta o desequilíbrio da Humanidade, contribuindo para a degradação ambiental. Por tanto, torna-se mais do que necessário à mudança de comportamento, do grande industrial, do administrador público, ou do indivíduo, este último que sentado em seu berço de conformidade, acredita que nada pode fazer para a sua vida. Entretanto, foi através da iniciativa individual que grandes movimentos se formaram no mundo em favor da vida.

Contudo, como afirmado inicialmente o objetivo principal desta pesquisa, é aprofundar o debate em torno da *doutrina da homeostase* (equilíbrio, estabilidade, sustentabilidade), ou seja, o abandono do exponencial comportamento moderno calcado no consumismo exacerbado, e implantação de um comportamento disciplinado que objetive a integração do homem com as leis da Vida.

Para que possamos entender a doutrina proposta, precisamos desdobrar este estudo, no que tange a apresentar informações sobre os enfoques sistêmicos e termodinâmicos dos recursos naturais.

Segundo MOTA[16] em seu artigo intitulado Enfoque Sistêmico e Termodinâmico dos Recursos Naturais: O meio ambiente apresenta características de um sistema aberto, e que como tal, apresenta afluxo e refluxo de energia. Portanto, pela perspectiva entrópica, a manutenção da Vida, passa por um clico de nascimento, desenvolvimento, regeneração e morte, ou seja, para que um recurso natural se mantenha vivo, é necessário que este importe energia de alta qualidade do ambiente externo, processando dessa forma um modo sustentável de vida. Conseqüentemente, para que haja a sustentabilidade dos recursos naturais estes precisam receber *inputs* (elementos auto-reguladores) que são comuns aos sistemas abertos, dentre os quais o autor acima mencionado destaca:

[16] MOTA, José Aroudo. **Enfoques Sistêmico e Termodinâmico dos Recursos Naturais.** Disponível em www.transportes.gov.br/cpma/estrecursosnaturais.doc acesso em 28 de dezembro de 2005.

a) *Input* de energia: nenhum organismo é auto-suficiente, necessitando de entrada de energia, de importação de energia do ambiente externo; os sistemas abertos importam energia do ambiente; os seres animais e vegetais sobrevivem devido à troca constante de energia; do mesmo modo, as atividades econômicas/humanas importam energia do meio ambiente e vivem em função dela; nenhum sistema, ecológico ou econômico, é auto-suficiente ou autocontido; as espécies humanas e biológicas precisam de suprimentos renovados de energia do meio ambiente interno e externo.

b) transformação de energia: toda a energia que entra como *input* no organismo é transformada, é processada em forma de uma nova energia; a energia importado do ambiente é transformada em energia disponível; a natureza processa materiais em forma de nova energia, visando à sobrevivência das espécies; as atividades econômicas transformam também energia, trabalham com materiais oriundos do ambiente natural, devolvendo para o mesmo energia de alta entropia; os seres humanos também transformam a energia dos recursos naturais por meio do uso intensivo; quando isso ocorre, a degradação dos recursos naturais é eminente.

c) entropia negativa: os organismos de meio ambiente se desgastam e tendem a morrer, por isso é imprescindível que estes sistemas adquiram entropia negativa, para sobreviver, os sistemas abertos precisam mover-se, a fim de deter o processo entrópico; necessitam adquirir entropia negativa, ou seja, energia transformada de baixa entropia, visando evitar a desorganização do sistema; o processo entrópico dos sistemas aberto conduz à desestruturação do sistema; assim, o processo entrópico dos sistemas abertos conduz à desestruturação dos organismos biológicos; sistema aberto, que importa mais energia do meio ambiente do que a que depende, armazena energia e adquire entropia negativa, o processo entrópico impõe-se em todos os seres vivos e atividades econômicas, contribuindo para o desgaste da manutenção da vida na terra.

d) *feedback* negativo: todo sistema aberto, ao receber energia ou *input* em demasia, emite uma mensagem de *feedback* negativo com o intuito de manter o sistema na direção correta: os *inputs* para os sistemas abertos não consistem somente em materiais contendo energia, os quais são transformados em novas formas de energia; as entradas de materiais nos sistemas abertos também são de caráter informativo, proporcionando uma sinalização, uma espécie de sensor que avisa ao sistema sobre a qualidade de energia retroalimentada; o mecanismo de *feedback* negativo permite aos sistemas abertos corrigem distorções e se ajustarem ao seu novo estado de equilíbrio;

quando o *feedback* de um sistema é interrompido o seu estado de equilíbrio desaparece, a entropia domina os seus mecanismos de retroalimentação, conduzindo-o ao perecimento; energia de baixo aproveitamento, como dejetos industriais, excesso de poluição e outros tipos de lixo, constituem-se em excessos de *inputs* que os sistemas abertos não têm possibilidade de absorver; o conceito de capacidade de suporte é um mecanismo de informação para os sistemas abertos; o ambiente natural emite uma mensagem avisando o quanto ele pode suportar de dejetos oriundos das atividades econômicas; o aviso é codificado por meio de um sensor que reflete o desaparecimento de algumas espécies; um aumento da poluição em grande escala, acima dos números permitidos, afeta a saúde humana, desequilibrando o sistema de vida nos ecossistemas; o sensor que informa a desestruturação do sistema é o alto índice de doenças do aparelho respiratório, gastos hospitalares excessivos e manutenção ao longo tempo dos coeficientes de morbidez.

e) *output*; recebe o processamento de energias e as exporta para o meio ambiente, contribuindo, assim, para o processo de retroalimentação do sistema; o *output* representa o produto, a saída do sistema; os recursos naturais fornecem material e energia de baixa entropia para as atividades econômicas/humanas, que por seu turno devolvem ao meio ambiente material com alto nível de entropia, a qual retroalimenta os sistemas econômico e ambiental, causando novas e altas entropias, o processo é pernicioso para o ambiente natural, para as atividades econômicas e para a manutenção da vida na Terra.

Por fim, MOTA[17] conclui destacando que: mecanismo homeostático consiste em um conjunto de elementos auto-reguladores de um sistema aberto que permite manter o estado de equilíbrio do meio ambiente; a energia importada do meio ambiente de baixa entropia é usada para manter uma constância no sistema; existe um intercâmbio constante entre os diversos sistemas por meio de influxos e exportação de energia; o processo homeostático envolve a manutenção do sistema por intermédio da reduzida variabilidade decorrente dos efeitos externos, o importante é a preservação de caráter estacionário do sistema; isto é, excesso de energia entrópica conduz o sistema a não mais suportar o estado de equilíbrio inicial, conduzindo-o para um novo ponto de equilíbrio ou para a sua completa deterioração; observa-se que mudanças quantitativas precisam de

[17] MOTA, José Aroudo. **Enfoques Sistêmico e Termodinâmico dos Recursos Naturais.** Disponível em www.transportes.gov.br/cpma/estrecursosnaturais.doc acesso em 28 de dezembro de 2005.

subsistemas de apoio que possam produzir melhoras quantitativas no funcionamento de um sistema; os conceitos de capacidade de suporte e de resiliência dos sistemas ambientais precisam ser mais bem explorados; a quantidade excessiva de pessoas que usufruem das belezas dos locais de recreação ao ar livre contribuem para degradar o meio ambiente desses locais e modificar ou mesmo deteriorar o seu estado homeostático. [...] Para que se mantenha o estado homeostático é necessário que se mantenha, por exemplo, a homotermia, ou seja, a mesma temperatura; a maioria dos pássaros e mamíferos mantêm a sua temperatura entre 36° C e 41° C, mesmo que a temperatura esteja variando entre -50° C e + 50° C; de modo semelhante, a interação entre as atividades econômicas/humanas e o ambiente natural também está sujeita à regulação; o nível de inter-relação entre esses dois sistemas é regulado por meio de um sensor, que mensura a quantidade de respostas emitidas para o meio ambiente, como processo de retroalimentação das atividades econômicas; o sensor é um indicador, como por exemplo, o PIB, que sinaliza o crescimento econômico; ele deveria representar, no seu cômputo, a degradação/exaustão do capital natural; outros sensores sinalizam a qualidade de vida de populações urbanas; os níveis de poluição do ar e poluição sonora são exemplos de degradação e exaustão dos recursos naturais e de deslocamento homeostáticos dos ativos ambientais; os ativos naturais são auto-regulados e capazes de conservar por si próprios a sua estabilidade, tanto em termos de resiliência como em termos de resistência; os sistemas naturais são auto-sustentáveis e de desagregam à medida que as atividades econômicas/humanas interferem em seu meio ambiente, mesmo sem a interferência humana, os sistemas naturais podem ser perturbados, mas existem agentes que exercem ação de correção do sistema para um novo ponto de equilíbrio.

O exemplo mais clássico apresentado pelos autores que defendem a adoção de um mecanismo homeostático, é o flutuador na chave de entrada do reservatório de água. O flutuador evita os excessos em ambas as direções. Com nível crescente ele tende a fechar, com nível decrescente tende a abrir a entrada de água. O nível de água no tanque oscilará dentro de limites estreitos e previsíveis. Apresenta-se aí um processo que pode ser extremamente dinâmico, movimentado, é principalmente equilibrado, estável, (homeostático) e, por isso, sustentável.

Para LUTZENBERGER[18], "[...] a natureza nos ensina que todos os sistemas duráveis são sistemas homeostáticos. Estes se caracterizam pela retroação

[18] LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** p. 76

negativa[19] [...] Neste caso a ação provoca uma reação que freia a ação."[20]. Portanto, considerando que o meio ambiente tem características de um sistema aberto, que precisa de energia de baixa entropia para sobreviver, e que estamos cada vez mais produzindo, transformando e devolvendo energias de baixa entropia em alta, para ser evidente que para alcançar um sistema homeostático (equilíbrio ecológico) seja necessário à mudança de comportamento em esfera local e global, para que assim, não sejamos condenados a uma morte cósmica do universo.

CONSIDERAÇOES FINAIS: PELA ADOÇÃO DE UM MECANISMO HOMEOSTÁTICO GLOBAL .

Uma das inovações mais importantes da modernidade é sem dúvida alguma o surgimento da sociedade tecnológica, que trousse em sua esteira de desenvolvimento grande degradação ambiental, esta tanto em nível local como global. Os problemas ambientais após a explosão tecnológica deixaram de se restringirem apenas as localidades específicas, manisfestando-se de uma forma global, vez que as degradações realizadas em uma localidade, agora são sentidas em maior escala em todo o planeta, contribuindo para o desequilíbrio ecológico.

Diante da ineficácia dos tratados internacionais, no que tange a aplicação de suas resoluções, como por exemplo: a não ratificação por parte de alguns paises do Protocolo de Kyoto[21]:

---

[19] Retroação = *Feedback.* "Para os que não estão familiarizados com a terminologia cibernética, retroação positiva é a retroação da bola de neve. A bola de neve começa pequena e rola devagar. A medida que rola, cresce, e à medida que cresce, tem que rolar mais ligeiro e, portanto, cresce mais ligeiro para rolar mais ligeiro ainda e assim por diante. A ação provoca uma reação que acelera a ação. A lei matemática é a da progressão geométrica: 2, 4, 8, 16, 32 ... Este tipo de comportamento não é sustentável, pois rapidamente se atingem ordens de magnitude astronômicas. Por longa que seja a encosta da montanha, no fundo do vale a avalanche termina em estrondo. Este exemplo ilustra dois aspectos fundamentais do exponencial:
1) uma encosta mais longa só leva, um pouco mais tarde, a um estrondo maior. Isso quer dizer que neste tipo de comportamento, *mais recursos nada resolvem, só agravam o problema, pois levam a um desastre final maior.*
2) Inicialmente o processo exponencial pode ser bastante ordeiro e interessante mas, após a fase inicial, se torna caótico e incontrolável. No início do seu trajeto a bola de neve rola mais limpa como a roda de uma máquina mas, depois de atingido certo tamanho, ela se transforma em avalanche que leva tudo pela frente, uma gigantesca massa em desordem total. Se observarmos atentamente a situação atual da Humanidade, podemos dar-nos conta de que já estamos entrando na fase da avalanche".

[20] LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** p. 74

[21] O protocolo de Quioto ou Protocolo de Kyoto é conseqüência de uma série de eventos iniciada a *Toronto Conference on the Changing Atmosphere*, no Canadá, seguida pelo *IPCC's Firts Assesment Repor* em Sundsvall, Suécia (agosto de 1990) e que culminou com a *Convenção Marco das Nações Unidas sobre a Mudança Climática* (UNFCCC) na ECO-92 no Rio de Janeiro, Brasil (junho de 1992). Também reforça

> "[...] será necessária à instauração de um mecanismo de homeostase global, que possa atuar de fato como agente regulador do sistema sócio-cultural, este não mais visto como um agregado de estados-nações, mas sim como um sistema único, composto por todos os integrantes do maior sistema existente em nosso planeta: a biosfera"[22].

Como observamos no item 3. Homeostase significa um processo de auto-regulação, através do qual os sistemas biológicos tentam manter um equilíbrio ou estabilidade, enquanto se ajustam às mudanças de condições ambientais para que ocorra a sobrevivência. Por conseguinte, um mecanismo homeostático global deverá se basear no processo de autoregulação dos recursos naturais. Nesta direção KRÜGER[23] leciona que:

> Um mecanismo homeostático global , [...] se baseia em: sensores, transmissores de informações e mecanismos reguladores. Desta forma, há, inicialmente, a necessidade de haver um monitoramento constante das variáveis-chave para a sustentação do sistema, que Laszlo (1974) indica como sendo: ecologia, população, economia e segurança global. Em seguida, há que se considerar o importante aspecto da difusão de informações relativas à manutenção do sistema como um todo. Sobre esse aspecto, ou seja, o de levar a informação científica para o grande público, Norman Augustine (1998) ressalta dois pontos que merecem ser considerados: a necessidade de haver uma alfabetização científica da população e de uma comunicação eficaz de assuntos científicos a partir de cientistas. Por fim, o necessário regulador do sistema global deverá proporcionar as melhores soluções humanas disponíveis.

Assim, tendo em vista o impacto das tecnologias atuais, e a característica global da degradação ambiental causada pela necessidade de um controle global do poder, necessário será, para volta do equilíbrio, a adoção de uma controle global, que transcenda a esfera dos estados-nações, e que configure-se uma sociedade de

---

seções da UNFCCC. Constitui-se no protocolo de um tratado internacional com compromissos mais rígidos para a redução da emissão de gases que provocam o efeito estufa, considerados, de acordo com a maioria das investigações científicas, como causa do aquecimento global. Discutido e negociado em Kyoto no Japão em 1997, foi aberto para assinaturas em 16 de março de 1998 e ratificado em 15 de março de 1999. Oficialmente entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, depois que a Rússia o ratificou em Novembro de 2004. Por ele se propõe um calendário pelo qual os países desenvolvidos têm a obrigação de reduzir a quantidade de gases poluentes em, pelo menos 5,2% até 2012, em relação aos níveis de 1990. Os países signatários terão que colocar em prática planos para reduzir a emissão de gases entre 2008 e 2012.
A redução das emissões deverá acontecer em vários atividades econômicas. O protocolo estimula os países signatários e cooperam entre si, através da algumas ações básicas:
* Reformar os setores de energia e transportes;
* Promover o uso de fontes energéticas renováveis;
* Eliminar mecanismos financeiros e de mercado inapropriados aos fins da Convenção;
* limitar as emissões de metano no gerenciamento de resíduos e dos sistemas energéticos;
* Proteger florestas e outros sumidouros de carbono.

[22] KRÜGER, Eduardo L. **Uma abordagem sistêmica da atual crise ambiental.** disponível em: <www.ppgte.cefetpr.br/selecao/2005/leituras/krueger2001.pdf> Revista Educação & tecnologia, acesso em: 04 de janeiro de 2007. p. 75

[23] KRÜGER, Eduardo L. **Uma abordagem sistêmica da atual crise.** p. 75

indivíduos comprometidos com a manutenção do sistema global e com a satisfação das necessidades humanas genuínas.

Segundo LUTZENBERGER: "De nada adianta os [...] controles se continuarmos a nos comportar como bactérias", conclui o autor dizendo que "Quanto mais cedo conseguirmos o equilíbrio [...], maior será a qualidade de vida, mais recursos e amenidades haverá per capita"[24]. Portanto, aqueles que professam o crescimento ilimitado da riqueza terão que adotar uma conduta ética para a sustentabilidade, sendo compelidos a entender que quanto mais cedo chegarmos a esta estabilização, mais qualidade de vida sobrará. LEIS[25] conclui sua obra, dizendo:

> Não seria para estar satisfeitos se um dia contemplássemos um mundo onde não restasse nada da vida natural; (...) Se a terra tem que perder essa grande porção de beleza por causa do crescimento ilimitado da riqueza e da população, para suportar uma população mais ampla e também menos feliz, então sinceramente espero que os partidários do estado progressivo se conformem com ser estacionários, muito antes que a própria realidade os obrigue a isso pela força.[26]

Por fim, torna-se imprescindível ressaltar que, para dominar realmente o problema do meio ambiente, será preciso, a administração de um sistema de governança global[27], que a atenda, sobretudo, o princípio da reverência pela vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento.** Edição Jerome Kohn; revisão técnica Bethânia Assy e André Duarte: tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

GALEANO, Eduardo. **De perna pro ar: a escola do mundo ao avesso.** Tradução de Sergio Faraco. 8ª ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.

[24] LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** p. 78

[25] LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. Petrópolis.** p. 164

[26] LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea. Petrópolis.** p. 164

[27] Governança global - trata-se da totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes
ou diferentes e realizar ações cooperativas. **Governança** diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições.

KRÜGER, Eduardo L. **Uma abordagem sistêmica da atual crise ambiental.** disponível em: www.ppgte.cefetpr.br/selecao/2005/leituras/krueger2001.pdf Revista Educação & tecnologia, acesso: em 04 de janeiro de 2007.

LEIS, Hector Ricardo. **A modernidade insustentável: as críticas do ambientalismo à sociedade contemporânea.** Petrópolis: Vozes; UFSC, 1999.

LUTZENBERGER, José A. **Fim do Futuro? Manifesto ecológico brasileiro.** Porto Alegre: Movimento, 1980.

_____. **Reverência pela vida.** Disponível em: http://www.fgaia.org.br/texts/t-klabin2.html acesso em: 17 de dezembro de 2006.

MONTIBELLER-Filho, Gilberto. **O Mito do Desenvolvimento Sustentável: Meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001.

MOTA, José Aroudo. **Enfoques Sistêmico e Termodinâmico dos Recursos Naturais.** Disponível em www.transportes.gov.br/cpma/estrecursosnaturais.doc acesso em: 28 de dezembro de 2005.

NOLASCO, Fábio. **Viabilidade econômica e sustentabilidade ambiental na economia solidária.** Disponível em pacu.unemat.br/~unitrabalho/seriesolidaria/emesol%20vol%201/capitulo%202.8.pdf. acesso em: 04 de dezembro de 2006.

NOSSO FUTURO COMUM. 1ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica-idéias e ferramentas úteis ao Pesquisador do Direito.** 9ª ed.rev.Florianópolis: OAB Editora,2003.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Raimundo dos Reis Brandão*

RESUMO

Este artigo visa tratar dos problemas, quando estes acontecerem devido a não observância dos direitos fundamentais; por violações destes realizadas por pessoa físicas ou jurídicas, principalmente no que diz respeito ao Acesso à Justiça a todos os cidadãos, tendo primazia se este cidadão for pobre,e tem como ponto de apoio a dignidade da pessoa humana, que nasce com a pessoa humana. A Constituição Brasileira de 1988,apresenta este dispositivo no inciso III do Art. 1º, salientando-se que dentre as Constituições anteriores, esta foi a que mais se ocupa em dar aos cidadãos a proteção, sob esta chancela dos direitos fundamentais. O título do trabalho em si, já mostra a correlação que existe entre os dois dispositivos, e este artigo serve para demonstrar a confirmação das efetividades de que devem os direitos fundamentais ser dotados, com isto espera-se que seja mostrado um norteador para os que tenham necessidade de ter a assistência jurídica prestada pelos órgãos estatais, caso necessitem. E que este direito à assistência jurídica agregada aos direitos fundamentais tenha aplicação imediata juntamente com a sua eficácia, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS FUNDAMENTAIS, PESSOAS JURÍDCAS , PESSOAS FÍSICAS, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA,ORDENAMENTO JURÍDICO, EFICÁCIA.

ABSTRACT

This article aim to concern problems when these happens to anybody that no use to watch the brazilian fundamental rights rules in the Brazilian Constitution due the brazilian citizens don´t followed it. Be company or even common citizens . And this is also to respect to the legal aid brazilian state,to all citizens with the prefderence if this citizens is poor, because they don´t have money to pay a lawyer to get in touche with a lawsuit against other person, and this is based upon the human dignity principle , that come together with persons when they born. We can find this in the 1988´s Brazilian Constitution III,1st art. It said that between the old brazilian constitutions and this nowadays one, is the better than anothers old one ,because the new one takes care of the citizen rights. This paper is to shows the affirmative situation about the effectivenes that should have the fundamental rights, and so, we hope ourselves that would be possible to show a guide to whom desire to get the state legal aid, if they require

* Mestrando em Políticas e Processo, Faculdade de Direito de Campos, Pós -Graduando em Direito Ambiental – Faculdade de Direito de Campos e Advogado.

necessity, and would be possible that this legal aid with connection with this fundamental rights, have immediately aplication together, with the effectiveness in the Brazilian Constitutional juridical system.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL RIGHT, ARTIFICIAL PERSON, COMMON PERSON, HUMAN PERSON DIGNITY, JURIDICAL LAW SYSTEM ,EFFICACY.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais fazem parte integrante do ser humano, isto fica demonstrado pelo caminho que é observado, em sua gradual tomada de posição, seja na parte nacional ou constitucional ou até mesmo juntos no Direito. È bem verdade que na prática não vai se encontrar Nação que tenha feito engajamento ou reconhecidos os tratados e pactos internacionais e que pode até mesmo se regional que se refira aos direitos humanos e que seja compostas de variações dos direitos, que indica as variações desses fundamentos na história. E diante desse início do século XXI, por ser o desafio tão grande em solucionar a conjuntura problemática que este tema motiva, principalmente quando está ligada a um dos direitos, fundamentais que é o "Acesso à Justiça", que é o tema de nosso artigo, conforme se pode perceber. E seguindo dentro do assunto do tema, busca a efetivação do acesso0 à Justiça e os direitos fundamentais, principalmente quando se toca no espaço que conforme Hobsbawam forma um fosso[1] ainda existente entre os que possuem recursos financeiros e os que não possuem estes mesmos recursos, com relevância neste caso no acesso á justiça aos pobres, pois estes são os mais prejudicados, pois não estão sempre preparados par litigar juridicamente face a uma pessoa,descoberta com relação à posse de armas,ficando assim em desvantagens para resolver sua questão judicial. O diretor de direitos humanos do Conselho Europeu apontando para o que se chama de ampliação dos acordos que visam proteger os direitos fundamentais, assim como também o aumento das violações destes

[1] É deste fosso entre ricos e pobres que nos fala E. Hebsbawm, A Era dos Extremos, p. 540, salientando-se , a este respeito, que, no que diz com os reflexos para a problemática da efetivação dos direitos fundamentais, o abismo das diferença econômica não se refere apenas à divisão entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, mas também ás gritantes diferenças econômicas entre as classes alta e baixa, com o resultado das injusta distribuição de renda no âmbito da economia interna dos países em desenvolvimento. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 5. ed. , ed. Ver. Atual. e Ampl. Porto Alegre . Livrsaria do Advogado. Ed. , 2005. , p. 25.

direitos e quando houve a Conferência de Viena, foi verificado que para mais da metade dos cidadãos de cada nação do planeta não tinha os direitos fundamentais, pois os mesmos haviam sidos retirados. [2] Será enfatizado a Assistência Judicial aos Pobres sob a ótica dos Direitos Fundamentais, pois esta é a função deste trabalho, e o que espera-se é que o mesmo seja útil para resolver os problemas; dentro deste prisma .

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS – OBJETIVANDO UM CONCEITO DEFINITIVO CONSENSUAL

Existem várias expressões usadas na conceituação e para também definir os Direitos Fundamentais, isto é encontrado tanto no campo doutrinário como no campo do direito positivo,seja na área internacional ou na área constitucional,essas expressões às vezes são muito utilizadas, conforme é lido a seguir : " *direitos humanos* ", " *direitos do homem*", " *direitos individuais* ", "*liberdades fundamentais* " e por fim " *direitos humanos fundamentais* ", estas são tidas como as mais relevantes e são utilizadas para também se ver como são utilizadas estas denominações servindo com sinônimas umas das outras, doutrinariamente fica uma observação enfática de que não há consensualmente um modo de definir, nem conceituar e também não há terminologia para realizar a denominação dos direitos fundamentais, e nem, com relação aos seus elementos formadores[3]. No acaso aqui visto foi necessário para o estudo deste caso aqui levado a efeito que se fizesse aqui uma situação unificante.

Ou seja, aqui vale a pena dizer que é preciso unificar, para estudar este caso, A Constituição de outros países e também a Brasileira de 1988, também tem com característica a diversificação na semântica, isto significa dizer que ao se fazer referência aos direitos fundamentais, a Constituição usa termos diferentes[4] quando se referem aos direitos fundamentais.

---

[2] Cf. P. H. Imbert, *in* A. E. Pérez Luño (Org.). Derechos Humanos y *Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio,* p. 77. Ibidem. , p.26.

[3] Esta, dentre outros, a advertência de B. M. de Vallejo Fuster, in J. Ballesteros (Ed), *Derechos Humanos, Concepto, Fundamentos , Sujetos,* p. 42-3. Neste sentido também a advertência de A. E. Perez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho Y Constitución,* e ss. , que-centrando-se no conteúdo e significado do termo "direitos Humanos"- alerta para cada vez maior falta de precisão na utilização desta terminologia, apontando as diferenças entre o seu contudo e significado em relação aos outros termos empregados .

[4] Esta observação – dirigida à Constituição Espanhola de 1978 – de L. Martín- Retortillo, *in Derechos Fundamentales Y Constitucón,* p. 47, e que também se ajusta ao direito constitucional pátrio. Com efeito,

Como ilustração, se encontra na Carta Magna Brasileira Têm-se os seguintes dispositivos:

a) Direitos Humanos (art. 4º, inc. II).

b) Direitos e Garantias fundamentais (epígrafe do título II, e art. 5º, § 1.º).

c) Direitos e Liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI).

d) Direitos e garantias individuais (art. 60,§ 4º, inc. IV).

E fazendo-se análise dos direitos fundamentais verifica-se o elo que existe entre estes e a Carta Magna Brasileira que à luz do Título II, faz uma referência aos " Direitos e Garantias Fundamentais, e que sendo um termo genérico, faz uma abrangência de todos os tipos e qualidades de Direitos Fundamentais, em, particular e com relevâncias aos direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (capítulo II), a nacionalidade (capítulo III), os direitos políticos (capítulo IV), e também o conjunto de regras que regem os partidos políticos (capítuloV).

Não existe a possibilidade de equiparação dos termos como "Direitos Humanos) à expressão " direitos naturais"[5]

2 DIFERENÇA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Esta diferença é ensinada pelo jurista espanhol Pérez Luño, declarando que o melhor meio de fazê-lo entre as duas espécies é usando a chamada "concreção positiva " por ele denominada assim explica que o termo "direitos humanos" se revelou conceitualmente com definições não muito,precisas ou seja de maneira imprecisa com relação aos direitos fundamentais, sendo então, que estes têm um, modo de se apresentar mais precisamente definido, pois a garantia é determinada pelo sistema de direitos e liberdades reconhecidos e ter garantia com limitações no espaço e no tempo

---

entre nós, existe significa doutrina a apontar e analisar tal diversidade terminológica para o quer remetemos ao recente estudo de V. Braga Filho, *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988* – Conteúdo Jurídico das Expressões, p. 65 e ss. Explorando com riqueza esta questão, v. também, J. L. Sampaio, Direitos Fundamentais na Constituição de 1988- Contudo Jurídico da expressões, p. 65 e ss. Explorando com riqueza esta questão v. também, J. L. Sampaio, *Direitos Fundamentais, Retóricas e Historicidade, p. 7 e sgs.*

[5] Esta posição de M. Kriele , in : FS für Scupin, p. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. , p. 36.

pelo direito positivado do País ou nação; este direitos fundamentais[6] são parte imanentes do Estado de Direito e por isto tem sua delimitação no espaço e no tempo segundo Pedro Villalon[7], e que os direitos fundamentais só se finalizam quando finalizam-se também as Constituições. A priori os direitos humanos são assim chamados por ser relacionar com a pessoa humana, enquanto que já quando se fala em direitos fundamentais, entre o Homem relacionando-se com o Estado.[8]

3 O ACESSO Á JUSTIÇA

A democracia só se concretiza através da participação, efetiva do cidadão,sendfo alcançada apenas através do acesso à justiça de forma mais indiscriminadas. Porém já há muioto tempo que os necessitados de Justiça demonstram seu descintentamento com a atividade jurisdicional que a crise de que os instrumentos processuais vivem, no

Brasil, fica caracterizada pela morosidade na distribuição da justiça, causada pela inadequação na organização judiciária, entre outros problemas pode-se descrever : deficiência dos serviços de assistência judiciária, insuficiência de oralidade, por ser comum entre muitos outros ordenamentos jurídicos é necessário que seja realizadas as reformas nos meios processuais[9]. Por estes motivos fica constatada a necessidade da verificação do direito pelo vértice da acessibilidade dos cidadãos à Justiça entre estes os necessitados por serem hipossuficientes financeiramente e também por não terem como superar os obstáculos existentes para o acesso à Justiça, esta desigualdade sócio-financeira tem como resultado uma desigualdade processual.De Mauro Cappelletti é a expressão " acesso á justiça" significa dizer que o cidadão, para que possa reivindicar seus direitos tem que usar este meio, que é realizada pelo uso da esfera estatal[10].

---

[6] Cf.A. E. Peréz Luño, Los Derechos Fundamentales, p. 46-7. Em que pese a nossa divergência com relação ao significado atribuído à expressão " direitos humanos ", cumpre referir aqui a posição de M. Kriele quando igualmente advoga o entendimento de que a categoria dos direitos fundamentais é temporal quando igualmente advoga o entendimento de que a categoria dos direitos fundamentais é temporal e espacialmente condicionada, visto que se cuida que se cuida da institucionalização jurídica dos direitos humanos na esferas do direito positivo. SARLET,Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Ver. Atual. e Ampl. Porto Alegre . Livraria do Advogado. Ed. , 2005. , p.37.

[7] P. C. Villalon, *in* : REDC nº 25(1989), p. 41-2.

[8] Cf. O. Höffe, Derecho Intercultural, especialmente p. 166-69,explorando ainda, a diferença entre o plano pré – estatal (dos direitos humanos) e o estatal (dos direitos),. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 37.

[9] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução por Ellenm Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1988.

[10] *Ibidem*

4 O ACESSO Á JUSTIÇA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

E com relação ao "Acesso á Justiça e os Direitos Fundamentais " O professor Leonardo Greco faz a seguinte citação:

> "antes de assegurar o acesso á proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos ."[11]

E como declaram Cappelletti e Bryan Garth; o acesso à justiça pode portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. A explicação que se faz necessária neste caso é que quando um cidadão tem seu acesso á Justiça de modo pleno, significa que o mesmo não só adentrou nas edificações do Tribunal de Justiça e sim, que teve o seu acesso á Justiça satisfeitos sem deixar lacunas, isto é demonstrado, pelo artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966; os quais são os direitos dos cidadãos, oriunda da "Declaração Universal dos direitos dos Homens" aprovada pela Assembléia geral das Nações Unidas em 1948.

> "Artigo 10,toda pessoa tem direito em plena igualdade, a que a sua causa seja eqüitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal, que contra ela seja deduzida."[12]

O "Acesso á Justiça", como direito fundamental é também constitucional, pois consta na Carta Magna do Brasil de 1988 no inciso LXXIV do Art.5º. E pela data de

[11] GRECO,Leonardo. "Acesso à Justiça no Brasil. In Revista do Curso de Direito da UNIVALE- Universidade do Vale do Rio Doce, nº 1.Governador Valadares . UNIVALE, jan/jun. 98, p. 70.
[12] CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. Op. Cit.

criação da Constituição pátria vê-se que esta previsão foi declarada há mais de vinte e cinco anos atrás, e por incrível que, possam ser muitos os entes federativos, estes não se amoldaram, para estarem prontos para prestarem a necessária assistência jurídica tão necessária no caso dos pobres, tudo isto se encontra relatado na Carta Magna do País.

O professor Leonardo Greco relata outro sim que *"O Acesso á Justiça" não estará concretamente assegurado se o Estado não oferecer a todos a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito de seus direitos*[13]*. "(Op. Cit. , 74)*

Pelo que se lê acima, deduz-se que o "Acesso á Justiça" é para todos, inclusive para os que estão, eventualmente desprovidos de recursos financeiros, isto é o que prediz a Constituição Brasileira de 1988.

5 O ACESSO À JUSTIÇA NA SUA EFETIVIDADE DIANTE DA ONU

Sabe-se que quando o cidadão tem a garantia de acesso á Justiça, aí neste caso aparece a constituição dos direitos humanos e isto pode ser estendido ao pleno uso da cidadania.Fica bem entendido que quando um cidadão tem seu pleno acesso á Justiça, isto não significa dizer que ele simplesmente foi atendido pelo Poder Judiciário. Isto tem seu significado maior quando realmente a Justiça atende ao cidadão sem deixar dúvidas quanto ao pleno resultado da assistência almejada pela pessoa seja cidadão ou cidadã, sem nenhum preconceito de cor. Para assegurar o que foi declarado nesta exposição acima, e para marcar a efetividade do acesso à justiça diante da ONU menciona-se a ' Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. "Soma-se a esta menciona-se o Art.14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, declarando e descrevendo os direitos dos cidadãos . E para ratificar diz-se que"O Acesso à Justiça", que é indicado aos pobres é de um efeito bem mais complexo,por integrar um sistema cujas características são providas de um amplo aspectro para ser interpretado a fim de aplicar seus benéficos efeitos aos cidadãos necessitados, justamente com base neste artigo conforme se descreve abaixo:

[13] CESAR, Alexandre. Acesso à Justiça e Cidadania . Cuiabá. Ed. UFMT. 2002. , p. 75.

> "Artigo 10: Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja eqüitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida."

6 DIGNIDADE HUMANA

Ressalta-se neste espaço a posição da atual Constituição Brasileira diante deste princípio da Dignidade Humana, às vezes tão propagado e ao mesmo tempo esquecido nos quatro pontos do País e que é necessário não ficar esquecido e que seja aplicado a todos os cidadãos do País,principalmente quando este cidadão está desprovido de recursos financeiros ou que seja pobre, e que esta situação seja comprovada ao procurar o "Acesso à Justiça", a Constituição Brasileira tem em seu interior a seguinte declaração:

"Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos :

I A soberania
II A cidadania
III A dignidade Humana"

Nota-se que este importante dispositivo está no inciso III, do art. 1º Princípios Fundamentais da Magna Carta Brasileira atual, e tem uma aplicabilidade de grande relevância para ser aplicado em todo o ordenamento jurídico brasileiro e no "Acesso á Justiça ".[14] E complementando-se este estudo da Dignidade Humana, chega-se á conclusão que é de reconhecida importância este instituto no coração da Constituição Brasileira de 1988, inclusive, isto fica ressaltado pelas palavras que se encontram em descritas abaixo:

[14] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

> "Assim antes tarde do que nunca, pelo menos ainda antes da passagem para o terceiro milênio, a dignidade da pessoa e, nesta quadra, a própria humana, merecem a devida atenção por parte de nossa ordem jurídica positiva."[15]

O que fica ressaltado com a dignidade da pessoa humana é a constituição da barreira ao não afastamento do Estado em socorrer o cidadão.[16]

7 OS DIRETOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS

Estes direitos estão amoldados na Constituição Brasileira de 1988 e são eles que fazem permanecer concreto um princípio fundamental que merece uma grande relevância que é o princípio fundamental da dignidade humana que ficou perpetuado nesta atual Carta Magna brasileira[17]. Existe controvérsias por parte dos Países estrangeiros diante dos princípios da dignidade da pessoa humana, tanto dentro ou fora do País, e para que fique o registro, ressaltar necessário é a crítica alienígena de G. Dürig quer faz uma comparação entre os direitos fundamentais brasileiros e alemães, afirmando que os direitos fundamentais alemães tem a isenção de lacunas e com ênfase na dignidade humana,conforme está expresso no inciso I, do art. 1º da Lei Fundamental[18]. Dürig, mestre de Tübigen, realiza sua fundamentação pretendendo que seja a dignidade da pessoa humana se concretize em todos os direitos fundamentais de modo específicos que tiveram todos os direitos fundamentais específicos, diretamente aplicáveis pelo artigo 1º [19]da Constituição Federal Brasileira e seu inciso já acima comentado. Com toda, a controvérsia existente, e que partindo dos mais variados juristas e filósofos alemães. Dentre estes está Konrad Hesse e sem ter nenhuma pretensão de Dürig, chega-se á seguinte conclusão:

---

[15]SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituiçã*o *Federal de 1988*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. , p. 62.
[16] SARLET,Ingo Wolfgang. Ibidem. , p. 110
[17] Cf. E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. , 54-5. Mais recentemente, G. B. Pena de Moraes, Dos direitos Fundamentais, p. 89 e segs. , refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana como elemento que confere unidade ao sistema doa direitos fundamentais na nossa Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. , cit. , p.81.
[18] SARLET, Ingo Wolfgang. *Ibidem.*
[19] *Ibidem.*

È impossível sustentar que os direitos fundamentais são formadores de um sistema fechado e à parte no âmago da Constituição, e Hesse ser revela em suas ponderações presentes no seio da atual Constituição cidadão de 1988 que tem a seguinte interpretação.

> "O concreto materialmente aberto de Direitos Fundamentais positivados no § 2º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988 texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais bem assim, como para reconhecimento de direitos fundamentais não escritos que façam parte das normas em vigor que constam do Manual de Normas dos Direitos Fundamentais e que sejam integrantes da Constituição."[20]

e os conflitos são resolvidos, por intermédio da ponderação e também com o uso da pacificação aplicadas ao fato. O jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet adota uma posição a respeito da hierarquização das normas, e diz que não se diminui de posição de valores quanto ao grau de importância na escala da Constituição, dando mais valor a um direito em relação a outro, principalmente nos casos dos direitos fundamentais.[21]

8 DIREITOS FUNDAMENTAIS SEGUNDO ROBERT ALEXY

Este filósofo e jurista alemão está sempre envolvido com estas questões de direitos fundamentais e dá uma posição a respeito e dá uma posição a respeito destes quando define nas passagens que se segue:

> "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas concernentes ás pessoas , que do ponto de vista do direto

[20] Sobre o conceito materialmente abeto de Direitos Fundamentais na nossa Constituição, remetemos o leitor ao item, 4 deste capítulo, onde aprofundamos o terma. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. , p. 83.

[21] Cf. J. Freitas. A interpretação Sistematizada do Direito, p. 138 e ss e 184 e ss. , onde apresente original e sugestivo decálogo norteador da atividade hermenêutica, além de apontar par o fato de que uma interpretação sistemática implica sempre em hierarquização axiológica, que por sua vez, se encontra intimamente ligada ao princípio da unidade da Constituição. Nesta mesma linha situa-se importante contribuição de A. Pasqualini, Hermenêutica e Sistema Jurídico. 57 e ss. SARLE, Ingo Wolfgang. Op. Cit. , p.86.

constituição positivo, foram, por seu contudo e importância (fundamentabilidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentabilidade formal), bem como a que , por seu contudo e significado, possam lhes a serem equiparados, agregando-se à Constituição material,tendo ou não, assento na Constituição formal aqui, considerada a abertura material do catálogo.[22]"

9 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É um tema atual cuja presença é constante entre nós que busca observar os direitos fundamentais à luz do ordenamento constitucional que está vigente, a fim de que esses direitos operem com eficiência, é neste momento que passa a fazer parte do elenco e ter o seu emprego á assistência judiciária aos pobres, e porque a todos os que tenham necessidade da mesma, pois este tipo de assistência pertence ao elenco dos direitos fundamentais,m conforme o inciso LXXIV do art.5º da Constituição da

[22] Para R. Alexy, Theory der Grund recht, p. 407, os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário ("Grundrecht des Grundgsetzes sind positionem, die vom standpunkt des verfassungsrechts aus so wichintig sind, dass ihre gewahrung oder Nichtgewahrung nicht der einfachen parlementarischen Mehrheit überlasse werden kann"). Tendo em vista a distinção por nós traçada entre os direitos humanos e direitos fundamentais, é de ressaltar, neste particular, a circunstância de que uma conceituação direitos humanos , no sentido de posições jurídicas outorgadas a todos os homens de todos os lugares (na esfera do direito internacional), deve, necessariamente, ter um caráter universal e, ao menos em princípio, desvinculado do direito constitucional positivo de determinado Estado, ainda que a este seja , parcial ou integralmente, aplicável em face da possível coincidência entre o elenco dos direitos humanos e o dos direitos fundamentais, ou do reconhecimento, por parte da ordem constitucional estatal, de sua vigência e eficácia no âmbito da ordem jurídica interna. Neste sentido, no que concerne à conceituação dos direitos humanos, remetemos o leitor à prestigiada definição do jurista espanhol A. E. Perez Luño, o qual, contudo, reconhece que sua definição também não possui o condão de fornecer resposta A. E. Perez Luño, o qual, contudo, reconhece que sua definição também não possui o condão de fornecer resposta satisfatória para todos pos problemas que suscita a questão dos direitos humanos (Derechos Humanos, p. 51). De acordo com a formulação do referido doutrinador, "os direitos humanos aparecem com um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da liberdade da s igualdades humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional"(Derechos Humanos, p. 48.). Ainda no que concerne á conceituação de Perez Luño, importa frisar a circunstância de que esta abrange tanto a dimensão internacional(dos direitos humanos), quanto a nacional (dos direitos fundamentais), de acordo com a distinção que optamos por adotar para efeitos desta investigação. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. , p. 89-90.

República Federativa do Brasil. E para melhor ficar fixado apresenta-se a seguinte citação:"*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata* ". Esta citação provoca divergências tanto na doutrina quanto na Jurisprudência, e merece ser alvo de pesquisas prioritárias e com objetivos sérios de se chegar a resultados positivos, pois é de grande utilidade para uso dos cidadãos, pois este dispositivo está à disposição de quem quiser, empreender a pesquisa, sendo pois este legado que deixou o Constituinte . Mister se faz que seja necessário a presença de uma padronização nas àreas dos termos jurídicos constitucionais; pois, é uma parte que ainda não se chegou a nenhum ponto de concordância, pois aí se dão variadas opiniões a respeito das denominações terminológicas usada nesta área.[23] Os direitos fundamentais tem um posicionamento muito variado conforme onde vão se manifestar., e isto provoca a s diferenciações existentes entre os direitos humanos . E para que fique melhor de ser estudado é necessário que se faça uma divisão, para dominar os seus efeitos de acordo com seus doutrinadores.[24]

10 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO

Explica-se aqui o posicionamento deste acesso á Justiça e o Direito, para que fique conscientizado o papel deste dispositivo e seu relacionamento com os direitos fundamentais,pois são interligados, e conforme relata o Professor Leonardo Greco[25], realmente esta conexão existe, o "acesso á justiça" aos pobres e a todos os cidadãos que tenham necessidade de acionar á Justiça e não possuam meios financeiros para

[23] Neste sentido, cumpre referir a oportuna advertência efetuada por J. H. Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, p. 285, ainda sob a égide da Constituição de 1946. Ressalte-se que a obra de Meirelles Teixeira, inobstante publicada com livro apenas há alguns anos (após a mote do autor , em edição compilada e revista pela Profª Maria Garcia, foi redigida sob a forma de lições policopiadas, no decorrer dos anos 50 e 60, precedendo até mesmo a merecidamente prestigiada obra de José Afonso da Silva sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, cuja primeira edição data de 1968. Neste sentido, dos autores habitualmente citados, é sem dúvida Meirelles Teixeira a quem entre nós, se deve a pioneiras incursão profunda e crítica sobre o tema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, propondo uma revisão da doutrina clássica de inspiração norte- americana com base em concepções desenvolvidas por juristas germânicos da época da Weimar e de outros autores italianos do porte de Crisafulli e outros. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. , p. 231.

[24] GUERRA FILHO,Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais . São Paulo. Celso Bastos Ed. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 3.ed. , 2003.p.26

[25] GRECO, Leonardo. Estudos de Direito Processual. Campos dos Goytacazes. Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. , p. 205-6.

fazê-lo e realmente um "acesso à justiça" de modo eficaz, tem que ser levado a efeito em um tribunal que seja pertencente ao poder estatal, não servindo para isto, um tribunal não pertencente ao sistema governamental, tem que ser provido de imparcialidade em seus julgamentos e tem que ter de maneira prévia a competência para dar a solução ou resolver quaisquer questões, lides ou causas que tenham suas ligações com a legalidade e que sejam protegidos dentro dos trâmites legais e que tenham o consentimento da lei e tenham seus atos ratificados pelo Juiz. Isto ficará mais eficiente e funcional se os cidadãos forem conscientizados e esclarecidos quanto a seus direitos e que o Estado tenha lhe dado todas as condições para que tenha os seus direitos quanto ao "acesso á Justiça "; e se caso houver alguma disposição em contrário que o órgão estatal policie e que faça valer os direitos do cidadão sem nenhuma hesitação ou atrasos por parte do Estado, pois a Constituição assegura isto pelo seu art.5º § 2º e ss. Constituição Federal de 1988. È esclarecedor reconhecer que o acesso à Justiça possui diante de suas realizações barreiras que podem ser econômicas, geográficas , e burocráticas Em relação à proteção que o Estado deve proporcionar ao cidadão os seus direitos constitucionais, como é o " Acesso á Justiça "

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nestas considerações finais diz-se, que procurou-se mostrar o elo de ligação que existe entre os Direitos Fundamentais e o Acesso á Justiça, sendo então o assunto disciplinado pela Constituição do Brasil de 1988 e para também esclarecer aos cidadãos . E que os cidadãos que realmente sejam carentes de recursos financeiros que e não fiquem em esta assistência jurídica, pois é um direito dos cidadãos,basta procurar se informar. Desejando-se que as leis da magistratura brasileira se aperfeiçoe cada vez mais no intuito de que estes direitos fundamentais que dão o Acesso á Justiça , sejam aplicados e respeitados da maneira mais ampla e que seja estendido o seu alcance a todos os seus cidadãos, de qualquer parte desta nação Chamada Brasil que tenham coragem, a fim afim de possa m chegar até à Justiça, sem medo ou temor de qualquer natureza, pois como foi explicado esses direitos são de grande amplidão e de vem ser utilizados pelos cidadãos que não possuam as armas necessárias, que é o advogado, por não ter como pagá-lo,então se os cidadãos souberem dos seus direitos , não tremerão

em chegar até ela; ou fazer o uso do " Acesso à Justiça " dos Direitos Fundamentais, da constituição cidadã brasileira, eis o que se espera neste atual Estado de Direito que o Brasil está vivendo e que de certa forma, tem que objetivar aos seus cidadãos o que de melhor existe em questão de Justiça e Assistência Judiciária; pois, estes cidadãos só têm a esperar por estes serviços que a nação possa lhes ofertar por conta dos impostos pagos, tendo também seus direitos assegurados na Constituição Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organização Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro; Roma Victor, 2003.

BRASIL. *CLT acadêmica, Constituição Federal.* São Paulo: Saraiva, 2005

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes. Faculdade de Direito de Campos

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: *Celso.* 2003.

PEIXINHO, Manuel Messias . *Teorias e Métodos de Interpretação dos direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumens Júris. 2004.

A EFICÁCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Susana Bruno∗

RESUMO

Analisam-se as questões relevantes envolvendo a educação como direito social fundamental, protegida por uma série de garantias, nacionais e internacionais, que procuram efetivar a prestação educacional pelo Estado. Para uma melhor compreensão do tema, a primeira parte estabelece o tratamento dado às normas *juspedagógicas*, em âmbito nacional e internacional. Na segunda parte, faz-se uma relação entre o direito à educação e o mínimo existencial. A terceira parte procura estabelecer a inefetividade dos direitos prestacionais face à sua relevância econômica. Na quarta parte busca-se informar os instrumentos de tutela jurisdicional para a obtenção da educação. Conclui-se que, muito embora tenha havido um avanço legislativo na área da educação, faz-se necessário o implemento de políticas públicas mais eficientes de forma a minimizar os efeitos da exclusão social.

PALAVRAS-CHAVE: EDUCAÇÃO, MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL, INSTRUMENTOS DE TUTELA

ABSTRACT

The excellent questions are analyzed involving the basic social education as right, protected for a series of guarantees, nationals and internationals, that they look to accomplish the educational installment for the State. For one better understanding of the subject, the first part establishes the treatment given to the *juseducational* norms, in national and international scope. In the second part, a relation becomes enters the right to the education and the existencial minimum. The third part looks for to establish the ineffective of the installments rights face to its economic relevance. In the fourth part one searchs to inform the instruments of jurisdictional guardianship for the attainment of the education. One concludes that, much even so has had a legislative advance in the area of the education, becomes necessary implements it of more efficient public politics of form to minimize the effect of the social exclusion.

KEYWORDS: EDUCATION, MINIMUM EXISTENCIAL, RESERVE OF THE POSSIBLE ONE, INSTRUMENTS OF GUARDIANSHIP

∗ Mestranda na Faculdade de Direito de Campos Área de concentração Políticas Públicas e Processo.

INTRODUÇÃO

Danton, ao tempo da Revolução Francesa, em 1793, na sessão da Convenção em 13 de Agosto, já declarou que: “Depois do pão, a educação é a primeira necessidade do povo”.

O direito à educação é uma qualidade primordial para a vida humana. Esta é a idéia que permeia o texto que se segue, cujas linhas de argumentação são as seguintes:

Sabe-se que o direito à educação há muito encontra guarida em âmbito internacional, donde se constata a preocupação mundial com o tema.

No entanto, conforme restará demonstrado, somente com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 (CRFB/88), é que tivemos um avanço rumo à efetividade deste direito fundamental, posto que foi dado um novo tratamento legal à educação, especialmente ao ensino fundamental, não sendo estultice afirmar que nenhum outro direito, de todos os nela previstos, recebeu tratamento tão primoroso. A sensibilidade legislativa do constituinte originário foi capaz de estabelecer uma visão democrática do direito à educação(1). Foi hábil também ao instituir que o dever do Estado seria efetivado mediante a garantia do atendimento especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, e mesmo na oferta de ensino noturno regular, o que é, sem dúvida, dirigido à classe trabalhadora, e também aos desvalidos, de forma que o direito à educação, enquanto atrelado aos fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito, começou a ser visto como um dos fatores primordiais de composição da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Ademais, não se pode esquecer que o direito à educação se traduz como uma condição para a realização dos ideais da República, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, com erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, livre de quaisquer formas de discriminação, preceito estabelecido no art. 3º, CRFB/88(2).

Por outro lado, a aposição do direito à educação na Carta Republicana de 1988, ainda que de forma suprema em relação aos demais direitos lá estabelecidos, não foi capaz

(1) Art. 6º da CRFB/1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho...”
(2) Art. 3º da CRFB/1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:”...

de extinguir o problema da exclusão ao direito de ensino. Muita embora a CRFB/88 esteja atingindo sua segunda década de existência, pode-se asseverar que a iniciativa tanto governamental quando do terceiro setor para garantir a efetividade das normas internacionais e constitucionais jus-pedagógicas é tímida e aliada à ineficácia da proteção jurídica a esse direito fundamental tem-se a questão que hoje se apresenta: na hipótese de inobservância do direito subjetivo público à educação, existem mecanismos jurídicos para dar efetividade às normas jus-pedagógicas ou trata-se de previsão normativa falaciosa, eivada de inaplicabilidade?

A escola nada mais é do que fruto da reprodução social e, em assim sendo, apresenta-se com as mesmas exclusões constatadas na sociedade. Lutar pela efetividade das normas jurídico-educacionais, traduz-se no combate por uma sociedade brasileira mais justa, sem a distinção entre as classes econômicas, entre os seres “normais” e “especiais”.

1 EFICÁCIA DAS NORMAS JUSPEDAGÓGICAS

Inicialmente há que se registrar o nosso entendimento que no que se refere à eficácia do direito à educação, onde se clama pela interdisciplinaridade, abandonando as amarras do positivismo jurídico e permitindo a análise do assunto sob a ótica política, econômica, social, histórica e tantas outras que se fizerem necessárias. No entanto, trataremos no presente, tão somente a eficácia no que se refere à seara do direito.

A Constituição Brasileira de 1934 foi a primeira, em âmbito nacional, a dar o amparo constitucional à educação como sendo um direito de todos. Assim estabelecia:

> “Art. 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação e desenvolva no espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”

Entretanto, a norma acima transcrita é dotada de inocuidade, sendo considerada meramente programática[3].

Pontes de Miranda, em seus comentários à Constituição de 1967, expressou que: "A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas"[4].

As Constituições seguintes, que trouxeram em seu corpo, normas semelhantes à citada, também foram omissas em relação à necessidade de se estabelecer sanções ao seu descumprimento.

Assim, no que pertine à efetividade das normas referentes à educação, no decorrer da história brasileira, constata-se que o Poder Público nunca encarou com seriedade a prestação educacional, apesar das Constituições Brasileiras desde 1934, declararem que a educação é direito de todos.

Por igual caminho, cabe lembrar que o não oferecimento ou a oferta irregular da prestação educacional é uma dívida histórica do Poder Público, que importa em responsabilidade do Estado. Esse foi o motivo da luta dos jus-pedagógicos pelo reconhecimento, no texto constitucional de 1988, do direito subjetivo público à educação e da existência de garantias, sanções e remédios judiciais adequados e eficazes para a efetivação de seu cumprimento.

O direito à educação foi tratado em sede constitucional nos arts. 205 e segs. e no âmbito infraconstitucional nas leis 8069/90 (ECA)[5], Lei 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases)[6] e Lei Complementar n. º 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)[7]. Importante lembrar que tanto o art. 208 da CRFB e seus parágrafos, quanto o art. 5º parágrafos 3º e 4º da LDB, são normas de eficácia plena e que o próprio parágrafo 4º do

(3) Segundo Michel Temer, norma programática é aquela que estabelece "um programa constitucional a ser desenvolvido mediante legislação integrativa da vontade do constituinte."
(4) "A ingenuidade ou a indiferença ao conteúdo dos enunciados com que os legisladores constituintes lançam a regra 'A educação é direito de todos' lembra-nos aquela Constituição espanhola em que se decretava que todos os espanhóis seriam desde aquele momento 'buenos'. A educação somente pode ser direito de todos se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas; portanto, se há direito público subjetivo à educação e o Estado pode e tem de entregar a prestação jurisdicional fora daí, é iludir o povo com artigos de Constituição ou de leis. Resolver o problema da educação não é fazer leis, ainda que excelentes: é abrir escolas, tendo professores e admitindo alunos."
(5) CRFB/88 arts. 53 a 59; arts. 205 a 207.
(6) Lei 9394/96 "Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo."
(7) "Lei Complementar 101/00 – Art. 25, § 1º IV b) e § 3º

art. 5º da LDB estabelece a possibilidade de responsabilidade criminal do agente público na hipótese de descumprimento.

O reconhecimento do direito à educação como sendo um direito fundamental e também um direito subjetivo público, impõe ao Estado a garantia de sua efetivação, através de prestações positivas e igualitárias.

José Afonso da Silva(8) trouxe importante contribuição com sua classificação das normas constitucionais. De acordo com a sua classificação precisa, em análise às normas constitucionais atinentes à educação fundamental, pode-se asseverar que a sua aplicabilidade é imediata e sua é eficácia plena, tendo em vista a roupagem que lhe é dada como sendo um direito subjetivo público.

Em nível internacional, importante trazer à baila as normas protetivas do direito à educação, senão vejamos:

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos(9), o artigo 8º estabelece que "todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

No Artigo 26, "I) Todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. II) A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. III) Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada aos seus filhos."

---

(8) Para tanto, impõe-se, ainda que de forma sucinta, lembrar a classificação das normas constitucionais valendo-se dos ensinamentos proferidos por José Afonso da Silva:

"As normas de eficácia plena e aplicação imediata são aquelas que não carecem de integração normativa e criam situações subjetivas exigíveis imediatamente.

As normas de eficácia contida são semelhantes as anteriores, diferindo-se pelo fato de que podem ter sua eficácia e aplicabilidade limitada por outra norma. Enquanto a norma restritiva não surge no cenário jurídico, esta terá eficácia plena.

Nas normas de eficácia limitada, o constituinte originário encarregou o legislador derivado de elaborar a regulamentação da matéria tratada em sede constitucional."

(9) Adotada e proclamada pela resolução 217 A III da Assembléia Geral da Nações Unidas em 26.06.1948.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, (Pacto de San José da Costa Rica)[10] estabelece no Capítulo III, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Art. 26 - "Desenvolvimento progressivo - Os estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado "Protocolo de San Salvador" informa[11]:

"Artigo 13 - Direito à educação**:**

1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direito humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;

b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos

(10) Adotada e Aberta à Assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22.11.1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.
(11) Adotada em San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, no décimo oitavo período ordinário de sessões da Assembléia Geral.

meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;

d) Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;

e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais(12):

"Artigo 13, §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz: §2. "Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

(12) Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 ratificado pelo Brasil em 24.01.1992.

A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.
Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente".

Artigo 14

"Todo Estados-partes no presente Pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição a obrigatoriedade ou a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos."

No que se refere às normas internacionais, pode-se asseverar que as normas internas brasileiras encontram-se em perfeita consonância com àquelas. Entretanto, muito embora as estatísticas governamentais não olvidem esforços para demonstrar a efetividade do acesso à educação e a conseqüente qualidade na prestação, tal realidade está longe de ser constatada.

2 MÍNIMO EXISTENCIAL

A adoção pela doutrina pátria, sem as devidas adaptações, de um conceito oriundo de ordem jurídica alemã, onde se tem uma realidade diversa à brasileira, tem mostrado grande discrepância entre o texto legal e a realidade social.

Os direitos sociais naquele país são observados como uma decorrência de princípios como a dignidade humana e o direito à vida. Assim, pode-se asseverar que dificilmente haverá o retrocesso de garantias institucionais já efetivadas na Alemanha. Todavia no Brasil a instabilidade política, social e econômica que ainda assolam o país são elementos capazes de fazer recuar as conquistas já adquiridas no plano dos direitos sociais.

Antes de tratar propriamente do mínimo existencial frente à realidade brasileira, há que se dizer que na Alemanha, os conceitos de mínimo existencial ou de limites do razoável abrangem um abundante rol de garantias bem mais extenso do que no Brasil.

Assim, fruto do princípio da dignidade humana, conhecido também como núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial se traduz no conteúdo mínimo e inderrogável dos direitos que assim são considerados e atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, vedando ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Têm-se como direitos inseridos no mínimo existencial aqueles que incidem de maneira corriqueira nos textos e instrumentos de direitos humanos, reconhecido como tal de forma universal e generalizada, produto dos tratados internacionais e sua conseqüente inserção nas normas constitucionais dos Estados e seus desdobramentos legais. Apresentam eficácia jurídica mínima capaz de moldar a realidade através dever-ser normativo e sem a qual a norma constitucional de direito fundamental torna-se um verdadeiro "nada jurídico".

O mínimo existencial está intimamente entrelaçado às condições materiais mínimas exigidas para a sobrevivência em condições dignas. Desse modo, em países em desenvolvimento como o Brasil, nos quais o mínimo existencial é historicamente ignorado pelo Poder Público, verifica-se a dramaticidade da questão e disparidade em relação aos países desenvolvidos.

Para Emerson Garcia[(13)], o direito à educação fundamental consiste em:

> "parcela integrante do mínimo existencial, não só por suas características intrínsecas como em razão de sua importância para a concreção de outros direitos necessários a uma existência digna. Como vimos, há muito a educação fundamental foi incorporada aos tratados e convenções internacionais, isto sem olvidar a sua paulatina

(13) GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

> inserção nos ordenamentos de inúmeros Estados, inclusive o Brasil. Neste País, aliás, os textos constitucionais, a contar do primeiro, sempre lhe fizeram certa deferência. Além dos prismas da universalidade e do historicismo, a Carta de 1988 a erigiu à condição de direito subjetivo público, o que em muito reduz a abstração que sempre circunda os limites do mínimo existencial e afasta a possibilidade de que sua oferta seja postergada ou negada"

Aliás, o Direito à educação tem um sentido bastante amplo, pois consiste na obrigação estatal em viabilizar a efetivação deste direito, ofertando material escolar, transporte, saúde, alimentação e segurança à população, não se admitindo retrocesso das conquistas.

Emerson Garcia(14) nos embebeda com seu conspícuo saber quando afirma:

> "o direito à educação, na vertente aqui analisada, enseja a correlata obrigação do Estado em prestá-la, o que importa na necessária observância dos princípios regentes da atividade estatal, quer sejam expressos, como a impessoalidade e a eficiência, quer sejam implícitos, como o princípio da continuidade dos serviços públicos. Especificamente em relação à continuidade ou permanência do serviço, é ela mera derivação de sua utilidade e essencialidade, ambas de matiz constitucional. Tratando-se de serviço público essencial, é imperativo a sua manutenção em caráter contínuo e regular, vedando-se a sua interrupção ou mesmo a disponibilização em nível inferior ao exigido. Não bastasse isto, é vedado ao Poder Público, inclusive, desafetá-lo e transferi-lo à responsabilidade da iniciativa privada. Ainda que seja admissível e aconselhável a participação da sociedade na concreção desse direito fundamental, o que representa mera projeção da horizontalidade dessa categoria de direitos, optou o Constituinte Originário por tornar inarredável a participação estatal, recaindo sobre o Poder Público o dever jurídico de prestá-lo".

(14) Cf. (13).

3 A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS FACE À SUA RELEVÂNCIA ECONÔMICA

Dentre as qualidades de uma norma jurídica, a efetividade é a que se revela de maior valia[(15)]. A efetividade dos direitos sociais é uma das questões mais debatidas no Direito Constitucional e sua inefetividade apresenta-se como forte motivo para a concretização da crise do Estado de Bem-Estar no Brasil, muito embora o constituinte originário não tenha olvidado esforços para registrar o compromisso com o Estado Social devidamente estabelecido no art. 1º e 3º da CRFB/88.

Com a tentativa de adoção do *welfare state*, houve significativa alteração acerca do entendimento sobre a lei e a legitimidade, onde esta última caracteriza-se como verdadeiro paradigma dos direitos de segunda geração, apresentando uma nova visão de todo o ordenamento jurídico, adequando-o ao conteúdo estabelecido em sede constitucional[(16)].

A efetividade, ou eficácia social, refere-se à capacidade de produção de efeitos de uma norma no plano fático. Uma norma só está apta a produzir efeitos quando verificada a existência dos requisitos de fato. Se estes não existirem, não pode o destinatário ser obrigado a cumprir o comando normativo.

Atrelada à questão da efetividade dos direitos prestacionais encontra-se a determinação legal estabelecida no parágrafo 1º do art. 5º da CRFB/88, impondo a eficácia plena e aplicabilidade imediata a todo e qualquer direito fundamental.

Diante deste cenário, o operador do direito deve empenhar-se para buscar uma nova hermenêutica constitucional de forma a obter a efetivação dos direitos prestacionais, verdadeiros sustentáculos do Estado Social no Brasil[(17)].

Reportando tal ensinamento para a questão educacional, vê-se que o Poder Executivo não pode alegar simplesmente a impossibilidade de disponibilizar o acesso à

---

(15) José Afonso da Silva afirma que a eficácia jurídica consiste na possibilidade de aplicação da norma de forma a atingir seus objetivos, ao passo que a eficácia sociais ou efetividade refere-se à efetiva aplicação da norma no mundo fático. In "*Aplicabilidade das normas constitucionais*", 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 65.

(16) No bem dizer de Paulo Bonavides: "A legalidade é a observância das leis e das regras; a legitimidade, a observância dos valores e dos princípios..." In "*Teoria do estado*", 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

(17) Konrad Hesse em "*A força normativa da constituição*", trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 19: "a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição."

educação nos moldes legais, face à ausência dos recursos. A necessidade de suporte econômico para a realização dos direitos sociais é tão acentuada que até os direitos denominados economicamente neutros, como os remunerados posteriormente mediante taxas, requerem, para serem disponibilizados, a alocação de verbas.

Sabe-se que os direitos fundamentais relacionados ao valor "liberdade" foram reconhecidos como sendo verdadeiros limites constitucionais ao poder estatal, sendo sempre eficazes já que não carecem de regulamentação. Entretanto, os direitos sociais exigem uma ação estatal, o que demonstra a necessidade de uma atuação positiva do Estado. Assim, importante analisar a atuação do Poder Judiciário no que refere ao amparo das pretensões positivas frente à escassez de recursos alegada pela Administração Pública.

Acerca do tema, Noberto Bobbio assim leciona(18):

> "Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado- e, portanto, com o objetivo de limitar o poder-, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado."

O sucesso normativo, representado pela eficácia e obediência à determinação legal, pode se operar de forma espontânea ou imposta. Neste último caso, em havendo determinação judicial para que o Poder Público pratique alguma ação positiva, que não se alegue a violação ao princípio da divisão das funções estatais, pois acima de tudo deve-se ter olhos firmes rumo à manutenção da unidade e organicidade estatal. O Poder é sempre exercido em nome do povo.

Resta saber qual será a atuação do Poder Judiciário no que se refere à eficácia das normas prestacionais: se negará a sua vigência ou se determinará com fulcro em critérios éticos, econômicos, sociais e políticos o seu implemento. Se de um lado existem aqueles que afirmam que o Poder Judiciário não pode adotar um modelo clientelista do cidadão, o que acarretará um agigantamento do Poder Judiciário –certamente com a anuência da sociedade civil- e conseqüente empobrecimento dos demais Poderes, por outro, tem-se que os membros do Poder Judiciário são dotados de capacidade técnica para dar a eficácia

(18) Noberto Bobbio, "A era dos direitos". Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

devida ao texto constitucional, impondo tão somente a execução dos direitos prestacionais assegurados na Carta da República.

O princípio da separação dos poderes é um instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais. Portanto, é vedada a sua utilização para a inobservância de direitos fundamentais. Evidentemente que o Poder Judiciário ao determinar um *facere* estatal de forma a efetivar os direitos prestacionais deve evitar não adentrar na seara do planejamento e conveniência da Administração Pública, sob pena de usurpação de poder. Mas deve atentar que quando há a atuação de um poder estatal numa atividade que deveria ser desempenhada por outro poder, não há ingerência de um em relação ao outro, mas sim a utilização de mecanismo existente no regime democrático que tem por fim o bem-estar da coletividade. Ademais, em se tratando de matéria afeita à infância e à juventude como no caso, o argumento da impossibilidade jurídica não poderá beneficiar àqueles que a alegam.

Ao Poder Judiciário cumpre o papel de reafirmar as balizas construídas pelo constituinte originário que previu, implicitamente, a obrigatoriedade de se alocar recursos necessários à efetivação de direitos sociais. Com isso, pretende-se que o Poder Judiciário impeça os atos administrativos em desconformidade com o ordenamento constitucional, pois o conceito de interesse público reside justamente na efetividade dos direitos fundamentais. O poder público primordialmente deve estabelecer políticas públicas capazes de viabilizar a efetividade dos direitos fundamentais, sob pena de se assim não fizer, se subsumir ao controle judicial. Significa dizer que o Poder Judiciário, valendo-se da razoabilidade e da ponderação deve impor à Administração Pública o cumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais, cabendo a esta, nos limites de sua discrição política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são. O fato de o constituinte originário ter optado pela garantia dos direitos sociais e não só os de defesa, não impõe ao Poder Judiciário que se mantenha indiferente à questão de implementação de Políticas Públicas. Espera-se que o Poder Judiciário interceda junto aos demais poderes no limite do seu comprometimento com a democracia e com a cidadania ativa estabelecida no Estado Democrático e Social de Direito, aproximando o dever-ser normativo (*sollen*) do ser (*sein*)[(19)].

(19) Cf. (17), p. 09.

Por fim, importante trazer à baila os ensinamentos de Noberto Bobbio quando diz: “uma coisa é falar dos direitos emergentes, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes, outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”[(20)]

4 INSTRUMENTOS DE TUTELA À EDUCAÇÃO

Atendendo ao conclamo internacional, a CRFB/88 trouxe em seu bojo os direitos prestacionais outorgando-lhe a sua devida colocação constitucional e, como via de conseqüência, acarretou não só um alargamento da jurisdição, traduzindo-se no escoamento de novas demandas e novos personagens para o âmbito do Poder Judiciário[(21)], que buscam a obrigação do Poder Público em efetivar as políticas protegidas constitucionalmente, mas também uma limitação ao Poder Legislativo em sua função tipicamente legiferante, quando os inseriu no rol de direitos fundamentais.

Assim, o direito à educação enquanto direito fundamental, não deve ser apreciado como sendo um direito absolutamente individual, devendo superar a relação Estado-indivíduo, ampliando o âmbito da aplicabilidade, dando um contorno de um direito dotado de socialização, de coletivização.

Cumpre dizer que no texto constitucional pátrio, além da previsão genérica de inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Poder Judiciário[(22)], tem-se a possibilidade da punição por qualquer ato discriminatório contra direitos e liberdades fundamentais.

Importante também lembrar que o direito constitucional de ação traduz-se, num primeiro momento, como sendo um direito de acesso à justiça, posto que todo cidadão tem o direito de pleitear junto ao Poder Judiciário a prestação da tutela jurisdicional. Como as relações jurídicas passaram a ter um enfoque coletivo, o acesso à justiça passou a ser considerado como o exercício da cidadania.

Contudo, verifica-se que o problema da efetivação do direito à educação, se situa antes da necessidade do cidadão em se socorrer junto ao Poder Judiciário para ter sua

(20) Cf. (18), p. 63.
(21) por exemplo: ações coletivas envolvendo questões consumeristas
(22) “art. 5, XXXV, CRFB- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

pretensão jus-pedagógica satisfeita. A questão do acesso à justiça é bem mais profunda, envolvendo não só a oferta de mecanismos processuais para a efetivação dos direitos dos jurisdicionados, mas também aspectos culturais, sociais e econômicos, onde os indivíduos dos extratos sociais mais baixos têm incutida e pacificada a sua exclusão social. Assim, antes da inserção dessa camada da população sob o manto de proteção do Poder Judiciário, impõe-se a socialização dos mesmos. Desse modo, é preciso inserí-los na sociedade na condição de pessoas dotadas de dignidade humana, formá-los, informá-los que os direitos existem para, após, apresentá-los os meios de efetivação do direito que se almeja..

O acesso à justiça não se caracteriza somente através do ingresso de ação judicial almejando uma ordem jurídica justa. Para a efetividade do acesso à justiça, é necessário proporcionar à sociedade de uma maneira geral, não só a possibilidade de demandar junto ao Poder Judiciário, mas também fornecer-lhe a conscientização dos direitos e os meios para a defesa dos interesses processuais de maneira adequada. E não é apenas com a existência dos instrumentos de tutela à educação, sem o devido desenvolvimento de políticas públicas, é que haverá uma real garantia de direito à educação.

No que tange aos princípios que informam o acesso à justiça, o professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro(23) afirma o seguinte: "O conhecimento dos direitos que temos e como utilizá-los é o ponto de partida e, ao mesmo tempo, de chegada para que o acesso à justiça seja real e alcance a todos."

Prosseguindo, observa ainda o autor:

> "O direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso é tão importante como o de ter um advogado, um defensor, que estejam à disposição daqueles necessitados que, conhecedores dos seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condições sequer de serem partes – os "não-partes" são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos de que dispõem ou como exercê-los; constituem o grande contingente de nosso país."

(23) ,CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública – uma nova sistematização da teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Os remédios constitucionais como o mandado de segurança[24] e outras garantias constitucionais, são postos à disposição dos cidadãos para que estes provoquem a intervenção do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal).

Além da fundamentação legal no direito internacional, em nível infraconstitucional, as relações jurídicas educacionais devem ser observadas sob a ótica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (arts. 81 e segs. da Lei nº 8.078/90)[25], do Estatuto da Criança e do Adolescente que destina o capítulo IV ao direito à educação (arts. 53 a 59 da Lei nº 8.069/90), destacando-se o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, como direito público subjetivo. Esse diploma legal recepcionou o princípio de acesso à justiça para toda criança ou adolescente através do art. 141, para afinal reservar os artigos 208 a 224 para proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos próprios da criança e do adolescente, protegidos pela Constituição Federal e pela lei.

Ainda no nível infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 26.12.1996) preconiza no art. 5º, que o acesso ao ensino fundamental corresponde a um direito público subjetivo, mencionando que a parte legítima pode acionar o Poder Público de modo a garantir o acesso ao ensino obrigatório.

Cumpre lembrar que no âmbito constitucional atual, por força do disposto no art. 129, III [26], houve ampliação da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública. E por tal motivo, lembra o constitucionalista Maurício Antônio Ribeiro Lopes que "o Ministério Público poderá demandar contra o poder público para exigir o acesso à educação pelos meios já expostos, com exceção do mandado de segurança coletivo, por lhe faltar legitimidade processual." E assim age, via de regra, através da propositura de ação civil pública.

A possibilidade legal da judicialização do não-oferecimento ou da oferta irregular da educação escolar certamente não representa a solução para todas as insuficiências da área educacional. Poderá constituir-se, no entanto, em significativo instrumento de coerção para as mudanças necessárias e desejadas na legislação brasileira, porque, no dizer de Dom

(24) "Art 5º, LXIX e LXX, b, CRFB.
(25) Lei nº 8.078/90, arts. 81 a 84
(26) Art. 129, III, CRFB; art. 25, inc. IV, a, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público); art. 5º da Lei nº 7.347/85; art. 201, inc. V, Lei 8069/90; Art. 210, inc. I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Luciano Mendes de Almeida[27]: “a lei há de contribuir para a mudança da mentalidade na sociedade brasileira, habituada, infelizmente, a se omitir diante das injustiças de que são vítimas as crianças e adolescentes. O respeito à lei fará com que a opressão e o abandono dêem lugar à justiça, à solidariedade e ao Amor”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verificação da inefetividade dos direitos à educação e a inaplicabilidade do conceito de reserva do possível ao direito brasileiro, apresenta-se como reclamo pela crise vivenciada em modelo de Estado Social que acabou por não se concretizar nos moldes previstos na Carta Constitucional de 1988. A efetivação dos direitos fundamentais é obstaculizada não só pelas omissões legislativas, onde o mandado de injunção, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e até mesmo a argüição de descumprimento de preceito fundamental funcionam como instrumentos processuais para tal, mas também pela atuação impositiva que se faz necessária junto ao Poder Público, via de regra pelo Poder Judiciário. Neste último aspecto cumpre salientar que a ausência de previsão orçamentária se apresenta como um dos maiores inviabilizadores da imposição de conduta comissiva do Estado-Administração. Cabe, então, aos operadores do direito, proporcionar a concretização dos direitos fundamentais, impugnando os atos discricionários que importem em despesas do ente estatal, mesmo diante de um cenário que paire a inexistência ou deficiência de políticas públicas de atendimento aos deveres fundamentais prestacionais estatal e clamar pela aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social[28].

As normas constitucionais voltadas para os direitos sociais são normas jurídicas em sentido pleno, com eficácia e aplicabilidade imediata, possuindo, dessa forma todas as características atinentes a norma jurídica: imperatividade, bilateralidade, abstratividade generalidade e coercibilidade. Assim, cabe ao destinatário da norma o seu acatamento. Geralmente, o próprio Estado se encarrega da tarefa da inobservância das normas jus-pedagógicas.

---

(27) VIII Encontro Nacional da Pastoral da Juventude. Campinas. Jan. 2006. (32) Cf. (5)
(28) O principio da proibição do retrocesso social repudia o abandono das conquistas sociais fundamentais já adquiridas, sem a aquisição de outra que proporcione à população condição igual ou superior a já vivenciada.

Mesmo diante do descaso histórico principalmente estatal acerca do descumprimento das normas voltadas para a educação, verifica-se que o Brasil caminha a passos largos e seguros no sentido de se buscar a efetividade dos direitos sociais, dentre eles, o direito à educação, pois além dos remédios constitucionais, criaram-se normas com indicação dos meios jurídicos para sua efetivação, detalhando, inclusive as sanções a serem aplicadas na hipótese de descumprimento. É o que ocorre com a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00) e com a Lei Darcy Ribeiro(29).

Com a adoção de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico, de forma a viabilizar a redistribuição de recursos existentes, almeja-se atingir a máxima efetivação do direito à educação. Importante lembrar que as normas protetivas à educação de âmbito internacional corroboram com as normas internas, fortalecendo-as, restando, portanto, demonstrado que no Brasil a efetividade da educação será obtida somente com a adoção de políticas públicas conscientes da necessidade da sua concreção.

São estas iniciativas que se apresentam como solução para os excluídos do acesso à educação no Brasil. A nós, afortunados da educação, cabe a incessante luta pela educação do povo brasileiro de forma que consiga reconhecer as armadilhas muito bem camufladas que conduzem à exclusão social.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. *A educação brasileira e o direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

(29) Lei nº 9394/96.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição de 1934*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasil, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em 28 set. 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. por Ellen Gracie Northfleet. Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública* – uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. 2001.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. *Contribuição à sistematização do direito educacional*. São Paulo, 1981. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo.

FERRAZ, Esther de Figueiredo. *A importância do direito educacional*. *Mensagem*, Revista do Conselho de Educação do Ceará, Fortaleza, n. 8, 1982-1983.

GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes

IHERING, Rudolf Von. Trad. de Richard Paul Neto. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Comentários à lei de diretrizes e bases da educação*: Lei 9.394, de 20.12.1996; jurisprudência sobre educação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1. de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 348.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RUIZ, Urbano. *Direito à educação*. Jornal Folha de São Paulo, São Paulo, 3º Caderno, p. 2, 20 jun. 1998.

SANTOS, Boaventura Souza de. *Pelas mãos de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In:

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL (Brasil) Disponível em <http>//www.senado.gov.br> Acesso em 28 set. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direitos Humanos e a Tributação*: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

A SOCIEDADE INTERNACIONAL E SEU CAMINHAR SENTIDO AO COMUNITARISMO

Adriano Moreira Gameiro*

RESUMO

O presente artigo objetiva fazer análise superficial da evolução do convívio do homem em sociedade, com a formação do Estado, e a reunião desses em uma sociedade internacional regulada por um direito internacional. Buscará também demonstrar as dificuldades desse atual sistema internacional e a sua semelhança com a situação de estado de natureza do período de pré-formação estatal. Constatada essa semelhança passa a ser objetivo verificar o atual cenário de expansão do comunitarismo, o que pode levar a um futuro, talvez não tão distante, porém, incerto, de formação de uma Comunidade Internacional.

PALVRAS-CHAVE: SOCIEDADE INTERNACIONAL, COMUNIDADE INTERNACIONAL, ESTADO, SOBERANIA.

ABSTRACT

The present article aims at to do superficial analysis of the evolution of the man's conviviality in society, with the formation of the State, and the meeting of those in an international society regulated by an international right. Will also look for to demonstrate the difficulties of that current international system and your likeness with the situation of state of nature of the period of State pré-formation. Verified that likeness it becomes to verify the current scenery of expansion of the International Community, what can take to a future, perhaps not so distant, however, uncertain, of formation of an International Community

KEYWORDS: INTERNATIONAL SOCICIETY, INTERNATIONAL COMMUNITY, STATE, SOVEREIGNTY.

* Mestrando em Direito Negocial e Especialista em Filosofia Política e Jurídica, ambos pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Endereço eletrônico: portugameiro@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é fazer uma superficial análise das formas de convivência do homem, inicialmente no seu livre-arbítrio individual, que o levou à formação do Estado, e posteriormente no livre-arbítrio entre Estados, que permanece até os dias atuais, e que pode levar-nos a uma nova concepção de mundo.

Para tanto, premente se faz a retomada de assunto da filosofia política, a concepção do Estado sob o ponto de vista de uma teoria racionalista, o contratualismo dos conhecidos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Segundo essa teoria a inexistência de regulamentação das condutas humanas levou a um quadro de violência e insegurança tamanha que conduziu cada um dos homens a ceder parcelas de suas liberdades individuais para a formação de um órgão centralizador da força, que seria então o responsável para solucionar os litígios dos cidadãos. Esse seria o hipotético momento do pacto social.

Objetiva demonstrar, que a atual Sociedade Internacional, não obstante a regulamentação do direito internacional, permanece ainda em quadro de livre-arbítrio entre Estados, o que proporciona guerras em suas mais diversas formas, bem como suas mazelas mais horrendas.

Pretende-se então um comparativo dos dois quadros de insegurança, o que poderia sugerir à sociedade internacional a mesma solução do estado de natureza das sociedades primitivas, ou seja, a formação de um órgão superior que pudesse regulamentar as atuações dos diversos integrantes daquela comunidade. Aponte-se que antes do Estado de direito nos moldes atuais, várias formas teriam sido buscadas, partindo de uma sociedade civil que até então não era dotada de um ordenamento jurídico que se pudesse afirmar como tal.

O atual cenário mundial remeteria então a um quadro de reflexão e de busca de uma saída, que poderia ser a formação de uma Comunidade Internacional, a qual não existe de fato e sabe-se da dificuldade de formação, todavia, demonstrar-se-á também que a formação de organizações internacionais, blocos econômicos, e

principalmente da União Européia demonstra uma sinalização no sentido de expansão do comunitarismo.

2 SURGIMENTO DO ESTADO SOBERANO

Inicialmente vale fazer uma rápida retomada da evolução do homem em sociedade desde as figuras sociais primitivas até a atual configuração de Estados nacionais, presenciada nos dias atuais e que se encontra em fase de uma suposta estagnação que pode desembocar até mesmo ao seu desaparecimento ou surgimento de novas formas de organizações, sejam nacionais, internacionais ou transnacionais.

É basilar a importância desse intróito sobre a evolução do Estado, desde o seu surgimento até a atualidade, já que parece caminhar a história da organização dos Estados na mesma trilha da anterior amoldação humana em sociedade.

Estudo mais aprofundado sobre o tema foi anteriormente feito em artigo sobre a crise do Estado contemporâneo e a necessidade de regulação das atividades econômicas, publicado na Revista *Scientia Iur*is[1], o qual retoma as idéias gerais, para melhor fundamentação dos próximos itens.

Dentre as possibilidades de explicação do surgimento do Estado, opta o presente trabalho, como o anterior, já referido, pela formação do Estado de um ponto de vista racionalista, o qual se acredita ser mais sólido para a almejada índole científica.

Sob essa ótica racional, entende-se que o homem sempre pode estar em conflito intersubjetivo, na ânsia de fazer prevalecer seu interesse particular frente aos demais integrantes da sociedade.

> Na defesa desses interesses privados, os indivíduos lançam mão de expedientes variados no sentido de garantir a preponderância ou ainda a preservação da sua posição frente aos interesses privados de cada um dos outros participantes da coletividade. (HANSEN, 2004: 36)

[1] Artigo em co-autoria com Carla Bonomo, publicado na Revista *Scientia Iuris* do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, conforme referência bibliográfica.

Esses conflitos não devem ser olhados com maus olhos, já que se trata de algo próprio da natureza humana, ademais, conforme acredita Kant (2003: 06) essa propensão humana ao conflito é que move o homem ao progresso.

Contudo, diante dessa saudável natureza humana, faz-se necessário o surgimento de uma estrutura própria para regulamentar o convívio do homem em sociedade. Essa estrutura nada mais é do que uma estrutura normativa, que estabelece os limites da atuação humana, bem como as formas de correção e sanção pelas eventuais infrações.

Pode-se chamar essa estrutura normativa de um ordenamento jurídico, o que vai dar estabilidade e durabilidade à ordem pública, o que por conseqüência lógica é o surgimento do Estado.

> A estrutura organizada e dotada de uma ordem jurídica, nos termos aqui defendidos, vai gerar por sua vez o direito político, ou público, formando o Estado, com suas instituições organizadas e os estabelecidos valores e princípios norteadores. (BONOMO e GAMEIRO, 2006: 12)

Essa opção racionalista leva à corrente contratualista de surgimento do Estado, segundo a qual os homens viviam em livre arbítrio, sem nenhuma regulação ou limitação, até o momento que a convivência nesses moldes se tornou muito custosa e indesejável, tendo havido então um suposto pacto entre os integrantes da sociedade, para a formação de uma estrutura organizada que deteria poderes regulatórios, a qual era a semente do Estado nos moldes que conhecemos.

Essa teoria é defendida por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, grandes nomes da filosofia política, que partilham do mesmo ideal da existência de um "contrato social", termo esse, inclusive, que é título da obra de Rousseau sobre o tema.

Segundo essa teoria o homem em livre arbítrio se encontra no chamado estado[2] de natureza, onde cada um utiliza dos meios que possui para atingir os seus interesses, lançando mão de força física, astúcia, inteligência, aliados e demais métodos possíveis.

[2] A utilização do termo estado aqui é no sentido de situação, disposição em que se encontra e não no sentido de Nação politicamente organizada.

A situação posta, sem nenhuma regulamentação leva a um estado de insegurança e intranqüilidade, visto que nem mesmo o mais forte fisicamente pode ter garantida a sua integridade física frente a aliados numerosos, de forma que a violência acaba por imperar, colocando em risco valores maiores como a vida, para se obter bens materiais, como a propriedade.

Diante desse quadro de intranqüilidade, que inviabilizava a vida em sociedade, passa-se ao momento de um pacto social, para a formação de uma estrutura centralizadora de competências, que possa emanar leis e faze-las cumprir, monopolizando assim a força.

Essa nova estrutura central dotada de poderes é o Estado, que tem por obrigação zelar pela legislação de seu povo, fazendo cumprir e penalizando quem fugir da regra. O Estado passa agora a ter a missão de solucionar os litígios postos diante dos conflitos de interesse de seus jurisdicionados.

Passou então o homem a voltar a viver em liberdade com uma certa harmonia, evoluindo ainda o Estado conforme as dificuldades que foram aparecendo ao longo dos séculos de sua história, chegando ao atual modelo de Estado nacional, munido de soberania.

3 DIFICULDADES DA SOCIEDADE INTERNACIONAL

Surgida a figura do Estado, e com a expansão mundial, que gerou mais de uma centena de nações, temos que passou a existir um novo campo de relação que não entre pessoas.

A Relação entre Estados foi uma novidade para a qual não estávamos preparados, de forma que foi necessário aprender a conviver numa sociedade de Estados. Também não existia regulação nenhuma no que se referia à relação entre indivíduos de dois Estados diferentes e mesmo de um Estado com o estrangeiro.

Objetivamos aqui tratar apenas da relação entre Estados, por ser suficiente para os fins do estudo.

A convivência anunciada entre Estados iniciou-se nos mesmos moldes da convivência primária entre pessoas, onde cada ente social vivia num estado de natureza, num livre arbítrio.

Nessas condições cada Estado luta pra obter os seus interesses com os meios que tem, seja, força bélica, comercial, política, econômica ou outra qualquer. A sociedade internacional, e por conseqüência a humanidade, sofreu muito pelos efeitos dos combates armados pelos interesses estatais.

Como um filme anteriormente rodado, o Direito internacional veio tentar solucionar os conflitos de interesse entre os Estados, colocando limites na atuação de um frente ao outro e na sua parte privada determinando o direito de qual Estado se aplicar na situação de lide.

Dessa forma é possível definir o direito internacional público como "aquele que vincula os Estados nas relações entre si" (QUADROS, 2006: 24). Já o direito internacional privado tem a sua definição bem colocada por Luiz Ivani Amorin Araújo.

> O Direito Internacional Privado objetiva, pois, determinar a norma aplicável a uma vinculação jurídica quando entram em discrepância sistemas jurídicos eqüevos de dois ou mais Estados.
> Em outras palavras – ele tem como finalidade solucionar a colisão de leis que norteiam, de maneira diversa, as relações internacionais na órbita do Direito, a fim de indicar qual a que deve prevalecer, visto que os fatos jurídicos exercitados em um Estado se destinam a gerar efeitos em outro, não se confundindo com o Direito Intertemporal ou Transitório que visa resolver os conflitos que possam surgir entre uma lei antiga e a vigente sobre a mesma matéria.
> Se na primeira suposição existe uma colisão entre duas leis em vigência, não obstante originadas de Estados diversos, na segunda há o choque entre duas leis emanadas do mesmo Estado, uma das quais foi posta em lugar da outra, isso por que pode suceder que as relações jurídicas derivem de fatos que encerrem muitos elementos, os quais contribuem consecutivamente, uns no regime do direito anterior e outros na recente *lex lata.*
> Em ambos os casos se faz inevitável assentar, entre as leis dissímeis, a apta para solucionar a relação jurídica em análise, não sendo despiciendo acrescentar que a lei estranha somente se aplica em conseqüência de permissão do ordenamento jurídico territorial. (ARAÚJO, 1990: 7-8)

Ocorre, contudo, que, mesmo diante da regulamentação posta e já não tão recente do direito internacional, a história é marcada por guerras, entre os mais

diversos países, seja em busca de riquezas, expansão de territórios, por intolerância religiosa, cultural, etc.

Nos dias atuais existem outras formas, por vezes até mais eficientes de combater um inimigo, como por exemplo, boicotes comerciais ou atos que causam desestruturação econômica de um país. Não obstante o alegado, a cultura da guerra permanece arraigada na cultura mundial de forma tão profunda que até nos dias atuais a maior potencia do mundo permanece lançando mão do belicismo para obtenção de seus interesses.

Ocorre que as constantes guerras levaram os Estados a inúmeras dificuldades de manutenção, já que com as guerras cada vez mais se enfraqueciam, com diminuição de seus exércitos nacionais em virtude de baixas e mesmo dificuldades financeiras, próprias de quem muito gastou com equipamentos armamentícios.

Somado a isso ainda temos a insatisfação do seu povo, não só pela perca de seus familiares em combates, mas principalmente insegurança em que viviam, diante de guerras constantes. Também foi conseqüência a diminuição da qualidade de vida desses povos, já que por muitas vezes grande parte dos recursos dos Estados eram direcionados para as despesas dos exércitos, restringindo gastos pró-população, o que são chamados nos dias atuais de benefícios sociais.

> A natureza utilizou, portanto, uma vez mais, a insociabilidade (*Ungeselligkeit, Unvertragsamkeit)* dos homens e mesmo a insociabilidade entre grandes sociedades e corpos políticos aos quais se prestam essas espécies de criaturas como meio para forjar no meio de seu inevitável antagonismo um estado de calma e de segurança. Assim, por meio das guerras, dos preparativos excessivos e incessantes em vista das guerras e da miséria que se segue interiormente em cada Estado, mesmo em tempo de paz, a natureza, em tentativas primeiro imperfeitas e depois finalmente, após muitas ruínas, muitos naufrágios, após inclusive um esgotamento interior radical de suas forças, impele os Estados a fazer aquilo que a razão poderia muito bem ensinar-lhes sem que isso custasse tão tristes provações, isto é, sair do estado anárquico de selvageria, para entrar em uma Sociedade das Nações. Aí, cada um, inclusive o menor Estado, poderia esperar a garantia de sua segurança e seus direitos não de seu próprio poderio ou da própria apreciação de seu direito, mas unicamente dessa grande Sociedade das Nações [dos povos: *Völkerbund*] (*foedus amphictyonum*), isto é, de uma força unida e de uma decisão tomada em virtude de leis baseadas no acordo das vontades. Por mais romanesco [mais precisamente, por mais exaltado, entusiasta, *schwärmerisch*] que possa parecer essa idéia, e embora ela tenha sido levada ao ridículo por um Abade de Saint-Pierre ou um Rousseau (talvez por que acreditavam estar a sua realização muito próxima), tal é, no entanto, a saída efetiva da miséria em que os homens mergulham uns aos outros, e

> que deve forçar os Estados a adotar a resolução. (KANT, *apud* DERRIDA, 2004: 18)

O Direito internacional se mostrou ao longo do tempo insatisfatório no controle da insociabilidade humana e das sociedades, de forma que é colocado em debate a necessidade de surgimento de uma nova formulação capaz de conter esse ímpeto.

Assim, por demais está demonstrado, mesmo nos dias atuais que os Estados se encontram num estado de natureza, onde prevalece o interesse do mais forte. Esse entendimento kantiano é reproduzido por Jürgen Habermas, cerca de duzentos anos após, mostrando-se mais contemporâneo do que nunca, principalmente no que se refere aos conflitos bélicos.

> O direito "à guerra", o assim chamado *ius ad bellum*, anteposto ao direito "na guerra" e ao direito no "pós-guerra", não é rigorosamente direito algum, por que só expressa o livre-arbítrio concedido aos sujeitos do direito internacional em condição natural, ou seja, na condição extralegal da relação consigo mesmos (Werke VI, 212). As únicas leis penais que intervêm nessa situação extralegal – ainda que sejam cumpridas apenas por tribunais do próprio Estado beligerante – referem-se ao comportamento na guerra. Apenas o alargamento do conceito de guerra, ocorrido nesse meio tempo, e a respectiva ampliação do conceito de paz irão despertar a noção de que a própria guerra – sob a forma de guerra de ataque – é ela mesma um crime, merecedor de censura e reprovação. Para Kant ainda não há o crime de guerra. (HABERMAS, 2002: 196)

Portando, o que se pode concluir diante do quadro descrito é que o direito internacional não conseguiu o seu pleno objetivo de regular as relações entre os Estados, já que mesmo após longo período e diversas tentativas os Estados podem ser entendidos como integrantes de um estado de natureza tal como estavam os indivíduos no momento do pacto social da teoria do contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau.

4 INFLUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO

Convém tratar de tema que agrava ainda mais a situação narrada da sociedade internacional, que é a globalização e seus efeitos, dentre outros, de aceleração de processos.

A aceleração, já vem desde o surgimento da estrada de ferro, navio, vapor, numa etapa posterior a difusão do automóvel, avião, telégrafo sem fio, cabo submarino, telefone e rádio, conforme destacou Milton Santos (p. 15). Acrescente-se ainda a comunicação via satélite, telefones celulares e principalmente internet, como grandes propulsores da aceleração dos processos, mais diversos, especialmente a comunicação.

Tudo isso inclusive levou à explosão do consumo, que nada mais é do que a demonstração de que temos nos dias atuais um mercado global, face a Estados nacionais, que sofrem enormemente, por não serem munidos de meios necessários para controlar o ímpeto de majoração de lucros dos agentes mercadológicos.

> Nesses espaços de racionalidade, o mercado torna-se tirânico e o Estado tende a ser impotente. Tudo é disposto para que os fluxos hegemônicos corram livremente, destruindo e subordinando os demais fluxos. Por isso, também, o Estado deve ser enfraquecido, para deixar campo livre (e desimpedido) à ação soberana do mercado. (SANTOS: 18)

Temos a íntima ligação do tema aqui posto com o tratado em tópico anterior das guerras, entre Estados, já que essa relação é feita pelo próprio Milton Santos mais adiante em seu texto.

> Mas a busca da competitividade, tal como apresentada por seus defensores – governantes, homens de negócios, funcionários internacionais -, parece bastar a si mesma, não necessita qualquer justificativa ética, como, aliás, qualquer outra forma de violência. A competitividade é um outro nome para a guerra, desta vez uma guerra planetária, conduzida, na prática, pelas multinacionais, as chancelarias, a burocracia internacional, e com o apoio, às vezes ostensivo, de intelectuais de dentro e fora da Universidade.
> Como podemos, mesmo assim, admirarmos que, aqui e ali estourem guerras e corra sangue, já que a nova ordem mundial que se constrói é baseada numa competitividade sem limites morais? (SANTOS: 19)

Dessa forma estamos numa situação em que a única dimensão mundial é o mercado, restando todos os outros agentes da sociedade internacional aquém dessa conjectura, o que impede a sua atuação mais adequada.

Conforme já tratado anteriormente a situação de guerras entre Estados foi um dos maiores propulsores da necessidade de surgimento de uma regulamentação de um direito internacional que também conforme já visto vem se mostrando incompleto para garantir a paz mundial.

As duas grandes guerras mundiais foram as maiores causadoras de impacto nesse sentido, foi a época de retomada dos ideais kantianos de cosmopolitismo, arraigados na sua obra “Paz Perpétua” (KANT, 2004: 31-87) e algumas das quais se tentou retratar na sociedade, como Organização das Nações Unidas (ONU), que é decorrente da idéia de Liga das Nações, proposta por Kant, porém, não foi reproduzida em sua melhor interpretação, o que levou a um órgão eivado de imperfeições e não conseguiu atingir os fins planejados.

Ao final das guerras mundiais, os Estados europeus se encontravam todos enfraquecidos dos embates entre si, deixando toda a Europa, hegemônica até então, em situação de extrema pobreza, diante dos gastos excessivos com as guerras, os grandes custos de reconstrução do que foi destruído no período beligerante e principalmente por boicotes comerciais e econômicos postos principalmente pela nova potencia mundial, que então se formou, os Estados Unidos da América (EUA).

Toda essa situação pós-guerra causou prejuízos tamanhos para todo o povo europeu, mesmo os aliados e vencedores dos combates, já que perderam os benefícios sociais que possuíam anteriormente.

Iniciou-se então um período de reflexão nessa Europa destruída pelas guerras, de onde se concluiu que para possibilitar a sua retomada, necessário seria a união em torno de seus interesses, para que pudessem em conjunto se reerguer e oferecer à seus povos as garantias mínimas que a guerra havia retirado.

O passar das décadas mostrou que esse processo de restabelecimento da Europa foi aos poucos se atingindo, tendo como garantia principal os direitos humanos, proporcionando índices altos de benefícios sociais, como forma de repor as falhas anteriores com a dignidade da pessoa dos cidadãos europeus. Surge então a figura do *Welfare State*, também chamado de Estado de bem estar social.

Ocorre, contudo que os efeitos da globalização descritos no início do tópico, veio a trazer dificuldades para esse novo Estado social, que sofre com as imposições globais do chamado neoliberalismo, que nada mais é do que a retomada dos ideais liberais que se deu principalmente após a década de oitenta.

> O problema enfrentado diante da globalização implica no desafio de equilibrar mercados que se auto-regulam com custos sociais e desigualdades geradas, o que prejudica a capacidade de integração das sociedades democráticas. No Estado de bem estar social, o Estado agia no sentido de, utilizando uma parte do produto social, reverter os problemas com infra-estrutura e políticas sociais, ou seja, ao mesmo tempo que estimulava o crescimento econômico assegurava a integração social. Partir dos anos de 1980, inicia-se um processo de implantação de princípios neoliberais na economia e na concepção de Estado. Desta forma intensifica-se a desregulamentação dos mercados, a redução de impostos, o encolhimento do Estado com as privatizações, a redução do investimento com políticas sociais, além de outras práticas similares. Como conseqüência as crises sociais contidas pelas políticas compensatórias se agravam e passam a ameaçar a capacidade de integração das sociedades de orientação liberal. Chega-se a um tempo em que as metas econômicas só são alcançadas com custos sociais e políticos significativos que inclusive ameaçam a própria democracia. Neste cenário, o Estado sente-se de mão atadas já que para manter a competitividade e ser atraente aos mercados, precisa oferecer atrativos. Por outro lado, tais atrativos implicam na aceitação das condições impostas, o que significa redução de impostos, diminuição do poder de atuação e da capacidade de intervenção nos problemas sociais. A globalização do sistema econômico mundial limita a tal ponto as possibilidades de ação dos Estados nacionais que a atuação destes resulta insuficiente para amortizar os efeitos colaterais. (CENCI, 2005: 64)

Constata-se que se encontra o Estado nacional em um momento de crise que coloca em dúvida o seu próprio futuro, de forma que a conjuntura histórica aponta para a formação de estruturas supranacionais, transnacionais ou mesmo pós-nacionais, como prefere chamar Jürgen Habermas (2001).

5 SOCIEDADE E COMUNIDADE INTERNACIONAL

Sociedade e comunidade são termos por vezes utilizados como sinônimos, mesmo quando se fala de Sociedade Internacional ou Comunidade Internacional. Ocorre, contudo que se buscarmos na etimologia sociológica dos termos veremos que existe uma diferenciação entre eles. Segundo Max Weber, todos os grupos sociais se conduzem a duas categorias, a comunidade (*Gemeinschaft*) e a sociedade (*Gesellschaft*). (QUADROS, 2006: 32).

Em ambas as categorias existem interesses comuns e divergentes, sendo os primeiros fatores de agregação e os demais fatores de afastamento. O que diferencia as categorias é justamente a quantidade desses fatores em cada uma delas. Na

comunidade existem mais fatores de agregação do que de afastamento, enquanto que na sociedade impera o inverso.

Possível concluir, portanto, que na comunidade independente dos fatores de afastamento, o sentimento comum acaba por prevalecer, já na sociedade nunca é possível afirmar que existe uma unidade, já que os fatores de afastamento são maiores do que os agregadores.

Portando, simples visualizar que o atual estágio mundial representa a existência de uma Sociedade Internacional, já que não há que se falar em uma Comunidade Internacional com inúmeros conflitos de interesses como os existentes atualmente, conflitos esses que chegam a diversos focos de guerra por vários países, seja com interesses econômicos, seja intolerância religiosa, ou mesmo as formas assemelhadas de guerra que são os atuais e constantes ataques terroristas.

Contudo, é possível verificar que esses próprios sintomas decorrentes dos conflitos dos países da Sociedade Internacional, podem levar a uma futura criação de uma Comunidade Internacional.

Retrato claro da possibilidade dessa afirmação é a União Européia, que após todos os desgastes das guerras, principalmente as mundiais, passou a imprimir novo propósito comum, que levou à constituição de uma Comunidade Européia, que somente quase um século após veio se firmar como instituição, retomando um ideal cosmopolita de mais de duzentos anos.

A Comunidade Européia, desacreditada por muitos mesmo quando da sua consolidação, dá sinais de que é possível haver um Direito Comunitário para regular essa Comunidade de Estados de um bloco continental, que vai se ampliando cada vez mais.

Destaque-se que a União Européia também é passível de defesa dos efeitos da globalização econômica, já que se trata de uma estrutura supranacional que tem maior poder de negociação frente o mercado internacional. Ao tratar do tema Alexandre Coutinho Pagliarini faz uma demonstração do rumo pós-nacional do futuro.

> Jean Monnet anunciou a que veio a CECA[3]: como uma alta autoridade independente dos governos dos seus Estados-membros. Traçando um paralelo comparativo entre o Conselho da Europa e o CECA, poderíamos dizer que o primeiro foi instituído graças a um fundo histórico e cultural existente durante todos os séculos em que se formaram os Estados nacionais europeus, o que significa que tal conselho voltava e ainda volta os seus olhos construtivos – mas intergovernamentais – ao passado; já a CECA representava uma projeção para o futuro supranacional, ou seja, comunitário e independente das vontades parciais dos Estados, o que não coincide com a intergovernamentabilidade do Conselho da Europa.
> Aqui há de se fazer justiça, pois não foram só Jean Monnet e Robert Schuman os precursores e instigadores de uma Europa de união supra-nacional. Representando o peso do país mais poderoso do continente, a Alemanha, Konrad Adenauer. Também Alcide de Gaspari, pela Itália.
> Na época retratada nos parágrafos anteriores, a globalização dos mercados já se encontrava crescente, sendo prova disto os nefastos efeitos, vistos antes no mundo todo, produzidos pelo *"Crash"* da Bolsa de Nova York, em 1929. disto podemos ler: os meios de transportes, a comunicação em massa que se reinventava e a tecnologia demandavam dos Estados, para que esses pudessem cumprir os seus mais básicos compromissos, a busca de um elo com outros Estados, mercadológicamente falando, razão pela qual se multiplicou e velocidade impar a criação de organizações internacionais que, por mais intergovernamentais que fossem, implicavam a relativização do velho conceito de soberania. (PAGLIARINI, 2005: 3-4)

Assim, constata-se que o caminhar histórico da humanidade, desde o agrupamento dos homens em uma sociedade civil constituída, até as atuais guerras e conflitos de interesses entre Estados, leva a crer que em um futuro não tão distante, é possível a figura de uma Comunidade Internacional, como não descartada pelos próprios internacionalistas, os mais desconfortáveis com a existência dessa comunidade por entenderem que a mesma depende de uma negação do direito internacional.

> Resumindo, temos, pois, que a chamada Comunidade Internacional reveste, em globo, a natureza de sociedade e não de comunidade – sem embargo, como se disse, da progressiva comunitarização de muitas de suas áreas. Por isso, falar-se-ia com mais rigor e Sociedade Internacional e não em Comunidade Internacional, como mostramos ser feito por alguns Autores. Da nossa parte não enveredaremos por esse caminho apenas por duas razões: primeiro, por que, apesar de tudo, é largamente dominante na doutrina a expressão Comunidade Internacional; depois, por que, como dissemos, se assiste a uma progressiva comunitarização de vários domínios da velha e clássica Sociedade Internacional, em termos tais que, atendendo designadamente à evolução mais recente do Direito Internacional, nos permitem admitir a hipótese de um dia, mesmo vista a Comunidade Internacional em globo, os seus traços comunitários vierem a sobrepor-se às suas características societárias. (QUADROS, 2006: 37)

[3] Comunidade Européia do Carvão e do Aço, criada em 18 de abril de 1951.

Não se objetiva fazer uma previsão de futuro, para dar em primeira mão a existência de uma Comunidade Internacional em anos vindouros. O que procurou se exercitar, foi, em vista de toda uma perspectiva histórica, vislumbrar uma possibilidade, que não é possível garantir se de fato se consolidará. O caminhar histórico no sentido de cada vez maior manifestação do comunitarismo, aponta que é possível ata mesmo chegarmos a uma Comunidade Internacional, que é admitida de forma velada até mesmo pelos estudiosos do Direito Internacional.

6 CONCLUSÃO

Possível constatar do presente estudo que pode haver uma similitude entre a formação da Sociedade Civil e da Sociedade Internacional.

A primeira surgida em decorrência do livre-arbítrio dos indivíduos particulares, que levou a uma situação de insegurança tal que encaminhou os seres humanos a um pacto de constituição dessa Sociedade Civil, que ato contínuo se tornou no Estado, nos moldes que conhecemos atualmente.

Já a Sociedade Internacional acabou por surgir diante da existência de inúmeros Estados soberanos, que diante dessa condição não podiam ser regulados por um poder superior, mas apenas formadas normas de harmonização da convivência entre eles, bem como algumas que determinassem qual legislação ser aplicada em caso de conflitos. Nascendo então o chamado direito internacional, aquele o público e este o privado.

O caminhar histórico mundial demonstrou, entretanto, a existência de inúmeras guerras, seja no sentido bélico, seja econômico, comercial, cultural, dentre outras, o que causou prejuízos indescritíveis à maioria dos Estados do globo.

Aliado a isso ainda a globalização, com seus efeitos econômicos nefastos, e aceleradora de processos, levou a população mundial a sofrer ainda mais, perdendo até mesmo as garantias mínimas, o que levou à uma reflexão de alguns países, no sentido de ter como primado os direitos humanos, garantindo assim a dignidade das pessoas de seu povo.

O exemplo clássico dessa situação é a ocorrida na Europa, que durante boa parte de sua história almejou algo como o comunitarismo, nas reflexões dos iluministas, que, porém, teve retomada definitiva no período pós-guerra, onde se caminhou para o estabelecimento da atual União Européia, que hoje trabalha mais com a afinidade dos seus Estados do que com potenciais fatores de afastamentos.

Em todas as partes do globo foram se mostrando evidentes o caminhar para o estabelecimento de comunidades, seja através da tentativa de formação de blocos econômicos ou mesmo de simples organizações internacionais, mesmo que intergoveramentais.

Claro que não é possível falar na existência de uma Comunidade Internacional nos dias atuais, inclusive, verificam-se condições inóspitas para tanto. Todavia, diante do caminhar histórico mundial, temos que a tendência aponta para o fortalecimento cada vez maior do comunitarismo, o que poderia nos levar em um futuro não tão distante, à formação de uma Comunidade Internacional.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Ivani Amorin. **Introdução ao direito internacional privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 1990.

BONOMO, Carla, GAMEIRO, Adriano Moreira. **A crise do Estado contemporâneo e o papel da regulação das atividades econômicas.** *In*: Scientia Iuris. v. 10. Londrina: Editora da UEL, 2006.

CENCI, Elve Miguel. **Direito e globalização: o posicionamento de Habermas diante da proposta de uma constituição para a União Européia.** *In*: DUTRA, Delamar Volpato e PINZANI, Alessandro (orgs.). **Habermas em discussão: anais do colóquio Habermas.** Florianópolis: NEFIPO, 2005.

DERRIDA, Jacques. **O Direito à filosofia do Ponto de Vista Cosmopolítico.** *In:* GUINSBURG, J (org.). **A Paz perpétua: um projeto para hoje.** São Paulo: Perspectiva, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HANSEN, Gilvan Luiz. **Facticidade e validade da desobediência civil no Estado Democrático de Direito.** Tese (Doutorado em filosofia) – Curso de pós-graduação em filosofia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2004.

KANT, Immanuel. **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** *In:* TERRA, Ricardo Ribeiro (org.). **Idéia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita.** Trad. Rodrigo Naves e Ricardo Ribeiro Terra. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua: um esboço filosófico.** *In:* GUINSBURG, J (org.). **A Paz perpétua: um projeto para hoje.** São Paulo: Perspectiva, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A constituição européia como signo: da superação dos dogmas do Estado nacional.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

QUADROS, André Gonçalves Pereira Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público.** Lisboa: Almeidina, 2006.

SANTOS, Milton. **A aceleração contemporânea: tempo mundo e espaço mundo.** *In*: SANTOS, Milton, SILVEIRA, Maria Laura e SOUZA, Maria Adélia A. de (orgs.). **Território: globalização e fragmentação.** São Paulo: Editora Hucitec Anpur.

SOBERANIA COMPARTILHADA EM REDES GLOBAIS

Alcindo Fernandes Gonçalves[*]

Carolina Gladyer Rabelo[**]

Priscila Truviz Hottz Gambini[***]

RESUMO

Enquanto muitos defendem o fim do Estado-nação, estudos políticos apontam para um novo caminho, o qual pode ser caracterizado por uma nova forma de exercício do poder soberano estatal, este não mais absoluto em si, mas compartilhado entre os sujeitos de Direito Internacional e os novos atores sociais.

A Soberania é um atributo essencial para o Estado Moderno, porém, desde o Pacto de Westfalia, em 1648, seu conceito vem se transformando em razão da inserção internacional dos novos paradigmas tecnológicos, os quais permearam as instituições governamentais e encontraram nos mecanismos de Governança Global, o grande apoio para sua afirmação.

Seja através de Organizações Internacionais ou de movimentos nacionais, percebe-se que a sociedade pós-industrial vem se organizando através das Redes Globais. Neste sentido, a sociedade de informação ocupa lugar de destaque por ter consolidado seu lugar no processo histórico de transformação dos conceitos políticos de poder e soberania.

PALAVRAS-CHAVES: SOBERANIA, GOVERNANÇA GLOBAL, REDES GOVERNAMENTAIS

ABSTRACT

While many claim for the end of Nation State, politics studies show a new way, that can be seen as a new configuration in the exercise of state sovereign power, no more absolute in itself, but shared between the International Law persons and the new social actors.

Sovereignty is the essential attribute to Modern State, but since it was created at Westphalia Pact, in 1648, this concept has been changed in face of the international entries of new technologic paradigms at the governmental institutions. They have shaped government institutions and they have found in Global Governance mechanisms support to its present consolidation.

No matter if through International Organizations or national articulations, it is clear that pos-industrial society has being organized itself in Global Networks. In this

[*] Doutor em Ciência Política pela USP. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Santos

[**] Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos- SP

[***] Advogada e Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos – SP

sense, information society has an important role, since it has consolidated its place at the historic transformation process of the politics concepts about power and sovereignty.

KEYWORDS: SOVEREIGNTY, GLOBAL GOVERNANCE, GOVERNMENT NETWORKS

***Sumário**: Resumo. 1. Introdução. 2. A Alteração Histórica do Conceito de Soberania. 3. Redes Globais. 3.1. Sociedade de Informação nas Redes Globais. 3.2 Redes Horizontais e Redes Verticais. 4. Considerações Finais. 5. Referências Bibliográficas.*

1. INTRODUÇÃO

Durante o decorrer da História, o conceito de Soberania esteve vinculado à racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em Poder legítimo. Traduzindo, recaiu na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito.

Norberto Bobbio[1] nos ensina que o conceito de Soberania pode ser classificado de forma ampla ou de forma estrita. Em *lato sensu*, indica o Poder de mando de última instância numa Sociedade política. Este conceito está intimamente ligado ao Poder político.

Já em *stricto sensu*, na sua significação moderna, o termo Soberania aparece, no final do Século XVI, junto com o Estado Absoluto, para caracterizar, de forma plena, o Poder Estatal - sujeito único e exclusivo da política.

Com o advento da superação do Estado Absoluto e o conseqüente aparecimento do Estado Moderno, o conceito da Soberania foi transferido da pessoa do soberano para a Nação em si, seguindo a concepção racional e liberal defendida por pensadores como Emanuel Joseph Sieyès, expressa em sua obra "A Constituinte Burguesa" e sistematizada através da sua teoria do Poder Constituinte. Foi Sieyès quem estabeleceu a doutrina da "Soberania da Nação", dizendo que:

[1] Dicionário de política. Trad. Carmem Varrialle. 6ª edição. Brasília: Ed. da UnB, 1994, p. 1179.

> Em toda Nação livre – e toda Nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria Nação.[2]

Neste sentido, defendendo essa posição, Sieyès concebeu, racionalmente, o princípio da Soberania da Nação como instrumento de legitimação para a instituição do Estado Moderno. Com isso, a proclamação da Soberania versada como independência Estatal face ao poder externo tornou-se manifestação característica e essencial do Estado Moderno e do exercício de seu poder.

2. A ALTERAÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE SOBERANIA

A consolidação do que se chama de princípio democrático supôs a reafirmação da soberania com relação ao exterior, passando a ser proibida qualquer interferência nas decisões internas da comunidade, adotadas livremente por esta. Em diversos momentos, como nos movimentos pela independência colonial, estavam reunidas aspirações pelo estabelecimento do sistema democrático e a consecução da independência nacional.

O tema da Soberania Nacional, nos tempos atuais, é debatido visando conciliar um fato inegável: que as comunidades políticas – os Estados – fazem parte de uma sociedade internacional, que é regida por normas próprias. Partindo desta premissa, o Estado Soberano encontra-se, forçosamente, vinculado a obrigações externas junto com os demais Estados, sendo que estas obrigações podem ter origens muito diversas. De um lado, podem ser resultado de tratados bilaterais, de convenções multilaterais e, de outro, podem ser resultado da existência, reconhecida e consolidada, de uma prática costumeira no âmbito internacional.

Hodiernamente, sabe-se que o descumprimento de obrigações internacionais pode acarretar sanções bastante intensas por parte dos outros Estados, que são normalmente representados por um organismo específico. Progressivamente, o

[2] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. Pág. 113.

ordenamento internacional passa a dispor de mais armas, jurídicas e econômicas, destinadas a assegurar o cumprimento destas sanções derivadas explicitamente de preceitos.

A existência de uma Sociedade internacional e, conseqüentemente, de obrigações vinculantes para o Estado, não é incompatível, em princípio, com a Soberania deste. Isto ocorre em virtude de que tal compatibilidade é resultado do princípio de que os compromissos internacionais do Estado derivam do consentimento do próprio, sem ter sido forçado a qualquer escolha.

Hans Kelsen, ao referir-se à vinculação do Estado por meio de tratados, escreveu o que segue:

> (...) em regras gerais, podemos dizer que o tratado não prejudica a questão da soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal. [3]

Seguindo esta linha de construção histórica, o Estado assume voluntariamente suas obrigações internacionais, ficando submetido ao Direito Internacional por sua própria vontade soberana.

A exemplo disso, pode-se citar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 49, inciso I, que prevê o seguinte:

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.[4]

E no artigo 84, inciso VIII, da mesma Constituição, também se prevê a atuação do chefe do Poder Executivo nas relações internacionais, que segue:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.[5]

Esta construção teórica, até pouco tempo, bastava para a discussão sobre a inserção do Estado do âmbito internacional. Sabe-se hoje, todavia, que a atual realidade não corresponde a tal construção. Em decorrência da crescente inter-relação e

[3] Teoría General del Derecho y del Estado, p. 421.

[4] Constituição da República Federativa do Brasil.

[5] Idem.

interdependência entre Estados, e da consolidação dos princípios norteadores do comportamento entre os mesmos, a consolidação de uma ordem jurídica internacional foi provocada, cuja força vinculante é difícil de explicar em virtude da "aceitação" de cada Estado.

Neste sentido, a consciência da existência de uma ordem internacional, com mandamentos situados acima dos ordenamentos internos dos Estados, vem traduzida no fato de que muitos Estados admitem, de forma expressa e direta, a primazia destas normas. Bom exemplo disso pode ser notado no artigo 25 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que trata do Direito Internacional Público como parte integrante do direito federal:

> As regras gerais do direito internacional público fazem parte integrante do direito federal. Prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território federal.[6]

Embora com menos ênfase, a Constituição Federal do Brasil afirma o reconhecimento de uma ordem jurídica internacional com força vinculante. O §2º do seu artigo 5º diz o seguinte:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [7]

Mister se faz destacar que o princípio da "voluntariedade" da sujeição dos Estados às normas internacionais se vê também consideravelmente marcado pelo da incorporação dos Estados por organizações internacionais que supõem uma limitação da soberania, já que uma vez efetuada é praticamente irreversível. Desta forma, os "Estados Soberanos" assumem obrigações de caráter permanente, às quais ficam sujeitos por tempo indeterminado.

3. REDES GLOBAIS

Na Era da Informação, sociedades conectadas em âmbito global nas mais diversas formas de relações existentes demonstram que, num espaço de fluxo eletrônico e troca de informações quase instantâneas, uma nova integração se estabelece.

[6] ROGEIRO, Nuno. A lei fundamental da República Federal da Alemanha, p. 154-155.
[7] Constituição da República Federativa do Brasil.

As Redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades. A difusão da lógica das Redes modifica de maneira substancial a operação e os resultados dos processos produtivos de experiência, poder e cultura. (CASTELLS, 1999:497).

Apesar de serem consideradas formas antigas de concentração de convivência humana, elas reaparecem nos tempos atuais, revigoradas pela tecnologia das comunicações.

Na busca de uma conceituação própria às Redes, vários aspectos contribuem para a formulação desse conceito. A topologia definida por Redes significa, de início, a existência de estruturas abertas com capacidades ilimitadas de expansão, em razão do compartilhamento comum dos mesmos códigos de comunicação. Essas estruturas são alimentadas por sistemas dinâmicos de gerenciamento e produção de atividades que exaltam o modo capitalista de produção, diminuindo as distâncias pelo agrupamento geográfico múltiplo de tarefas interconectadas em diferentes locais.

Redes políticas, Redes empresariais, Redes culturais e Redes governamentais, todas elas, são protótipos da nova arquitetura das relações sociais que traçam aspectos de uma nova organização predominante em nossa sociedade.

Na cultura virtual de uma sociedade em Rede, tempo e espaço são considerados atributos modificativos da *sociedade de informação*, assim caracterizada pela influência direta da *informação modificada pela tecnologia*. O espaço representado por lugares múltiplos, fragmentados, espalhados por diversos segmentos, porém conectados em tempo real e interativo, fornece a percepção exata do funcionamento de um sistema de comunicação em Rede.

Construídas por meio da ação coletiva, a identidade das Redes é composta pela dissociação e não desaparecimento de alguns sujeitos e atores sociais.

O impacto desse processo que modifica as identidades culturais é analisado por alguns autores sob a denominação de *processo de construção de identidades* demonstrando que

> Uma das características distintivas da modernidade é uma interconexão crescente entre os dois extremos da extensionalidade e da intencionalidade: de um lado influências globalizantes e, de outro, disposições pessoais. Quanto mais a tradição perde terreno, e quanto mais se reconstitui a vida cotidiana em termos da interação dialética entre o local e o global, mais os indivíduos se vêem forçados a negociar opções por estilos de vida em meio a uma série de possibilidades...O planejamento da vida organizada reflexivamente

> torna-se característica fundamental da estruturação da auto-identidade. (GIDDENS apud CASTELLS, 1999, v.2:27)

A dinâmica da construção da identidade coletiva de um sistema social organizado em Redes pode ser compreendida associando o pensamento de GIDDENS à teoria dos "espaços de fluxo", segundo a qual as Redes globalizadas alcançam todos os níveis da sociedade, transformando-a, sobretudo, pelo *aspecto cultural*, já que, na base desta, o tempo e o espaço são fatores que permitem a segregação da identidade específica para uma nova identidade compartilhada, ou coletiva:

> A identidade dos atores ou sujeitos sociais possui sempre uma *base cultural*, esta formada por atributos inter-relacionados, sendo ainda necessário estabelecer a exata distinção desta identidade com os *papéis* desempenhados por estes mesmos sujeitos, que na construção de uma identidade coletiva pode vir a determinar o *nível de cooperação* presente entre identidades segregadas, especialmente se vista em contraste com os processos de fragmentação observada no âmbito da sociedade civil, sobretudo em nível comunitário, no qual hoje lugares segmentados e espalhados podem cada vez menos ser capazes de manter códigos culturais pela ameaça de unificação à identidade coletiva, em detrimento das raízes culturais regionais. (CASTELLS, 1999, v.2:22).

No estudo desenvolvido por FREY (2003:175) sobre as redes sociais, este autor defende a vantagem da associação às Redes, considerando que

> As redes são capazes de proporcionar resultados que normalmente só o mercado ou as hierarquias são capazes de produzir, apresentando, porém vantagens adicionais. Em redes pode ocorrer todo tipo de troca sem os seus membros serem expostos a incertezas e riscos das transações de mercado. As redes facilitam um comportamento coordenado, sem a necessidade de aceitar a rigidez de organizações inflexíveis e burocráticas. A rede mostra-se como única estrutura capaz de cumprir duas funções básicas: primeiro, a função estratégica de reduzir as incertezas em relação ao comportamento de outros atores, como competidores ou parceiros; segundo, a função instrumental de melhoria do desempenho, isto é, um aumento dos resultados produzidos. Além disso, as redes parecem preservar a autonomia dos parceiros e aumentar sua capacidade de aprendizagem.

A proliferação de Redes globais traz a oportunidade de identificar as novas transformações sociais já no final do Século XX, com o funcionamento de Redes interligadas, alimentadas pelo fluxo imaterial – a informação.

O desenvolvimento começa a se formar em torno do informacionalismo, o que de imediato, causou a inclusão de novos paradigmas de sociabilidade, estes baseados no modelo econômico-tecnológico da informação. O reflexo imediato foi a organização

gradual da economia e mercados em torno de conhecimentos e informações, elementos formadores da estrutura das Redes.

Assim, instituições governamentais e privadas passaram a adotar medidas políticas e econômicas de maior flexibilidade organizacional, abrindo espaços para que as tecnologias de informação desenvolvessem de modo dinâmico e interdependente, as transformações necessárias nas relações de produção, de poder e de experiência[8]. Com isso, é pacífico que

> As novas tecnologias da informação foram desenvolvidas em, pelas e para as economias capitalistas avançadas – a dos Estados Unidos, em particular. É de esperar-se, por conseguinte, que elas estejam sendo agora usadas obstinadamente para servir a objetivos de mercado. O controle da força de trabalho, o aumento da produtividade, a conquista de mercados mundiais e a acumulação ininterrupta de capital são as influências dinâmicas sob as quais ocorre o desenvolvimento das novas tecnologias da informação. (SCHILLER apud KUMER, 1997:43).

A partir da análise da Era da Informação e o que ela significou em termos de inovações, é possível construir uma base teórica que nos explique o porquê do surgimento das Redes como uma forma de organização social, percebendo que a informação e a evolução dos mecanismos de acesso a ela, propiciada pelo desenvolvimento da tecnologia, é o vetor das principais mudanças sociais e econômicas, as quais por ato reflexo, acabaram modificando também as relações de poder e as instituições do Estado.

3.1. A SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO NAS REDES GLOBAIS

Podemos considerar três ocorrências datadas historicamente que se tornaram fundamentais para a organização do pensamento econômico: a Primeira Revolução Industrial no Século XVIII, a Segunda Revolução Industrial no Século XIX e em seqüência, a Revolução da Tecnologia da Informação, na década de 70 do Século XX.

Essa trajetória originou-se na Inglaterra, mas suas raízes intelectuais podem ser encontradas por toda a Europa e no espírito renascentista das descobertas marítimas. As

[8] Produção é a ação da humanidade sobre a matéria para apropriar-se dela e transformá-la em seu benefício (...) Experiência é a ação dos sujeitos humanos sobre si mesmos, determinada pela interação entre identidades biológicas e culturais em relação aos ambientes culturais (...) Poder é a relação entre os sujeitos humanos, com base na produção e na experiência (CASTELLS, 1999, v.1:33).

duas Revoluções Industriais difundiram-se por todo o sistema econômico, refletindo-se na qualidade de vida do povo europeu, com a adoção das inovações industriais em substituição às produções artesanais.

A transformação radical, contudo, ocorreu em torno da geração e distribuição de energia, com a descoberta da máquina a vapor, sendo ela o fator central na Primeira Revolução Industrial, enquanto foi a eletricidade na Segunda Revolução Industrial.

Com a geração e distribuição de eletricidade demais setores ganharam impulso, desenvolvendo-se com extraordinários avanços. Um caso especial é o telégrafo elétrico que, mesmo estando em pleno uso desde 1837, apenas conseguiu desenvolver-se em redes de comunicação com a difusão da eletricidade em 1870. O mesmo ocorreu com os transportes, a iluminação e a utilização de motores elétricos nas fábricas que, apesar de sempre serem associados à Primeira Revolução Industrial, modificaram a organização do trabalho em larga escala apenas com a chegada da eletricidade.

A Era das Máquinas ou Era Industrial foi o período histórico que mais provocou mudanças no deslocamento urbano-social, quando, em busca de melhores condições de trabalho, a população escolhia novos locais para estabelecer moradia, vez que

> O sistema de relações econômicas emergentes adquire forma particular, tipicamente urbana, em localidades sob diversas formas enredadas no sistema global. O modo específico desta integração proporciona a formação de uma hierarquia urbana de influências e controles. No topo desta hierarquia encontra-se um pequeno número de densas regiões urbanas a que chamamos cidades mundiais. (IANNI, 1996:69).

A formação de centros urbanos é proveniente da revolução agrária em resposta ao desigual desenvolvimento dos ciclos do capitalismo. O modo de vida urbano atraiu em grande parte a massa popular que vivia em áreas rurais, o que foi denominado como “surto de urbanização”.

A sociedade agrária buscou a urbanização como forma de organização de vida e trabalho, o que mais tarde veio configurar padrões extremos e desencontrados de organização social, considerando-se que a dimensão espacial e geográfica não planejada foi fator de oposição à qualidade de vida encontrada no meio rural. Preconceitos de ordem racial, étnico, religioso e políticos também foram detectados face às relações múltiplas de indivíduos diversificados em um mesmo ambiente, ou seja, um misto entre realidades e ilusões cosmopolitas.

Na dinâmica da vida urbana, a tecnologia, a informação e o acesso direto ao conhecimento são os fatores chaves que desencadearam as grandes transformações sociais, favorecendo a formação de um sistema urbano "em rede", ou seja, uma nova forma de organização da gestão dos assuntos metropolitanos, interligando e cooperando para a capacitação e a produção de bens e serviços.

Esse fenômeno é em parte atribuído à Revolução da Tecnologia da Informação, que inaugurou a Era da Informação, uma revolução causada pelo advento do conhecimento e da informação processados pela tecnologia. Por meio deste movimento social, emergiu a sociedade de informação, em substituição às formas rudimentares de processamento da comunicação.

Agindo como suporte, transformando as tecnologias industriais em tecnologias da informação, a base material dessa revolução é a própria sociedade com seu consumismo, manipulando a capacidade de produção e distribuição de bens e capitais.

A capacidade do desenvolvimento de redes, em verdade, só se tornou possível graças aos avanços das telecomunicações e, em especial, às tecnologias inauguradas pelos computadores, na década de 70[9].

Conexões de transmissão tradicional da informação foram sendo adaptadas a uma série de usos cada vez mais sofisticados da tecnologia digital. Segundo o significado literal dos elementos formadores das Redes:

> Conhecimento é um conjunto de declarações organizadas por fatos ou idéias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma, sistemática. Assim, diferencia-se conhecimento de notícias e entretenimento. (BELL apud CASTLLES, 1999, v.1:45)

PORAT (1999) [10], de forma simples e direta, conceitua que "informação são dados que foram organizados e comunicados". Agregando conhecimento e informação e considerando o meio de repasse destes, BROOKS (1999) [11] define a tecnologia pelo "uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem às coisas de

[9] O microcomputador foi inventado em 1975, e o primeiro produto comercial de sucesso foi o Apple II, foi introduzido no mercado em 1977, época em que a Microsoft iniciou sua produção de sistemas operacionais para microcomputadores.

[10] idem, 1999:45.

[11] bis in idem, 1999:49.

uma maneira reproduzível". E, na junção de todos os significados, BRAUDEL (1999) [12] define que, "a tecnologia não determina a sociedade: incorpora-a. Mas a sociedade também não determina a inovação tecnológica: utiliza-a".

Precedentes históricos são encontrados em fase remota da descoberta da imprensa, na China, no final do século VII, e na Europa, no século XV, momentos em que houve verdadeira revolução na dimensão sociológica das comunicações com o impacto proporcionado pelo acesso direto da informação, assumindo nova formatação, como já mencionado, pela *sociedade de informação*[13].

A Era da Informação transformou os elementos técnicos da sociedade industrial. Está claro que o surgimento da sociedade em rede está ligado necessariamente ao desenvolvimento das novas tecnologias, que substituiu máquinas por informações, na tentativa de reorganizar o próprio poder. Em outras palavras, gerar conhecimento pela transmissão da informação sem limites geográficos e num tempo real é o que de fato representa "ter o poder" na Era da Informação.

A evolução da qualidade de vida em sociedade começou a depender da capacidade de gerar, processar e aplicar a informação baseada no conhecimento, transformando-o em processo produtivo de organização social. Por esta razão, a emergência de um novo paradigma tecnológico modificou a percepção social local pela percepção da necessidade de integração global. A produção agora é global e informacional, difundida por redes de conexão entre agentes econômicos que sobreviveram à passagem do sistema industrial ao informacional.

3.2. REDES HORIZONTAIS E REDES VERTICAIS

Podemos afirmar que a Era da Informação causou uma crise de legitimidade do poder, provocando o esvaziamento de boa parcela de soberania do Estado-Nação. O

[12] _____, 1999: 53.

[13] O termo *sociedade de informação* enfatiza o papel da informação na sociedade. Mas afirmo que a informação, em seu sentido mais amplo, por exemplo, como comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades, inclusive à Europa medieval que era culturalmente estruturada e, até certo ponto, unificada pelo escolasticismo, ou seja, no geral uma infra-estrutura intelectual. Ao contrário, o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processo e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico (CASTELLS, 1999, 46).

tradicional modelo político que considerava o poder estatal soberano e absoluto é hoje um critério obsoleto e inaplicável à dinâmica global, onde os Estados buscam associar-se em blocos, organizações internacionais e por meio de tantos outros acordos políticos e econômicos que permitam o acesso amplo ao mercado de seus "produtos globais".

As Redes Globais representam para os Estados a oportunidade de associação com novos atores sociais, dentre eles, instituições não-governamentais.

A formação da sociedade em rede e depois, das redes governamentais contribuiu para a descentralização organizacional das funções precípuas do Estado. A globalização favorece a formação de redes governamentais. Os Estados nacionais optam por fazer parte destas redes globais, seja por meio da cooperação intergovernamental (redes horizontais), ou pela concessão da primazia em organizações internacionais supranacionais (redes verticais).

A lógica global das redes governamentais inclui a participação do Estado-nação, ainda que alguns teóricos sustentem que, consoante o modelo clássico como fora constituído, hoje ele não existe mais. Porém, a par deste segmento que apóia o "fim do Estado-nação", que, entretanto, não representa a maioria, a associação de Estados em redes governamentais é muito mais complexa do que o sistema da formação da sociedade em rede.

O período Pós-Guerra Fria instaurou o multilateralismo das relações globais, com o surgimento de uma nova noção de segurança global (regimes internacionais de cooperação), sendo este impulso às mudanças na área da tecnologia militar outro fator que também comprometeu a capacidade de autonomia do Estado-Nação face à proliferação de armamentos nucleares, químicos e biológicos[14].

Novas formas de organização surgem para aplicar o que alguns denominam por "intervenção descentralizada", característica dos novos movimentos sociais em rede, que compartilham códigos culturais de comunicação e instauram novas formas de organizar o poder e a política estatal.

[14] O nascimento da informação não só como conceito, mas também como ideologia, está inextricavelmente ligado ao desenvolvimento do computador durante os anos da guerra e no período imediatamente posterior. A ocasião e o ritmo de crescimento indicam a estreita relação entre o computador e as necessidades militares crescentes do Ocidente, sobretudo da forma como eram interpretadas nos Estados Unidos. Componentes fundamentais do computador, como os circuitos elétricos miniturizados, foram desenvolvidos pelos americanos para usos militares específicos durante a Segunda Guerra Mundial – neste caso, os detonadores remotos de bombas. O computador eletrônico digital em si surgiu principalmente para realizar cálculos balísticos e as análises que resultaram na bomba atômica. (KUMAR, 1997:19)

A Organização Mundial do Comércio foi criada no intuito de compatibilizar o livre comércio de certas restrições comerciais por meio de mecanismos internacionais de negociações. A Organização das Nações Unidas (ONU) trabalha desde sua criação para estabelecer a paz no uso de seu novo poder de polícia, se preciso for, colocando-se como a sede das principais conferências globais sobre temas da agenda 21: direitos humanos, meio ambiente, controle populacional, mudanças climáticas, crianças, mulheres, cidades etc. A OTAN do pós-Guerra Fria administra a força militar nas condições que lhe restaram e, nesse compasso, seguem tantas outras Organizações Internacionais que demonstram a internacionalização das políticas do Estado para o estabelecimento de um "governo global".

O Estado, todavia, não desaparece nesta gestão compartilhada de poder, mas é necessariamente redimensionado em sua expressão política, com a participação de governos locais e regionais em ações internacionais, que, mesmo não possuindo garantias e recursos suficientes, são compensados pela flexibilidade de novas formas de gestão, como explica a análise:

> A ordem internacional dos dias de hoje caracteriza-se pela persistência do sistema do Estado soberano e o desenvolvimento de estruturas múltiplas de autoridade. Existem sérias objeções quanto a esse sistema híbrido. Fica aberta a questão sobre a real capacidade de o sistema oferecer soluções aos problemas fundamentais do pensamento político moderno, que se tem ocupado, entre outras coisas, da lógica e dos princípios da ordem e da tolerância, da democracia e da responsabilidade e do governo legitimado (HELD apud CASTELLS, 1999, v.2:352).

Esse novo sistema de poder é caracterizado pela pluralidade das fontes de autoridade, sendo o Estado-Nação apenas uma dessas fontes.

A descentralização da esfera de poder absoluto para uma soberania compartilhada torna complexa a problemática sobre quais seriam de fato as fontes legítimas de poder que se contrapõem diretamente com outros fluxos de poder de uma sociedade em rede,

> Constata-se que os Estados contemporâneos, enquanto entidades de natureza eminentemente territorial, estão em contradição com a estrutura espacial da economia globalizada, que criou "espaços funcionais", formados por redes de relações financeiras e comerciais, que envolvem "cidades mundiais" e empresas multinacionais, as quais conseguem em sua atuação, sobretudo em razão do progresso da

> tecnologia, escapar ao controle dos países em que operam (MURPHY apud LEWANDOWSKI, 2004: 259).

Examinando separadamente os fatores que contribuíram para a descentralização do poder em escala global, percebemos que a formação das redes governamentais (*Government Networks*) foi fortalecida pelo reconhecimento da atuação dos mecanismos de governança global (*Global Governance*[15]).

As redes governamentais, segundo SLAUGHTER (2004:132), estão classificadas em horizontais e verticais. A desagregação do poder estatal e a implementação dos mecanismos de governança global permitiram a emergência da regulamentação das atividades judicial, executiva e legislativa do Estado por meio de redes governamentais, estas construídas a nível nacional, regional e internacional.

Na intenção de criar a interdependência entre instituições localizadas em diferentes regiões geográficas, numa dimensão horizontal, ou seja, em sistema de cooperação e coordenação sem sobreposição de hierarquias ou poder, entidades internacionais foram constituídas em sistemas denominados "Redes das Redes" (Networks of Networks), integrando as economias, deliberando e socializando a atuação do governo. Nesta categoria estão inclusas a APEC, a OECD, a Commonwealth e a North System. Cada uma destas entidades significa a junção de redes governamentais cujas relações estão baseadas no desenvolvimento estatal pelo poder da informação.

As Redes Verticais surgem com o aperfeiçoamento dos processos de integração econômica pela formação dos blocos regionais, em especial aqueles que conseguem instituir na aplicabilidade de suas normas, a "supranacionalidade", ou seja, o respeito pela primazia da aplicação do direito comunitário da Organização Internacional sobre o direito interno dos Estados Nacionais, como ocorre no caso da União Européia e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A supranacionalidade seria o "real power" apenas encontrado nas Redes Verticais, em paradoxo às Redes Horizontais. Entretanto, cada um destes sistemas em redes é melhor aplicado sempre considerando-se as condições políticas e econômicas dos Estados que se associam.

---

[15] O significado de Governança Global está bem explicado nesta passagem de NUSCHELER (2002:161): *Global governance is not a project involving only governments or international organizations as instruments of the world´s states. What is new about the conception advanced by the Commission on Global Governance, the one that distinguishes it from all others, is that it calls not only for more state-organized multilateralism but also for conception of governmental and nongovernment actors from the local to the global level.*

Há grande diferença entre o sistema em rede horizontal (intergovernamental) e o vertical (supranacional), em especial no que concerne às relações de poder e à capacidade política de cessão de soberania. Gerar ou não vínculos de interconexão (em redes) não é mais importante do que tornar os Estados menos dependentes em suas relações internas e internacionais que afetam o poder de auto-determinação dos povos.

As Organizações Internacionais são os exemplos mais apropriados do exercício simultâneo dos mecanismos de governança e governabilidade em Redes. O componente "governança" surge neste contexto como sendo a nova proposta para alargamento das relações do Estado e sistemas governamentais de comando.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescente desafio à soberania dos Estados está diretamente relacionado com o surgimento das redes globais de poder, bem como da sua influência sobre o exercício das atividades econômicas, políticas e sociais.

A crise de governabilidade agravada pela aparência do frágil controle do poder estatal propiciou abertura às novas formas de gestão baseadas em políticas de boa governança sobre as estruturas de poder, e desta vez, de forma não restrita às instituições do Estado, sendo colocada ao alcance de novos atores internacionais.

Na tentativa de reconstruir a hegemonia do poder, restaurando parcelas de sua legitimidade, o Estado permitiu a descentralização do poder administrativo, delegando ordens de comando às esferas regionais e locais, ou, ainda, em contrapartida, permitiu o desenvolvimento de instituições supranacionais.

O entendimento sobre a definição e os limites do que seja *governo* e *governança* é fundamental, para o entendimento da existência de vínculos e ações de poder que não estejam sob os domínios da governabilidade.

Sobre a variedade de sentidos associados ao conceito de governança[16], o *consenso* e a *ausência de uma autoridade central* são elementos encontrados em todas

[16] Governança é a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns; diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e das instituições. No plano global, a governança foi vista primeiramente como um conjunto de relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não-

as definições já apresentadas para justificar a existência de uma ordem que possa funcionar sem instituições governamentais, ou seja, o sistema de uma *governança sem governo*,

> Governança não é o mesmo que governo, isto porque governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas instituídas, enquanto governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que pode ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências. Em outras palavras, governança é um fenômeno mais amplo do que governo, abrange instituições governamentais, mas implica também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que fazem com que as pessoas e as organizações dentro de sua área de atuação tenham uma conduta determinada, satisfaçam suas necessidades e respondam às suas demandas (ROSENAU, 2000:16).

DALLARI, *in* "O Futuro do Estado", mesmo que com muitas ressalvas, faz um apelo à reflexão proposta escrevendo o seguinte:

> (...) e se for aceita, finalmente, a teoria de que o Estado foi criado apenas para assegurar a existência de uma ordem social injusta, pretendendo-se que ele seja removido para que as injustiças desapareçam, será necessário indagar das possibilidades concretas de sua eliminação, tendo em vista as condições do mundo atual.

Neste sentido, é que se conclui que os limites à soberania do Estado, no plano internacional e mesmo nacional, são decorrentes de circunstâncias que, com freqüência, escapam à capacidade de intervenção de cada país, considerado individualmente, e também são o resultado do exercício da soberania dos Estados que compõem a ordem internacional, reconhecida como legítima por todos que dela participam, desde que fundada no Direito Internacional, e não na imposição dos interesses dos países mais fortes, econômica ou militarmente.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capitais globais. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influência. (Comissão sobre Governança Global, 1996, p.2)

ALBERT, Michel. *Capitalismo contra Capitalismo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ANDERSON, Kim. **BLACKHURST**, Richard. *Regional Integration and Global Tradind System*. Great Britain: Harvest Wheatsheaf, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 6ª ed. Trad. Carmem Varrialle. Brasília: Ed. da UnB, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BROWNLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura*. Vols. 1 – A Sociedade em Rede; 2 – O Poder da Identidade; 3 – O Fim do Milênio. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. *Nossa Comunidade Global. O Relatório da Comissão sobre Governança Global*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOBROWOSKI, Sílvio. *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERNANDES, António José. *Direito Institucional Europeu*. Braga: Bertrand – Cruz, 1996.

FREY, Klaus. *Local sustainable development in the network society: the potencial of new information and communications technologies*. Rev Sociologia Política, Curitiba, n.21,2003.Disponívelem:http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artlex&pid=S0104 44782003000200011&Ing=es&nrm=iso Acesso em 22 Mar 2007.

GONÇALVES, Alcindo F. *O Conceito de Governança*. Conpedi, 2005.

HETTNE, Björn. *In Search of World Order*. In *Global Governance in the 21st Century: Alternative Perspectives on World Order*. Stockholm, Sweden: Almkvist & Wiksell International: 2002. pg. 6-25.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. 3 ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.

KUMAR, Krishan. *Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

IANNI, Octavio. *A Cidade Global*. In IANNI, Octavio. *A Era do Globalismo.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. pg. 67-93.

LEWANDOSWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MORGENTHAU, Hans Joachim. *A política entre as nações: a luta pelo poder e pela paz* / Hans J. Morgemthau; tradução Oswaldo Biato da edição revisada por Kenneth W. Thompson São Paulo : Impr. Oficial , 2003.

NUSCHELER, Franz. *Global Governance, Development and Peace.* In KENNEDY, Paul. MESSNER, Dirk. NUSCHELER, Franz. *Global Trends and Global Governance*. London: Pluto Press: 2002. pg. 156-183.

ODÉN, Bertil. *Alternative Forms of International Governance and Development Cooperation.* In *Global Governance in the 21st Century: Alternative Perspectives on World Order*. Stockholm, Sweden: Almkvist & Wiksell International: 2002. pg. 184-202.

ROSENAU, James N. "*Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial*". In: CZEMPIEL, Enerst-Otto; ROSENAU, James N. Governança sem Governo. Brasília: Editora Universidade de Brasília e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. pp. 11-46.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa*. Org. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

SILVA, Luiz Roberto.*Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *"A New World Order"*. United Kingdom: Princeton University Press, 2004.

STELZER, Joana. *União Européia e Supranacionalidade: Desafio ou Realidade?* Curitiba: Juruá, 2000.

APONTAMENTOS SOBRE A REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

Antônio Celso Alves Pereira*

RESUMO

A Organização das Nações Unidas vem passando, desde os primeiros tempos da Guerra Fria, por uma grave crise de legitimidade. Tal situação é decorrente do voluntarismo das grandes potências com assento permanente do Conselho de Segurança e da obsolescência de importantes dispositivos de sua Carta, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945 e que, por isso mesmo, refletia a realidade política, social, econômica e estratégica dos anos iniciais do pós-guerra. A necessidade de se empreender uma ampla reforma das Nações Unidas está na agenda internacional desde os dias imediatos ao fim da Guerra Fria. O mais difícil, contudo, será criar as condições políticas essenciais para promover as mudanças na Carta e, consequentemente, nos principais órgãos e agências da Instituição. Considerando a importância do Conselho de Segurança, sua proeminência entre os demais órgãos das Nações Unidas, sua reforma é urgente e absolutamente inadiável para assegurar à Organização maior legitimidade e renovar a confiança da opinião pública em suas ações. No contexto da reforma projetada no Documento *Uma Liberdade mais Ampla – Rumo à Segurança, Desenvolvimento e Direitos Humanos para Todos,* apresentado pelo então Secretário-Geral Kofi Annan à Assembléia Comemorativa dos 60 das Nações Unidas, entre os temas mais polêmicos estão a imprescindível ampliação do número de membros e as possíveis modificações no sistema de votação no Conselho de Segurança. Correntes doutrinárias preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança, como, por exemplo, a adoção do voto consensual. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em Ialta exatamente para proteger os interesses dos Grandes. Há outra questão relevante, que deveria ser objeto de discussão na pauta do processo de mudanças na ONU. Trata-se da necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle da legalidade dos atos praticados pelo Conselho de Segurança. Essa questão vem sendo discutida pela doutrina desde os primeiros tempos de existência das Nações Unidas. O tema é da maior importância e deveria fazer parte da agenda de mudanças. Em nenhuma das Comissões que coadjuvaram o Secretário-Geral nos estudos para a reforma, lamentavelmente, este assunto foi objeto de discussão. No presente artigo, discute-se, portanto, os temas mais importantes para a necessária e urgente reforma do Conselho de Segurança, no contexto da reforma geral das Nações Unidas.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO; DIREITO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS; REFORMA DO CONSELHO DE SEGURANÇA.

RESUMEN

La Organización de las Naciones Unidas pasa, desde los primeros tiempos de la Guerra Fría, por una grave crisis de legitimidad. Tal situación proviene del voluntarismo de las grandes potencias con asiento permanente del Consejo de Seguridad y de la obsolescencia de importantes dispositivos de su Carta, que tuvo vigencia el 24 de octubre de 1945 y que, por eso, reflejaba la realidad política, social, económica y estratégica de los años iniciales del posguerra. La necesidad de emprenderse una amplia reforma de las Naciones Unidas está en la agenda internacional desde los días inmediatos al final de la Guerra Fría. Lo más difícil, sin embargo, será crear las condiciones políticas esenciales para promover los cambios en la Carta y, por consiguiente, en los principales órganos y agencias de la Institución. Considerando la importancia del Consejo de Seguridad, su preeminencia entre los otros órganos de las Naciones Unidas, su reforma es urgente y absolutamente inaplazable para asegurar a la Organización mayor legitimidad y renovar la confianza de la opinión pública en sus acciones. En el contexto de la reforma proyectada en el Documento *Una Libertad más Amplia – Rumbo a la Seguridad, Desarrollo y Derechos Humanos para Todos*, presentado por el entonces Secretario General Kofi Annan a la Asamblea Conmemorativa de los 60 años de las Naciones Unidas, entre los temas más polémicos están la imprescindible ampliación del número de miembros y los posibles cambios en el sistema de votación en el Consejo de Seguridad, como, por ejemplo, la adopción del voto consensual. Difícilmente los actuales miembros permanentes aceptarán la supresión del sistema de votación en vigencia. Lo crearon en Ialta exactamente para proteger los intereses de los Grandes. Hay una cuestión más que debería ser objeto de discusión en la pauta del proceso de cambios en la ONU. Se trata de la necesidad del establecimiento de mecanismos de control de la legalidad de los actos practicados por el Consejo de Seguridad. La doctrina discute esta cuestión desde los primeros tiempos de existencia de las Naciones Unidas. El tema es de la mayor importancia y debería formar parte de la agenda de cambios. En ninguna de las Comisiones que coadyuvaron el Secretario General en los estudios para la reforma, lamentablemente, este asunto fue objeto de discusión. En el presente artículo, se discute, por lo tanto, los temas más importantes para la necesaria y urgente reforma del Consejo de Seguridad, en el contexto de la reforma general de las Naciones Unidas.

PALABRAS CLAVES: DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO; DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES; ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS; REFORMA DEL CONSEJO DE SEGURIDAD.

Introdução

Segurança, desenvolvimento, direitos humanos, educação, saúde, desarmamento e paz são temas indissociáveis e que dizem respeito diretamente aos Estados, aos indivíduos e à comunidade internacional em toda a sua extensão.

Na medida em que o nosso planeta transformou-se numa "densa rede de dependência mútua",[1] somente uma instituição universal como as Nações Unidas, uma vez dotada de instrumentos políticos, jurídicos, administrativos e financeiros adequados, poderá centralizar esforços coletivos para a construção de um mundo com maiores oportunidades de desenvolvimento sustentável, de respeito aos direitos humanos e de realização da paz.[2]

Como é do conhecimento geral, a ONU vem, desde os primeiros tempos da Guerra Fria, passando por uma grave crise de legitimidade. Tal situação é decorrente do voluntarismo das potências com assento permanente no Conselho de Segurança e da obsolescência de importantes dispositivos de sua Carta, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945 e que, por isso mesmo, refletia a realidade política, social, econômica e estratégica dos primeiros anos do pós-guerra.[3]

O atual modelo de organização internacional expresso na Carta da ONU está ultrapassado, não sendo, portanto, adequado para fundamentar um projeto multilateral viável de paz e segurança para um mundo em acelerado processo de mudanças. Para se avaliar a inoperância da ONU em suas finalidades principais, é suficiente registrar que no período compreendido entre 1946 e 2007, aconteceram mais de 70 conflitos armados internacionais.

A necessidade de reformar as Nações Unidas vem sendo discutida desde as primeiras décadas de existência da Organização. Contudo, de forma efetiva, esta questão entrou definitivamente na agenda internacional na gestão do antigo Secretário-Geral Boutros Boutros-Ghali, em 1992.[4] Naquele momento a preocupação era empreender esforços para dotar a ONU de condições para que ela pudesse cumprir os mandamentos de sua própria Carta, criar mecanismos para manter o necessário equilíbrio entre seus diversos órgãos, consolidar e simplificar suas atividades, definindo, de forma clara, as funções de cada uma de suas Agências. Desde então, não paira qualquer dúvida sobre a urgência da reforma das Nações Unidas. O mais difícil,

---

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – na Faculdade de Direito de Campos, R.J.

[1] BAUMAN, Zigmunt. *Europa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006, p. 46.

[2] A universalidade da ONU sustenta-se na alínea 6 do artigo 2º da Carta. Este dispositivo obriga os Estados que não são membros das Nações Unidas a cumprirem todos os princípios enumerados no referido art. 2º.

[3] Desde a sua entrada em vigor, em 1945, a Carta da ONU sofreu apenas as emendas que foram aprovadas para os artigos 23, 27, 61 e 109.

[4] A partir de 1979, ou seja, do 34ª período de sessões da Assembléia Geral, diante do aumento do número de Estados membros das Nações Unidas, propostas para uma reforma parcial da Carta, com o objetivo de estabelecer uma representação eqüitativa no Conselho de Segurança, passaram a fazer parte da pauta das sessões da Assembléia. Nesse sentido, consultar as resoluções 47/62 (1992), 48/26 (1993), 53/30 (1998), da Assembléia Geral, e o parágrafo 30 da Declaração do Milênio das Nações Unidas.

contudo, será criar as condições políticas essenciais para promover as mudanças na Carta e, consequentemente, nos principais órgãos e agências da Instituição

1. A configuração do processo de reforma das Nações Unidas

Dois importantes documentos lançados por Boutros-Ghali formavam a estrutura de sua proposta de reforma: a *Agenda para a Paz* e a *Agência para o Desenvolvimento*. Sob forte oposição dos Estados Unidos, ele não conseguiu renovar seu mandato à frente da Secretaria-Geral da ONU. Seu substituto, Kofi Annan, no primeiro ano de sua administração, em 1997, retomou a questão das mudanças na estrutura da ONU, ao dar publicidade ao documento *Renovação das Nações Unidas: um Programa de Reforma*, texto no qual apontava as propostas de mudanças até então apresentadas por seus antecessores, afirmando que o processo de reforma deveria ser amplo e permanente. O documento de Kofi Annan destacava a necessidade de reestruturação dos órgãos de direção e gestão da ONU, reduzindo a sua burocracia por meio da eliminação cargos e, nessa mesma linha, chamava a atenção para a penúria orçamentária e as dificuldades financeiras da Organização. Além disso, propunha, prioritariamente, o fortalecimento da Assembléia Geral e do Secretariado, uma melhor interface da ONU com as organizações não-governamentais, a criação de mecanismos para dar maior rapidez e efetividade às operações de manutenção da paz e à promoção do desenvolvimento sustentável, ao combate ao crime, ao tráfico de drogas e ao terrorismo. Para dar seqüência ao projeto, Kofi Anann, em dezembro de 2003, instalou, em Nova Iorque, uma Comissão Mundial, presidida por Anand Panyarachum, antigo primeiro-ministro da Tailândia, composta por 16 personalidades[5] de alto prestígio internacional, para coadjuvá-lo na elaboração do projeto de reforma das Nações Unidas.

Tal expediente propiciou a formação do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças,[6] que, durante todo o ano de 2004, ouviu, em consultas regionais, seminários e *workshops*, representantes dos diversos setores dos países-membros das Nações Unidas. Dessas atividades resultou o relatório *Um mundo mais seguro: nossa*

[5] Membros do Painel de Alto Nível das Nações Unidas sobre Ameaças, Desafios e Mudanças.
Anand Panyarachum (TAILÂNDIA) Presidente do Painel; Roberto Badinter (FRANÇA); João Clemente Baena Soares (BRASIL); Gro Harlen Brundtland (NORUEGA); Mary Chinery-Hesse (GANA); Gareth Evans (AUSTRÁLIA); David Hannay (REINO UNIDO); Enrique Iglesias (URUGUAI); Amre Moussa (EGITO); Satish Nambiar (ÍNDIA); Sadako Ogata (JAPÂO); Yevgeny Primakov (RÚSSIA); Qian Qichen (CHINA); Nafis Sadik (PAQUISTÃO); Salim Ahmed Salim (TANZÂNIA); Brent Scowcroft (ESTADOS UNIDOS).

[6] Ver SOARES, João Clemente Baena. *As Nações Unidas Diante das Ameaças, dos Desafios, das Mudanças.* Dossiê CEBRI, Volume I, Ano 4, Rio de Janeiro: CEBRI, 2005.

responsabilidade comum, em 129 páginas, contendo 101 recomendações, e que foi entregue ao secretário-geral Kofi Annan no dia 2 de dezembro de 2004.

O "Painel" identifica, ao lado de antigos e persistentes conflitos, as novas situações e as novas ameaças que flagelam os indivíduos e as nações neste século XXI, protestando, entre outras coisas, por ações multilaterais que favoreçam a segurança biológica. O relatório reafirma o conceito de que "pobreza é também questão de segurança, além do problema do desenvolvimento". Mostra, por exemplo, como a epidemia da AIDS, que incide sobre o continente africano com maior intensidade do que em outras partes do mundo, constitui mais uma ameaça global. Além disso, sugere a criação de um novo organismo intergovernamental, a Comissão para a Consolidação da Paz, cuja finalidade será prestar assistência aos Estados na fase posterior aos conflitos em que se envolverem, para ajudá-los em todos os aspectos relativos à sua reconstrução e estabilização.

No contexto do processo de reforma das Nações Unidas, algumas das sugestões do "Painel" vão se tornando realidades. O Conselho de Segurança e Assembléia Geral criaram a citada Comissão de Consolidação da Paz, que será composta por 31 membros, eleitos por dois anos, permitida a reeleição. A Comissão de Consolidação da Paz, cujas decisões serão tomadas por consenso, terá como função primordial reunir todos os interessados para que estes mobilizem recursos e proponham estratégias integradas destinadas ao fortalecimento das instituições, à promoção do desenvolvimento sustentável, enfim, à consolidação da paz e à recuperação de um Estado em situação de pós-conflito.

Além do Painel de Alto Nível, o então secretário-geral Kofi Anann instituiu duas outras importantes comissões internacionais para auxiliá-lo na preparação do projeto definitivo de reforma das Nações Unidas: o "Grupo Cardoso", criado em fevereiro de 2003, sob a presidência do ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, composto por 12 personalidades[7] de destaque em suas áreas de atuação, com a missão de estudar e fazer recomendações sobre formas de melhorar a interação entre a

[7] Composição do "Grupo Cardoso": embaixador Bagher Asadi (Irã); sociólogo Manuel Castells (Espanha); Sra. Birgitta Dahl (Suécia); Sra. Peggy Dulany (EUA.); embaixador André Erdos (Hungria); Sra. Asma Khader (Jordânia); Sr. Juan Mayr (Colômbia); Sra. Malini Mehra (Índia); Sr. Kumi Naidoo (África do Sul); Sra. Mary Racelis (Filipinas); Sr. Prakash Ratilal (Moçambique) e Sra. Aminata Traore (Mali).

sociedade civil e as Nações Unidas. A outra Comissão criada por Kofi Annan foi chefiada pelo professor Jeffrey D. Sachs e composta por 265 especialistas em questões relacionadas com o desenvolvimento. O relatório final elaborado por esse último "Grupo", intitulado *Projeto do Milénio da ONU: Investir no Desenvolvimento,* propõe um conjunto de medidas concretas para reduzir em 50%, até 2015, a pobreza extrema no mundo e melhorar, radicalmente, as condições de vida de, pelo menos, 1 bilhão de pessoas nos países em desenvolvimento. O relatório, contudo, não menciona a possibilidade de suspensão do pagamento das dívidas dos países mais pobres. O trabalho do grupo chefiado por Jeffrey Sachs teve como objetivo avaliar e sugerir formas de cumprir as Metas do Milênio constantes da Declaração do Milênio das Nações Unidas, documento que foi aprovado na "Cúpula do Milênio", realizada entre 6 e 8 de setembro de 2000, em Nova Iorque. Nessa reunião, 147 chefes de Estado e de Governo, além de 44 outros representantes de Estados-membros das Nações Unidas, aprovaram as metas que deveriam ser cumpridas, sob a égide da ONU, até 2015: 1) erradicar a extrema pobreza e a fome; 2) expandir o ensino básico universal; 3) promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4) reduzir a mortalidade infantil; 5) melhorar a saúde materna; 6) combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7) garantir a sustentabilidade ambiental; 8) estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

O Relatório Sachs aponta as razões pelas quais pouco se avançou no cumprimento dessas metas, concluindo que os recursos necessários para atingi-las poderiam, sem maiores dificuldades, ser cobertos pelos países ricos.

Com base nas recomendações do referido Painel de Alto Nível, e nas sugestões dos Relatórios Cardoso e Sachs, Kofi Annan encaminhou à Assembléia Especial Comemorativa dos 60 anos das Nações Unidas o projeto de reestruturação do organismo, condensado no relatório *Uma Liberdade mais Ampla – Rumo à Segurança, Desenvolvimento e Direitos Humanos para Todos.* Deste documento constam, entre outras propostas, a reforma do Conselho de Segurança e dos demais órgãos principais da ONU, bem como a criação do Conselho de Direitos Humanos e as sugestões para tornar efetivo o cumprimento dos "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio".

Além das contribuições do Painel e dos dois citados "Grupos", o secretário-geral incluiu em seu projeto de reforma as recomendações do "Grupo Brahimi" sobre as

mudanças que a ONU precisa operacionalizar para tornar mais eficientes suas operações de paz. Este "Grupo" foi composto por nove especialistas, oriundos de todos os continentes, com ampla experiência em assuntos humanitários, em desenvolvimento e em atividades policiais e militares voltadas à manutenção da paz. Lakhdar Brahimi, ministro das Relações Exteriores da Argélia, presidiu este "Grupo" que leva seu nome. É oportuno salientar que o "Relatório Brahimi" não recomenda a formação de uma força permanente das Nações Unidas para a manutenção da paz. Reconhece que as Nações Unidas, em muitos casos, fracassaram em sua precípua função de manter a paz e a segurança internacionais.

2. O processo de reforma em andamento

A Carta das Nações Unidas é um tratado internacional de categoria especial. Não é uma convenção multilateral como outra qualquer, que estabelece direitos e obrigações somente para seus signatários. Embora possua características constitucionais, uma vez que hierarquicamente seus dispositivos se sobrepõem aos de qualquer outro tratado internacional que estiver em conflito com a mesma, a Carta não é uma Constituição mundial; trata-se, isto sim, de um tratado *sui generis*, que confere à Organização vida própria e personalidade jurídica distinta da que é reconhecida aos Estados-membros. "Esse elemento orgânico-constitutivo – destaca Antônio Augusto Cançado Trindade – serve não apenas para distinguir tais instrumentos de outros tratados multilaterais, mas é um fator básico na apreciação de qualquer aspecto particular da operação desses instrumentos".[8] Como foi discutida, votada, e entrou em vigor há sessenta anos, é natural que muitos dos seus mandamentos estejam hoje superados; muitos deles esperam, há tempos, por reforma ou emendas, outros devem ser sumariamente suprimidos, por obsolescência total.[9]

Os fundadores da ONU, quando elaboraram a sua Carta, se preocuparam em não repetir os erros que levaram a Sociedade das Nações ao fracasso.[10] Consideraram, na

[8] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 27/28.
[9] É o caso, por exemplo, dos artigos 26, 45, 46 e 47, que dispõem sobre o estabelecimento, nunca concretizado, de uma "Comissão de Estado-Maior" destinada a orientar e assistir o Conselho de Segurança em todas as questões relativas às exigências militares do próprio Conselho". Da mesma forma, dos artigos 53 e 107, na medida em que fazem menção a "Estado que durante a Segunda Guerra Mundial foi inimigo de qualquer signatário da Carta". O capítulo XIII da Carta, que instituiu o Conselho de Tutela está completamente superado. Em 1994 o Conselho de Segurança pôs fim ao acordo de administração do último território sob tutela, as Ilhas Palau, que estavam sob a administração dos Estados Unidos
[10] A Sociedade das Nações, durante sua existência, examinou 66 disputas entre os Estados-membros, das quais conseguiu solucionar apenas 35. Entre 1925 e 1932, a Organização conseguiu seus maiores êxitos. Em 1927, com a assinatura do Pacto Briand-Kellog, os Estados Unidos ensaiaram uma aproximação com a Instituição. Contudo, os anos 1935/1939 foram decisivos para o futuro da SDN.

devida conta, que "os fatos da realidade internacional são as rivalidades de poder, as contradições de interesses e as incompatibilidades ideológicas".[11] Preferiram, assim, incorrer em excesso de realismo a instituir uma organização internacional de viés marcadamente utópico, como fora a extinta Sociedade das Nações. Além do mais, o modelo adotado para nortear o sistema decisório do Conselho de Segurança, com o poder de veto dos membros permanentes, evitou que a ONU viesse a perder, no que respeita à sua abrangência, o caráter verdadeiramente universal, isto é, que Estados de peso e importância real no sistema internacional pudessem ser expulsos, como acontecera, em 1939, com a União Soviética, excluída da SDN em razão de sua agressão a Finlândia. As reformas propostas para a Assembléia Geral, as indicações para torná-la mais atuante e eficaz, uma vez que, de fato, ela tem se mostrado, ao longo dos anos, completamente inoperante em assuntos de sua competência, direcionam-se no sentido de revitalizá-la como foro universal e democrático, onde questões que afetam a humanidade possam ser discutidas para que sejam encontradas as soluções pertinentes.

O Painel de Alto Nível recomenda que as mudanças na Assembléia Geral devam levar à formação de um consenso em torno de uma visão mais ampla e eficaz da segurança coletiva; da mesma forma, buscar a simplificação de sua carga temática, de forma a refletir os principais desafios contemporâneos; deverá criar condições para "evitar os projetos de resoluções repetitivos, obscuros ou inaplicáveis" e, a exemplo do "Relatório Cardoso", sugere a criação de um mecanismo eficiente para o diálogo com as organizações da sociedade civil.

O "Grupo Cardoso" recomenda que a Assembléia Geral, antes de suas reuniões principais, ofereça às organizações não-governamentais audiências interativas e, além disso, construa canais permanentes de interface com essas mesmas instituições. O Painel de Alto Nível sugere que o ECOSOC[12] se concentre nos temas mais importantes

São deste período os seus maiores fracassos. Não conseguiu impedir a ingerência da Alemanha e da Itália na Guerra Civil Espanhola (1936/1938), assim como nada pôde fazer, anteriormente, diante da invasão da China pelo Japão (1931), e da Etiópia pela Itália (1935/1936). A SDN reagiu à invasão da Finlândia pela URSS expulsando a potência comunista dos seus quadros. Como observa Karl Deutch, essa expulsão foi um gesto sem efeitos, pois a força moral da SDN fora destruída por sua própria passividade diante das violações do Direito Internacional perpetradas pelas potências do Eixo. Ver DEUTCH, Karl. *Análise das Relações Internacionais.* Brasília: Editora UnB, 1978, pp. 221/223.

[11] Ver ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB , 1979, p. 671.

[12] Pela importância dos Estados Unidos no contexto da reforma da ONU, é importante registrar que a então representante em exercício do país na Organização, embaixadora Anne W. Patterson, em pronunciamento na sessão fechada da Assembléia Geral, em 23 de junho de 2005, trouxe à luz a posição de seu governo em relação ao assunto. Em seu discurso a embaixadora listou os temas que interessam aos Estados Unidos nas projetadas mudanças estruturais das Nações Unidas: reforma do Conselho de Segurança; prevenção da proliferação de armas de destruição em massa; responsabilidade de proteger; criação de um Fundo para a Democracia; terrorismo; comissão de paz; direitos humanos; administração e desenvolvimento econômico. Pelo que se vê, nem uma palavra sobre a Assembléia Geral. O Conselho Econômico e Social, desde a aprovação da Carta das Nações Unidas, passou por duas

da “Declaração do Milênio” e se transforme em órgão realmente eficaz na liderança normativa e na capacidade analítica dos temas econômicos e sociais. Nessa mesma linha, recomenda que lhe seja oferecida a possibilidade de transformar-se num fórum para o acompanhamento aberto e transparente da realização das metas de desenvolvimento pelos Estados.[13]

O relatório do Painel de Alto Nível recomenda também a criação, no âmbito do ECOSOC, de um foro negociador para tratar dos desafios da pobreza, da saúde e do meio-ambiente, e dos problemas em áreas como ajuda externa, tecnologia e comércio exterior. Um importante avanço no processo de reforma das Nações Unidas foi concretizado em 15 de março de 2006. Em expressiva votação – 170 votos a favor, 4 contrários e 3 abstenções, a Assembléia Geral, pela Resolução A/RES/60/251, aprovou a criação do Conselho de Direitos Humanos. A idéia de sua instituição foi lançada por Kofi Annan, em discurso pronunciado, em 7 de abril de 2005, perante a Comissão de Direitos Humanos, em Genebra, e reafirmada no documento que o secretário-geral encaminhou à Cúpula das Nações Unidas sobre as Metas de Desenvolvimento do Milênio (MDG+5), que se reuniu em setembro de 2005. A Cúpula de setembro de 2005 apenas aprovou a criação de um Conselho de Direitos Humanos para substituir a contestada e polêmica Comissão de Direitos Humanos do ECOSOC. A composição do Conselho, suas finalidades, os critérios para a eleição dos membros e demais dispositivos e procedimentos que fundamentaram a resolução A/RES/60/251 resultaram de negociações entabuladas durantes cinco meses entre os países-membros com o objetivo de se conseguir um texto amplo o suficiente para se obter o apoio de todos. Essas negociações foram conduzidas pelo presidente da Assembléia Geral, Embaixador Jean Eliasson, coadjuvado pelos *Co-Chairs* embaixadores Ricardo Alberto Arias, do Panamá, e Dumisani S. Kumalo, da África do Sul.

O Conselho de Direitos Humanos compõe-se de 47 membros (eram 53 na extinta Comissão), que deverão ser eleitos em votação secreta, por maioria absoluta (96 votos), ou seja, metade mais um do total dos Estados-membros das Nações Unidas

---

importantes modificações em sua estrutura. Em 31 de agosto de 1965 entrou em vigor uma emenda à Carta aumentando, de 18 para 27, o número de assentos no Órgão. Em 24 de setembro de 1973, outra emenda alterou esse número para 54.

[13] Considerando o volume diário da movimentação e a natureza do atual mercado internacional de capitais, a importância da ação do Fundo Monetário Internacional nas políticas de ajuste fiscal e monetário dos países em desenvolvimento, o papel do Banco Mundial no financiamento de projetos sociais e de infra-estrutura nesses países, e as graves questões que conformam o comércio mundial, nota-se, nos projetos de reforma, a ausência de medidas realmente efetivas que propiciem, de fato, a integração desses organismos com o sistema das Nações Unidas.

(191), fato que confere maior legitimidade ao novo Conselho. Vale lembrar que os membros da Comissão de Direitos Humanos eram eleitos por um colégio eleitoral restrito aos 54 membros do ECOSOC.[14]

O governo norte-americano resolveu não pleitear uma das 47 vagas. Votaram contra o projeto de criação do Conselho os Estados Unidos, Israel, Ilhas Marshall e Palau, e as abstenções correram por conta de Venezuela, Bielorrússia e Irã. Os Estados-membros do Conselho de Direitos Humanos poderão ser suspensos se ficar comprovado que são responsáveis por violações graves ou sistemáticas de direitos humanos nos seus territórios. Os membros eleitos disporão de um mandato de três anos e não poderão pleitear a reeleição após dois mandatos consecutivos.

Ao justificar seu voto contrário à criação do Conselho, nos termos propostos pelo projeto de resolução, o então embaixador dos Estados Unidos na ONU, John Bolton, afirmou que não tinha suficiente confiança de que o novo Conselho seria mais eficiente do que a antiga Comissão.

Pretende-se, com a criação do Conselho, dotar as Nações Unidas de um mecanismo mais ágil, mais eficiente, sem a politização da antiga Comissão de Direitos Humanos e que dispense aos direitos humanos a mesma atenção que é dada, no âmbito da ONU, às questões relativas à segurança internacional.

Conforme dispõe a Resolução A/RES/60/251, o Conselho de Direitos Humanos, que entrou em funcionamento no dia 19 de junho de 2006, atuará como órgão subsidiário da Assembléia Geral e suas atividades serão avaliadas pela mesma Assembléia após cinco anos de sua instalação.[15]

As propostas para modernizar o Secretariado voltam-se todas para a necessária racionalização administrativa e financeira do órgão. Os problemas decorrentes da inadequada administração do Programa Petróleo por Alimentos no Iraque trouxeram à tona uma série de questões que apontam a ineficácia gerencial e administrativa de estruturas da Secretaria Geral da ONU.

Há uma outra questão importante que a reforma deveria considerar. Trata-se de emendar o artigo 96 da Carta da ONU para incluir, de forma expressa e clara, o

[14]As 47 cadeiras do Conselho de Direitos Humanos estão, atualmente, ocupadas mediante o seguinte critério geográfico: África, 13; Ásia, 13; Europa do Leste 6; América Latina e Caribe, 8; Europa Ocidental e outros Estados, aqui incluídos os Estados Unidos e o Canadá, 7.

[15] A Comissão de Direitos Humanos encerrou suas atividades no dia 16 de junho de 2006. O novo Conselho se reunirá três vezes ao ano durante um período total de dez semanas. A Comissão se reunia uma só vez ao ano durante seis semanas.

Secretariado entre os órgãos das Nações Unidas que podem solicitar opinião consultiva à Corte Internacional de Justiça, considerando a relação complementar existente entre o Conselho de Segurança, a Assembléia Geral e o Secretariado.

3. A reforma do Conselho de Segurança

A reforma do Conselho de Segurança é urgente e absolutamente necessária para assegurar-lhe maior legitimidade e renovar a confiança da opinião pública mundial nas Nações Unidas. Trata-se, portanto, da reforma central. A composição e as funções atribuídas pela Carta da ONU ao Conselho de Segurança estão consagradas nos Capítulos V, VI, VII, VIII, XII e XIV. Em conjunto com a Assembléia Geral, o Conselho possui as competências que lhes são reservadas pelos artigos 23, 96, e 4º do Estatuto da Corte Internacional de Justiça.

Nestes apontamentos sobre a reforma do Conselho de Segurança, não se pode ignorar que a composição do Conselho de Segurança, bem como a sua instalação nos primeiros dias do pós-guerra, foi determinada por acontecimentos políticos que hoje estão amplamente superados. Como escreve Carrillo Salcedo,

> [...] não se pode ignorar que as Nações Unidas surgiram originariamente como uma coalizão para a guerra (Declaração das Nações Unidas de 1º de janeiro de 1942); que a Conferência de São Francisco se iniciou no mesmo dia em que os soviéticos entraram em Berlin; que a ONU sempre esteve dominada pelo clima de guerra, cujo esforço gravitava fundamentalmente sobre as Grandes Potências; e que, finalmente, a sua criação se deu em um tempo em que a desconfiança entre ocidentais e soviéticos era já manifesta.[16]

Há hoje uma nova realidade política, estratégica e econômica no mundo. A política de segurança que, antes, centrava-se no equilíbrio do terror e na não-proliferação nuclear, hoje tem seu eixo principal na luta contra o terrorismo internacional, o crime organizado em termos planetários, o combate às pandemias, o enfrentamento às possibilidades de proliferação de artefatos nucleares e de seus vetores, e de outras armas de destruição em massa.

Ao tempo em que se constituiu, o Conselho de Segurança era composto por 11 Estados-membros – 5 permanentes e 6 não-permanentes – números que correspondiam a 21,56% dos 51 membros originários da ONU. Como atualmente as Nações Unidas congregam 19l Estados, e são 15 os assentos no Conselho de Segurança – 10 não-

[16] SALCEDO, Carrillo; ANTÔNIO, Juan. *El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica.* Madrid: Editorial Tecnos S. A., 1991, p. 77.

permanentes e 5 permanentes –, dessa situação resulta uma representatividade de apenas 7,85% do total de membros das Nações Unidas, que não reflete, portanto, a realidade geopolítica e econômica dos tempos atuais. Além disso, como ficou anteriormente assinalado, tal situação não confere ao CS representatividade nem legitimidade. Estados como o Japão e a Alemanha, cujo peso econômico e tecnológico é incontestável, potências regionais como o Brasil e a Índia, com presenças destacadas na vida internacional, em nome do próprio realismo que norteou a formação inicial do Conselho, não podem ficar à margem das grandes decisões políticas que devem ser tomadas pelo Conselho de Segurança.

Foi na 34ª Assembléia Geral, celebrada em 1979, que o tema de uma nova reforma para ampliação do número de membros do Conselho de Segurança entrou em discussão. Antes, em 1963, em razão do processo de descolonização e da conseqüente entrada nas Nações Unidas de dezenas de novos Estados, ampliou-se o número de cadeiras no órgão em decorrência da aprovação pela Assembléia Geral de emenda ao artigo 23 da Carta. Tal modificação, que entrou em vigor em 31 de agosto de 1965, incorporou mais quatro membros não-permanentes, passando de 11 para 15 os assentos no referido Conselho. Em razão dessa ampliação, emendou-se, também, o artigo 27 da Carta, para ajustar o sistema de votação. Assim, as decisões do Conselho de Segurança sobre questões processuais, para serem aprovadas, passaram a exigir o voto afirmativo de nove membros – anteriormente sete – e, sobre todas as demais questões, pelo voto afirmativo de nove membros - anteriormente eram necessários sete votos afirmativos –, inclusive os votos afirmativos de todos os membros permanentes.

Em 1993, a Assembléia Geral instituiu um grupo de trabalho para estudar a questão da ampliação do Conselho de Segurança, bem como analisar seus métodos de trabalho. Questões polêmicas, como o direito de veto, foram objeto de discussão no âmbito desse grupo de trabalho, mas, ao final, não se conseguiu chegar a um acordo. Quatro anos depois, o então presidente da Assembléia Geral, o embaixador malásio Razali apresentou uma proposta concreta de reforma do Conselho de Segurança. O “Plano Razali”, como ficou conhecido, propugnava pela criação de cinco novas cadeiras permanentes que seriam assim distribuídas: duas a serem preenchidas por países desenvolvidos, e as outras três obedeceriam ao critério regional, isto é, seriam destinadas uma para cada grande região: África, América Latina e Ásia. Além desses

cinco postos permanentes o “Plano Razali” sugeria ainda a distribuição de mais três assentos não-permanentes às mesmas regiões e mais um não-permanente a ser ocupado por um Estado da Europa Oriental. Este projeto de ampliação do Conselho não chegou a ser votado. Os Estados Unidos ofereceram forte resistência ao “Plano Razali”, uma vez que não concordavam em passar para 24 o número de membros do Conselho de Segurança.

Após a invasão do Iraque pela coalizão comandada pelos Estados Unidos, em março de 2003, e com o recrudescimento do terrorismo internacional e de outras ameaças e desafios, a reforma do Conselho de Segurança entrou definitivamente na ordem do dia. Mesmo os Estados, que antes se negavam a apoiar qualquer mudança no órgão, hoje já não se opõem, discutem agora a forma e a amplitude das modificações. Segundo o ex-secretário-geral Kofi Anann, “todo membro da ONU concorda que o Conselho tem que ser reformado porque não reflete mais a realidade política de hoje. Sobre o que falta entendimento é como reformar”.[17]

Ainda com referência às conclusões do Painel de Alto Nível, o embaixador Baena Soares ressalta que no relatório final apresentado ao secretário-geral aparece, entre as 101 recomendações a que chegaram seus ilustres membros, a necessidade de que sejam atribuídas “responsabilidades adicionais” ao Conselho de Segurança, tais como: a) examinar relatórios semestrais dos diretores-gerais da Agência Internacional de Energia Atômica – AIEA – e da Organização para a Proscrição das Armas Químicas – OPAQ ; b) em casos de suspeita ou de graves irrupções de epidemias, enfim, de segurança sanitária, o Conselho de Segurança se obriga a consultar o diretor-geral da OMS; c) “adotar uma tabela de sanções predeterminadas contra Estados que não cumpram as resoluções contra o terrorismo”; e d) criar uma Comissão de Construção da Paz, em consulta com o ECOSOC.[18]

Por sua importância, os temas que têm centralizado as atenções gerais em relação à reforma do Conselho de Segurança compreendem a questão básica do número de seus componentes, especialmente o quadro de membros permanentes, e, ao lado disso, o sistema de veto.

[17] Entrevista ao *Jornal do Brasil*, Caderno “Mundo” edição de 14 de outubro de 2005, p. 28.
[18] SOARES, João Clemente Baena. O Caminho das Nações Unidas. *In: Carta Mensal*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, n. 607, volume 51, Outubro de 2005, p. 43.

Atualmente são quinze assentos no Conselho de Segurança: cinco permanentes e dez não permanentes. As propostas de reforma do Conselho são variadas. O Painel de Alto Nível, por exemplo, propõe: a) criação de seis novos membros permanentes, sem direito a veto e mais três novos membros não-permanentes com mandato de dois anos; b) não seriam criados novos postos permanentes; entretanto seria instituída uma nova categoria de membros não-permanentes, em número de oito, que teriam mandato de quatro anos renováveis, e mais um novo assento com mandato de dois anos, não renovável. Em qualquer das opções, o Conselho de Segurança passaria a conter 24 cadeiras. A proposta apresentada por Kofi Annan é bem simples: ampliar o Conselho de Segurança para 21 membros, sugerindo duas opções: criação de seis novos postos permanentes, sem direito de veto; ou criação de seis novos assentos não-permanentes.

A proposta apresentada por Brasil, Índia e Alemanha inicialmente contava com o apoio do Japão. Este país formava com os outros três o Grupo dos 04. Contudo, no início de janeiro de 2006, o governo japonês, embora reafirmando que sua atitude não acarretaria o fim do G-4, retirou-se do Grupo, por considerar prematura a iniciativa de uma resolução perante a Assembléia Geral sobre a ampliação o Conselho. Os japoneses, contudo, não desistiram de pleitear um posto permanente no Conselho de Segurança; prosseguem trabalhando para contornar a oposição chinesa e conseguir o apoio dos Estados Unidos à reforma. A proposta de emenda apresentada por Brasil, Índia e Alemanha, indica que o Conselho de Segurança passaria das 15 cadeiras atuais para 25, compreendendo, assim, mais seis permanentes e quatro não-permanentes. Os novos membros permanentes não teriam poder de veto. As cadeiras permanentes seriam ocupadas pelos membros do agora G-3, pelo Japão e por dois Estados africanos. A questão do direito de veto ficaria para posterior discussão, ou seja, 15 anos após a eleição dos Estados que entrarem para o Conselho de Segurança em decorrência dessa projetada mudança. Os países-membros do então G-4, no primeiro momento, defendiam a criação de novos postos permanentes com direito de veto. Posteriormente, para não inviabilizar a reforma, passaram a aceitar a possível situação de membro permanente, sem poder de veto. A China, porque não admite a entrada do Japão no Conselho, é contra essa proposta.

Um grupo de Estados, denominado “Unidos pelo Consenso”, reunindo Paquistão, Argentina, Canadá, Itália e México, é apenas favorável à criação de dez

novas cadeiras não-permanentes.

A União Africana (UA), representando 53 Estados da região, encaminhou uma proposta de resolução na qual propõe aumentar para 26 o número de membros do Conselho de Segurança, dos quais seis teriam assentos permanentes com direito a veto.

O governo dos Estados Unidos, ainda indefinido sobre a extensão da ampliação do Conselho, defende a criação de uma ou duas cadeiras permanentes, sem direito de veto, e mais duas ou três não-permanentes. Ao que parece, os norte-americanos gostariam de patrocinar apenas a entrada do Japão como membro permanente. Aceitam um Conselho de Segurança composto, no máximo, por 20 membros. Além disso, exigem que os novos membros do Conselho de Segurança sejam escolhidos levando em conta o PIB do país, seu compromisso com a democracia e os direitos humanos e sua participação no financiamento das Nações Unidas. Outros critérios são também sugeridos pelos norte-americanos: capacidade militar, histórico de não-proliferação, engajamento na luta contra o terrorismo e contribuição e participação em forças de paz.

A polêmica questão do veto suscita as mais variadas sugestões. Embora reconhecendo o caráter anacrônico do atual sistema de votação no Conselho de Segurança, o "Painel" não propôs modificações nessa matéria. Por faltar condições políticas para o sucesso de qualquer proposta suprimindo o veto, o "Painel" propõe que seu emprego deva se limitar às questões realmente vitais. Ainda nessa linha, sugere aos membros permanentes que evitem recorrer de forma excessiva ao veto para não paralisar o Conselho, registrando, ainda, que a partir de 1946 foram apostos 257 vetos, sendo 80 por iniciativa dos Estados Unidos, 122 pela União Soviética/Rússia, e os restantes pelos outros membros permanentes.[19] São inúmeras as manifestações pela total supressão do veto. Algumas propostas aparecem indicando que o veto só se aplicaria em questões que deveriam ficar claramente tipificadas no capitulo VII da Carta, outras apontam que da reforma da Carta deveria constar um artigo esclarecendo quais seriam as matérias classificadas como processuais.

Existem outras propostas, classificadas como obstrucionistas, patrocinadas por Estados que não teriam condições de ingressar no Conselho como membros permanentes. Estes defendem que o ideal seria a inclusão apenas do Japão e da Alemanha como membros permanentes plenos, portanto com direito a veto, e, ao lado

[19] Ver SOARES, João Clemente Baena. *Op. Cit.*, p. 45.

disso, a criação de assentos regionais rotativos, o aumento do número de membros não-permanentes e, por fim, a criação de uma outra categoria de membros: os permanentes sem direito de veto.

No contexto da projetada reforma do Conselho de Segurança, há outra questão relevante, que deveria ser objeto de discussão e ser destaque na pauta do processo de mudanças.Trata-se da necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle da legalidade dos atos praticados pelo Conselho de Segurança.

Essa questão vem sendo discutida pela doutrina desde os primeiros tempos de existência da ONU. Não há, entretanto, um órgão jurídico internacional competente para exercer tal controle. O tema é da maior importância e deveria fazer parte da agenda de reforma das Nações Unidas. Em nenhuma das Comissões que coadjuvaram o secretário-geral nos estudos para a reforma esse assunto foi tratado. Como bem assinala Antônio Augusto Cançado Trindade, "com o passar dos anos, a necessidade desse controle de legalidade tem se tornado manifesta, sobretudo à medida em que as Nações Unidas ocupam um espaço cada vez maior em um cenário internacional marcado por novos e intensos conflitos, inclusive internos. Urge estabelecer um regime jurídico de controle da legalidade dos atos dos órgãos políticos internacionais, no âmbito das reformas da Carta das Nações Unidas".[20]

Em razão disso, entendo que a sugestão mais adequada seria ampliar a competência da Corte Internacional de Justiça e encarregá-la do exercício dessa necessária atividade. Os adversários dessa posição afirmam que sujeitar as decisões do Conselho de Segurança a qualquer tipo de controle externo o enfraqueceria de forma inquestionável. [21]

Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar que o problema esteve em pauta na Corte Internacional de Justiça no caso *Lockerbie,* ocasião em que este Tribunal entendeu que as decisões do Conselho de Segurança, tomadas com fundamento no capítulo VII da Carta, não podem ser reformadas, uma vez que as obrigações decorrentes de resoluções obrigatórias do mesmo Conselho. Em razão do que estabelece o artigo 103 da Carta da ONU, são superiores a qualquer tratado firmado pelos Estados. Esta referência ao artigo 103 se deu em razão da invocação pela Líbia, perante a Corte Internacional de Justiça, da Convenção de Montreal de 1971 sobre a Supressão de Atos

[20] Ver TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. Cit.*, p. 841.
[21] Ver Mello, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 647/648.

Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil. Para sustentar o pedido de medidas conservatórias que lhe garantissem o direito de julgar em seu território os indiciados no caso da explosão do avião da *Pan Am* quando sobrevoava *Lockerbie*, na Escócia, no dia 21 de dezembro de 1988. Em 1991, a Grã-Bretanha e os Estados Unidos solicitaram a extradição dos responsáveis pelo crime – dois indivíduos de nacionalidade líbia – para serem processados. O governo líbio silenciou-se diante do pedido. Os interessados na extradição recorreram ao Conselho de Segurança e este, mediante resolução com base no capítulo VI da Carta[22], ordenou ao governo Khadafi que se manifestasse sobre o pedido de extradição. Diante disso a Líbia, com base na citada Convenção de Montreal, recorreu à Corte solicitando as medidas conservatórias já mencionadas, uma vez que dispositivos dessa Convenção facultam ao Estado julgar ou extraditar os indiciados. Contudo, em 31 de março de 1992, o Conselho de Segurança aprovou uma nova resolução[23] sobre o assunto, desta feita com fundamento no capítulo VII da Carta, ordenando à Líbia que concedesse a extradição dos dois acusados. A CIJ, em 14 de abril de 1992, negou o pedido líbio. Esta questão acabou sendo resolvida por acordo entre os Estados Unidos, a Grã-Bretanha e a Líbia.[24]

Sobre o poder discricionário do Conselho de Segurança em relação ao uso da força, o Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças das Nações Unidas propõe o estabelecimento de critérios que, fixados em resoluções do próprio Conselho e da Assembléia Geral, disciplinem e assegurem legitimidade a essa competência que é atribuída ao Conselho pela Carta da ONU. Para tanto, sugere que o recurso à força deverá, preliminarmente, levar em conta o seguinte: a gravidade da ameaça; verificar se, de fato, foram esgotadas todas medidas não-militares; considerar se a ação terá como objetivo prevenir ou impedir uma ameaça à paz e à segurança internacionais; atentar para a proporcionalidade dos meios militares a serem empregados; e, por fim, antes de decidir usar a força, avaliar, com muito cuidado, as conseqüências da provável ação do Conselho.[25]

---

[22] Resolução 731 de 21 de janeiro de 1992.

[23] Resolução 748 de 31 de março de 1992. Sobre o tema ver Antonio Augusto Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, p. 823/853.

[24] Ver Bedjaoui, Mohammed. *Nuevo Orden Mundial y Controle de Legalidad de los Actos del Consejo de Seguridad:* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995. Ver também, do mesmo autor, *Les Relations entre la Cour Internationale de Justice et les Autres Organes Principaux des Nations Unies. In*: Boutros Boutros-Ghali – *Amicorum Discipulorumque Liber*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 175/226.

[25] Ver Soares, João Clemente Baena. *O Caminho das Nações Unidas*, p. 41.

Considerações Finais

A reforma das Nações Unidas é imprescindível para a continuidade desta importantíssima Instituição. Os problemas que afligem a humanidade são por demais graves e as soluções que exigem são inadiáveis.

Considerando que o Conselho de Segurança é o principal órgão das Nações Unidas, as atenções estão voltadas para a polêmica da ampliação do número de seus membros, sobretudo daqueles com assentos permanentes. A atual composição do Conselho de Segurança configura uma estrutura anacrônica e oligárquica, que está longe de refletir a realidade política do mundo atual. Correntes preocupadas em democratizar as Nações Unidas advogam a supressão do veto e sugerem várias modalidades de votação para o Conselho de Segurança, como, por exemplo, a adoção do voto consensual. Dificilmente os atuais membros permanentes aceitarão a supressão do sistema de votação em vigor. Ele foi criado em Ialta exatamente para proteger os interesses dos Grandes. Contudo, diante do que se passa no mundo atualmente, as Nações Unidas devem ser dotadas de mecanismos modernos que lhe permitam atender com eficiência e legitimidade todas as questões que lhe forem postas pelas entidades que compõem a atual sociedade internacional. Nessa direção, a reforma deve levar na devida conta a crescente capacidade da sociedade civil internacional de contribuir para a governança mundial.

As emendas à Carta, para serem aprovadas, devem obedecer ao que dispõe o artigo 108. Embora o texto deste artigo não confira aos membros permanentes o direito de vetar emendas, estas só entram em vigor se aprovadas por dois terços da Assembléia Geral e ratificadas por dois terços dos membros das Nações Unidas, inclusive todos os membros permanentes do Conselho de Segurança.

As propostas para mudanças no Conselho de Segurança, que estão em pauta, indicam apenas uma ampliação do órgão, uma tentativa de aproximação às realidades da atual distribuição do poder mundial. A ficar assim, sem alteração no sistema de votação, sem uma quebra da estrutura oligárquica implantada em 1945, não haverá, de fato, uma reforma do principal órgão das Nações Unidas.

Referências

ARON, Raymond. *Paz e Guerra entre as Nações*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora UnB, 1979.

BAUMAN, Zygmunt. *A Sociedade Líquida*. Entrevista à Folha de São Paulo, caderno *Mais*!, Edição de 19 de outubro de 2003.

_____. *Europa*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

_____. *Globalização – As Conseqüências Humanas.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1999.

BEDJAOUI, Mohammed. *Les Relations entre la Cour Internationale de Justice et les Autres Organes Principaux des Nations Unies*. *In*: BOUTROS Boutros-Ghali – *Amicorum Discipulorumque Liber*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

_____. *Nuevo Orden Mundial y Controle de Legalidad de los Actos del Consejo de Seguridad:* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

BOUTROS-GHALI, Boutros. – *Amicorum Discipulorumque Liber – Peace, Development, Democracy*. 2 v., Bruxelles: Bruylant, 1998.

CARRILLO SALCEDO. Juan Antônio. *El Derecho Internacional em Perspectiva Histórica.* Madrid: Editorial Tecnos, S. A., 1991.

CASTRO, Thales. *Conselho de Segurança da ONU – Unipolaridade, Consensos e Tendências*. Curitiba: Juruá, 2007.

DEUTCH, Karl. *Análise das Relações Internacionais.* Brasília: Editora UnB, 1978.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, Adriano. *Teoria das Relações Internacionais*. Coimbra: Almedina, 2002.

SOARES, João Clemente Baena. *As Nações Unidas Diante das Ameaças, dos Desafios, das Mudanças.* Dossiê CEBRI , Volume I , Ano 4 , Rio de Janeiro: CEBRI, 2005.

_____. O Caminho das Nações Unidas. In: *Carta Mensal*. Rio de Janeiro: Confederação Nacional do Comércio, n. 607, volume 51, Outubro de 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional*. México: Fundo de Cultura Econômica, 1998.

GLOBALIZAÇÃO, ESTADO-NAÇÃO E REGIMES SUPRANACIONAIS

Elve Miguel Cenci*

RESUMO

Tendo como base a obra de Jürgen Habermas, o artigo reconstrói o conceito de Estado-nação e discute as mudanças que o afetam na atualidade, modificando sua configuração e exigindo novas respostas. Tradicionalmente responsável por garantir a observância às regras no âmbito interno e a soberania no externo, a partir do final do Séc XVIII o Estado moderno se converte em Estado-nação. Essa mudança trouxe uma vantagem importante pelo fato de proporcionar meios para práticas democráticas de legitimação. Porém, a partir dos anos de 1980 a globalização começa a colocar em questão o formato tradicional do Estado-nação. Competências que historicamente eram do Estado, sobretudo no que diz respeito ao regramento da economia, passam para o mercado que se torna o autor de suas próprias leis. Diante de um mundo multicultural onde as grades questões atingem escala planetária, não se pode esperar que o Estado readquira suas funções tradicionais. É nesse sentido que em uma sociedade pós-nacional, também as soluções parecem apontar para a esfera supranacional.

PALAVRAS-CHAVE: SUPRANACIONALIDADE, ESTADO-NAÇÃO, GLOBALIZAÇÃO

ABSTRACT

Based on Jürgen Habermas' work, this article reconstructs the concept of State-Nation and discusses the changes that affect it in the present times, modifying its configuration and demanding new answers. Traditionally responsible for assuring the observance of rules in the internal scope and the sovereignty in the external one, from the end of the 18th century on, the modern State turns into State-Nation. This change resulted in an important advantage because it provided means for democratic practices of legitimization. However, from the 1980s on, globalization starts to question the traditional format of the State-nation. Competences that belonged historically to the State, especially concerning the economy ruling, are transferred to the market, which becomes the author of its own laws. In face of a multicultural world where big issues are discussed worldwide, it is not possible to hope that the State reacquires its traditional functions. It is in this sense that in a post-national society, the solutions also seem to point to the supranational sphere.

KEYWORDS: SUPRANATIONALITY, STATE-NATION, GLOBALIZATION

* Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e professor do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. (elve@uel.br)

INTRODUÇÃO

A partir do final do Séc. XVIII, a forma de organização política e social predominante nos Estados, sobretudo europeus, foi a do Estado-nação. Porém desde os anos de 1970 esse modelo de Estado vem sofrendo transformações significativas em função de um novo fenômeno: a globalização. Várias respostas têm sido esboçadas como reação diante das mudanças ocorridas no mundo, desde a simples aceitação com conseqüente adaptação até posturas mais radicais de rejeição que resultam em fechamento e repúdio contra tudo o que é externo, na tentativa de manter o que já foi conquistado[1]. Habermas adota outra postura: não se filia à atitude resignada da simples aceitação, acatando as conseqüências visíveis no nosso tempo, nem aceita o discurso de negação. Perante um mundo que é interdependente e multicultural, aponta para a supranacionalidade como a forma mais adequada para normatizar competências que foram tiradas do Estado-nação e evitar que o mercado faça suas próprias regras sem limites. É essa leitura que seguiremos de perto. O trabalho se divide em três partes: na primeira (I), apresento, com base no texto "O Estado-nação Europeu frente aos desafios da globalização", uma reconstrução do processo de formação do Estado-nação europeu. Ainda com base no mesmo texto, na seqüência (II), discuto as transformações pelas quais esse modelo de Estado passou nas últimas décadas. Por fim (III), indico a supranacionalidade como perspectiva para os problemas apontados.

I – A FOMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO: A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E NAÇÃO

A idéia do Estado moderno está diretamente relacionada com a capacidade de manter a soberania tanto externa como interna. Isso significa que o poder político deve ser capaz de garantir a obediência às leis nos seus limites territoriais e, também, proteger as fronteiras em relação aos demais Estados tendo como referência o direito internacional. A relação entre Estados é compreendida como essencialmente

[1] . A filiação a essa leitura ajuda a entender a xenofobia contra os imigrantes em algumas regiões da Europa.

conflitiva uma vez que vigoram as leis do Estado de natureza[2]. Esse Estado, portanto soberano nos dois aspectos, em virtude de suas própria configuração mantém uma relação de mão dupla com a sociedade. Por um lado, por atuar em uma economia capitalista, necessita da sociedade para manter sua estrutura administrativa mediante a cobrança de impostos, por outro deve atender de forma eficaz a uma exigência do mercado que é proporcionar "garantias legais" e "infra-estrutura" para que os atores econômicos possam concretizar seus interesses privados. Essa forma de organização do Estado moderno proporcionou à sociedade condições para que se desenvolvesse de forma extraordinária.

Porém, a partir do final do século XVIII, com a junção ao Estado moderno da concepção de nação[3], este se transforma em Estado-nação.

> "As categorias de atores que iniciaram e conduziram os processos de construção do Estado e da nação diferiram de maneira significativa. No que diz respeito à formação dos Estados modernos, a construção de uma burocracia eficiente dependeu dos esforços sobretudo de advogados, diplomatas e funcionários públicos, enquanto a propagação do projeto, inicialmente imaginário, de uma nação unificada em termos culturais foi obra de escritores, historiadores e jornalistas, precedendo os esforços diplomáticos e militares de estadistas como Cavour e Bismack. Esses dois desenvolvimentos culminaram no Estado-nação europeu do século XIX, o qual, em qualquer caso, fornece o contexto de onde deriva o atual entendimento normativo que o Estado constitucional tem de si próprio" (HABERMAS, 1995, p. 90).

Um dos ganhos mais significativos do Estado moderno, ao tornar-se Estado-nação, foi criar as condições para se transformar em democrático. Isso ocorreu porque a construção de uma identidade comum favoreceu o surgimento de "formas democráticas de legitimação". Na origem desse processo estão os conflitos religiosos que acabaram gerando o pluralismo e, como conseqüência, o Estado secular e a necessidade de outros meios de legitimação. São essas novas formas de construção da identidade que permitiram o surgimento da figura do cidadão. Ou seja, com um maior grau de participação política, o Estado consegue legitimidade através da constituição de uma "solidariedade legalmente mediada" sem recorrer aos modelos tradicionais de

[2] . Kant posiciona-se de forma crítica em relação a essa compreensão das relações entre Estados. Sobre isso ver a obra A paz perpétua.

[3] . Segundo Habermas (1995, p. 89), o conceito "nação" comporta, além do sentido legal e político, a idéia de "comunidade" que compartilha aspectos comuns como "língua", "origem", "cultura".

cunho religioso. Habermas entende que essa concepção do Estado pode ser mais bem compreendida se recorrermos ao conceito de cidadania, isto porque o cidadão deixa de ser alguém que se submete meramente à estrutura legal do Estado a que pertence mas, em um Estado democrático, ganha força a idéia da "comunidade de cidadãos" que devem atuar efetivamente para que esse projeto se concretize e se perpetue com a participação de todos. Temos, portanto, o advento do Estado nacional democrático que une "republicanismo" e "nacionalismo". O que Habermas quer mostrar é que o Estado absolutista hobbesiano, que de certa forma já garantia certos direitos compreendidos em termos de "autonomia privada", com a "soberania popular" transforma os direitos em "civis" e "humanos". O que muda é que a autonomia passa a ser compreendida como "pública" e "privada" com direitos de participação, consagrando a tese de que o cidadão é ao mesmo autor e obediente à lei, isto é, é a vontade do povo que consagra as "normas legais". O povo pode até admitir um rei no posto máximo de comando do Estado, desde que a soberania seja sua. Portanto, a soberania muda de lugar.

Habermas (1995, p. 92), porém, acredita que noções como direitos humanos e soberania popular são demasiado abstratas e não comportam carga motivacional suficiente para provocar esse modelo de integração social que deu origem à cidadania democrática. O que teria dado sustentação para essa mudança teria sido a "idéia moderna de nação".

> "Somente a percepção de uma identidade nacional, cristalizada em torno de uma história, língua e cultura comuns, somente a consciência de pertencer à mesma nação é que fez com que pessoas distantes, espalhadas em amplos territórios, se sentissem politicamente responsáveis umas pelas outras. Dessa maneira, os cidadãos passaram a se ver como partes de um mesmo todo, quaisquer que fossem os termos legais abstratos em que esse todo pudesse estar constituído. Esse tipo de autoconsciência nacional se refere ao Volksgeist, o espírito singular de uma nação, que foi cuidadosamente construído pelos intelectuais em termos de mitos, histórias e tradições literárias românticos, e que se difundiu largamente por meio dos canais de comunicação de massa da época. Essa identidade cultural fornece o substrato socialmente integrador para a identidade política da república" (HABERMAS, 1995, p. 92-3).

Temos, portanto, a junção clara mas tensa entre republicanismo e nacionalismo. Essa união é tensa porque esconde um conflito entre uma perspectiva universalista, "uma comunidade legal igualitária" e outra particularista, "a comunidade

cultural". Em outras palavras: se por um lado o Estado democrático nacional comporta a idéia da defesa das liberdades individuais a partir de direitos universais, a idéia de nação opera com uma compreensão particular manifestada em expressões como "morrer pela pátria". A nação comporta de um lado cidadãos "livres e iguais", de outro "filhos da pátria" que, se necessário, devem "dar o seu sangue por ela".

Habermas entende que a solução para esse conflito fica na dependência de "que os princípios constitucionais dos direitos humanos e da democracia priorizem um entendimento cosmopolita da nação como uma nação de cidadãos, em detrimento de uma interpretação etnocêntrica da nação como uma entidade pré-política" (HABERMAS, 1995, p. 94). Nesse sentido merece destaque o conceito de "cidadania democrática" por comportar uma compreensão do Estado constitucional sintonizado com uma perspectiva universalista que, de certa forma, impõe limites para os aspectos particularistas do Estado nacional. No entanto a história do último século mostra involuções nesse processo. O retorno a estágios "pré-políticos" tem como causa o fato de que as "as fronteiras do Estado constitucional" são formadas de maneira "contingente", isto é, em decorrência de conflitos e disputas pelo poder que acabam definindo os limites físicos e sociais de quem pertence ou não à nação. Portanto, não há uma "base normativa para as fronteiras de uma república". Mesmo a nação tendo sido produzida por diversos fatores, em sua maioria artificiais, os pontos indicados como comuns e que representam a unidade aparecem como se fossem um "fato natural" e como tal prescindem de legitimação para formarem a identidade e os limites. Em outras palavras, "a nação naturalizada pode assim firmar e fortalecer simbolicamente a integridade territorial e social do Estado-nação" (HABERMAS, 19995, p. 94). Além dessa ausência de "base normativa", há ainda outro fator que concorre para a interpretação naturalista do Estado-nação. Por terem sido forjadas artificialmente por teóricos, as "identidades nacionais", que geram o sentimento de pertença nacionalista, acabam se tornando terreno fértil para a manipulação política. Se observarmos os diversos usos da psicologia de massas, sobretudo ao longo do século XX, vamos perceber o quanto esse recurso foi utilizado para desviar a atenção dos problemas

sociais internos e criar unidade focando em conflitos externos[4]. A tese defendida por Habermas é que o Estado nacional deve se desligar daquele que foi o fator impulsionador de seu sucesso: o nacionalismo[5]. Entretanto é possível se valer de um recurso gerado pelo Estado-nação para construir uma outra forma de integração social distinta dos moldes tradicionais com base em um modelo de "solidariedade" que se ampare na "cidadania democrática". Esta é capaz de gerar legitimidade e integração social, desde que seja não apenas legal mas efetiva.

II – A NOVA CONFIGURAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO EM UM MUNDO GLOBALIZADO

Se a constituição clássica do Estado-nação se deu com base em uma certa homogeneidade assentada em fatores comuns como etnia, língua, religião, mesma concepção de mundo, etc, o que gerou identidade e compromissos mútuos, hoje esses fatores passam por transformações significativas[6]. Como o multiculturalismo está se tornando a característica das sociedades do nosso tempo, não há como buscar novamente a homogeneidade sem privilegiar uma forma cultural, o que implicaria sufocar as demais. Habermas (1995) vê, como mais adequado para que as diversas subculturas possam existir e conviver com as demais, que haja uma clara separação entre o que é uma "cultura política comum", sustentada em princípios constitucionais

[4] . Dois exemplos ilustram como ao longo do século XX a psicologia de massas foi utilizada para fins políticos O primeiro, e que dispensa maiores análises por ser bastante conhecido, é o do Nazismo. Fugindo do contexto europeu me permito citar um segundo exemplo, mais próximo geograficamente, que foi a experiência frustrada da invasão Argentina nas ilhas Malvinas (*Falkland Islands* para os ingleses). Em um regime militar já em seu crepúsculo, a saída encontrada pelos militares argentinos foi uma guerra com apelo nacionalista para "unir" a nação.

[5] . Sobre a análise do conceito de nacionalismo é interessante destacar o estudo que Habermas faz do conceito de "Patriotismo Constitucional". Em obras como "Identidades Nacionais e Pós-nacionais" (sem tradução para o português), falando sobretudo a partir da experiência alemã, Habermas procura mostrar como a Alemanha pós-guerra buscou forjar sua identidade não mais nos fatores que deram sustentação ao nazismo e seu "delírio racial", mas em um patriotismo da constituição que se ampara na idéia de "universalização da democracia e dos direitos humanos". Sobre o tema ver nosso artigo "Contribuições do conceito de patriotismo constituicional para a esfera político-jurídico Brasileira". Londrina, Scientia Júris, Vol. 10, 2006. Ver também ARROYO, Juan Carlos V. Patriotismo constitucional y republicanismo. *Claves de razón practica*, nº 125, 2002.

[6] . A maioria das sociedades, sobretudo ocidentais, passam por mudanças que abalam os pilares da concepção tradicional de nacionalismo. Países como Estados unidos e França se tornam a cada dia mais sociedades multiétnicas. Nos Estados Unidos o espanhol é a segunda língua. Sob o ponto de vista religioso, a proliferação de novas seitas, ou mesmo o aumento de pessoas que não se vinculam a prática religiosa nenhuma mostram claramente que o nosso tempo caminha a passos largos da direção de novas formas de construção da identidade tendo como base a pluralidade como referência.

que vão ser a fonte da identidade coletiva, e as particularidades culturais dos grupos que devem ser protegidas mesmo quando minoritários. Essa defesa da uma cultura política baseada na "soberania popular e nos direitos humanos", que Habermas denomina "patriotismo constitucional", materializa em um contexto concreto princípios que são universais[7].

Se o Estado-nação tradicional com base em uma certa identidade homogênea deu sustentação ao surgimento da "cidadania democrática" e, em função dos novos tempos, o que predomina no horizonte é o multiculturalismo, como conseguir unidade na multiplicidade utilizando os pressupostos até certo ponto frágeis do patriotismo constitucional? Citando como referência a experiência americana que de certa forma consegue conciliar diferenças culturais mantendo, mesmo assim, uma cultura política partilhada por todos, Habermas formula uma hipótese que se mostra a cada dia mais verdadeira se levarmos em conta o fato de o texto ter sido escrito antes do 11 de setembro.

> "Minha suspeita é que uma cultura política liberal só pode manter unida uma sociedade multicultural quando a cidadania democrática se mostra vantajosa não apenas em termos de **direitos liberais e políticos**, mas também de **direitos culturais e sociais**. A cidadania democrática pode sustentar-se em seus próprios termos, e ainda estender-se para além de um status meramente legal, somente se puder ser resgatada em termos dos valores de uso do bem-estar social e do reconhecimento mútuo entre as variadas formas de vida existentes. A cidadania democrática desenvolve sua força de integração – isto é, sua capacidade de gerar solidariedade entre estranhos – se puder ser reconhecida e valorizada como o mecanismo efetivo pelo qual a infra-estrutura legal e material das formas de vida escolhidas é assegurada" (HABERMAS, 1995, p. 97). Grifos nossos.

De certa forma a "suspeita" apontada na citação foi efetivada na Europa no pós II Guerra com o Estado social e a consolidação dos direitos civis. Naquele contexto, em razão do cenário internacional resultante dos acordos firmados ao término do conflito, muitos paises europeus tinham perdido o direito de pensar uma

[7] . Com essa sintonia entre as histórias particulares que estão na base de cada constituição e princípios universais como "soberania popular" e "direitos humanos", Habermas está de certa forma imunizando o conceito de "patriotismo constitucional" das críticas que apontam que o mesmo possui um caráter demasiado abstrato. Talvez o exemplo empírico que melhor dá sustentação à tese do patriotismo constitucional seja o caso da Alemanha e sua trajetória pós Nazismo.

política externa de poder. Como normalmente são essas políticas que catalisam os sentimentos nacionalistas, estes acabaram ficando em segundo plano. O que ocorreu foi que as realizações do Estado de bem estar social em diversas áreas (previdência, oportunidades, educação...) implantaram direitos e deram sustentação à cidadania, o que fez com que os cidadãos passassem a identificá-las como o elemento constituidor da identidade coletiva e da unidade na diversidade. No entendimento de Habermas, parte da Europa conseguiu conciliar por certo período "autonomia privada" e "autonomia pública", ou seja, houve um efetivo equilíbrio entre "igualdade formal" e "igualdade material". O problema é que nos últimos tempos essa equação passou a sofrer alterações em função de um novo fator que entra em cena com intensidade: a globalização.

Pensar um mundo globalizado implica mudar a compreensão de uma série de noções, como a percepção do tempo (as transações financeiras acontecem 24 horas ao redor do mundo), do espaço (megalojas virtuais) e a vigência de normas. Se tradicionalmente os Estados nacionais estabeleciam claramente as regras de atuação dos atores internos e as relações com os externos, com a globalização essas noções são alteradas. Mesmo os acontecimentos locais sofrem em grau maior ou menor a interferência de fatores externos, basta ver os efeitos da concorrência mundial em certos setores da economia. Decisões tomadas ao redor do mundo pelas grandes corporações influenciam até mesmo decisões governamentais[8].

O que a globalização parece alterar é aquela autonomia construída pelo Estado-nação que incluía entre suas características a soberania, tanto interna quanto externa. Internamente a economia depende cada vez mais da dinâmica global, pois a "administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições de produção relevantes" (HABERMAS, 1995, p. 99). O que Habermas destaca não é a economia ter uma dimensão que vá além das fronteiras, afinal essa é uma característica do capitalismo, mas o fato da economia quase não

[8] . Talvez um caso ilustrativo seja o processo de negociação para a implantação de novas montadoras de automóveis. Ocorre quase que um leilão mundial que tem como moeda de barganha o quanto o Estado pode oferecer não apenas em infra-estrutura e condições já postas, mas sobretudo de incentivos e isenções adicionais.

permitir mais ao Estado concretizar políticas “econômicas”, “financeiras” e “sociais”. Há um espaço muito pequeno de manobra, de tomada de decisões que sejam efetivas porque estas dependem cada vez mais da esfera global. Ou seja, os agentes econômicos circulam pelo mundo em busca de melhores oportunidades e cobram dos governos locais condições de infra-estrutura adequadas. Cabe ao Estado fornecer tais condições para que os agentes privados possam competir entre si em escala planetária. Sob o ponto de vista político, ganha eleitoralmente o governante que conseguir guardar a posição, isto é, atrair cada vez mais novos capitais para seu país mesmo que em condições assimétricas de negociação.

Ao Estado compete fazer um processo de “modernização da economia”. O problema é que esse modelo de modernização normalmente implica em corte de impostos e, como decorrência, alteração nas políticas de bem estar social para que a economia local esteja sintonizada com a “competitividade internacional”. Segundo Habermas (1995, p. 100), tais escolhas provocam conseqüências sociais como, por exemplo, o surgimento das *Inderclass* ou sub-classes. Sem capacidade para se inserirem novamente na sociedade, esses grupos acabam sendo a fonte de conflitos sociais que depois são controlados pelo uso da força. Outro fator decorrente é a presença de bolsões de miséria por toda a sociedade e, por fim, “a segregação das minorias, que se vêem privadas de voz reconhecida na esfera pública, traz consigo uma erosão da moralidade, algo que com certeza mina a força integrativa da cidadania democrática”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vários textos Habermas discute como os movimentos sociais e intelectuais, sobretudo europeus, reagem diante da globalização. Adotando posicionamentos que vão desde a aceitação sem questionamentos até o extremo oposto, destaca a necessidade de uma postura critico-reflexiva. A herança republicana precisa ser resgatada e o caminho parece apontar para relações constituídas além das fronteiras

do Estado nacional, isto é, para a supranacionalidade ou pós-nacionalidade. Não se trata da anulação total das fronteiras ou abdicação da autonomia, mas de uma nova relação cooperativa entre Estados para buscar soluções diante de problemas que são globais.

> os Estados nacionais continuam sendo os atores mais importantes no cenário internacional. São também os componentes insubstituíveis das organizações internacionais. Afinal de contas, a comunidade internacional organiza-se na forma das "Nações Unidas". Quem alimenta a ONU e envia tropas para intervenções com fins humanitários, se não os Estados nacionais? Quem assegura os mesmos direitos para todos os cidadãos, se não os Estados nacionais? O que deve mudar - e já mudou fortemente na Europa - é a autocompreensão dos Estados nacionais. Eles devem aprender a se ver menos como atores independentes e mais como membros, que se sentem obrigados a respeitar normas comunitárias. Precisam aprender a defender seus interesses mais no âmbito de redes internacionais, por meio de uma diplomacia prudente, do que mediante a ameaça do uso de força militar em iniciativas isoladas (HABERMAS, 2007, p. 06).

Se os problemas sociais e ecológicos da atualidade resultam de escolhas políticas feitas intencionalmente ou pela atitude omissa de simplesmente assistir impassível os acontecimentos, a correção de rumo depende de decisões políticas em esfera planetária. É nesse sentido que Habermas assinala que a União Européia deve assumir um papel importante e atuar do cenário internacional como uma única voz, pensando uma política externa comum e buscando efetivar uma *Lebensfor*m, isto é, uma forma de vida distinta da perspectiva que se tornou homogênea em escala global. O problema para a efetivação dessa proposta é que existe um impasse acerca do rumo a ser seguido. O não ao referendo da Constituição Européia por parte da população de alguns de seus Estados membros mostra que talvez o projeto contenha problemas de difícil resolução.

> Os referendos fracassados apenas trouxeram à luz do dia que os governos estão num beco sem saída e não podem avançar nem recuar. Até então, ainda podiam confiar no "Método Monnet" [atitude como a do diplomata francês Jean Monnet, que considerava mais fortes para a integração tratados concretos do que declarações gerais de princípios], obedecendo aos imperativos forçosamente resultantes da integração econômica. O mercado comum não foi um jogo de soma zero, mas trouxe vantagens a cada Estado-membro. Diante disso, um marco constitucional para políticas conjuntas exige uma vontade política comum que transcenda a percepção de dividendos a serem embolsados pelos Estados nacionais. Tudo indica que os governos não conseguem chegar a um consenso sobre a finalidade e o sentido do projeto europeu (HABERMAS, 2007, p. 04).

As análises feitas ao longo dos últimos anos indicam para problemas de legitimidade das instituições da União Européia e para objetivos políticos distintos

buscados por parte dos dirigentes. Habermas propõe como solução aquilo que ele chama de “atrever-se à democracia”.

> Vejo como única saída possível um referendo em toda a Europa. Como donos do procedimento, os governos deveriam reconhecer a sua impotência de fato e "arriscar a democracia", ao menos por uma única vez [alusão ao lema do premiê alemão (1969-74) Willy Brandt, "Vamos arriscar mais democracia"]. Deveriam saltar por cima da sua própria sombra e colocar a si mesmos -na forma dos partidos políticos, dos quais eles se compõem- diante da alternativa de lutar com a viseira aberta por cada voto a favor ou contra uma ampliação da União Européia, num referendo realizado em toda a Europa.

É óbvio que a União Européia não pode nem deve ser vista como redentora dos problemas mundiais, no entanto há duas questões importantes que resultam da experiência do bloco. Primeiro, como apontamos no início, vivemos em mundo que a cada dia mais elimina fronteiras virtuais e reais. Os problemas decorrentes exigem, portanto, também soluções além fronteiras. O fato de existir uma pauta não local que constantemente precisa ser discutida, coloca na ordem do dia uma série de problemas que exigem dos políticos pensar além dos próprios interesses. Essa pauta acaba colocando em evidência com mais intensidade do que as agendas nacionais, problemas globais e a busca também por soluções globais. Uma segunda questão importante, é que não podemos desconhecer duas conquistas da União Européia que são relevantes para o mundo todo: a Carta dos Direitos Fundamentais e a recente decisão de reduzir em 20% as emissões de gases poluentes na atmosfera. Foram decisões tomadas que, pela importância política dos participantes e tamanho do bloco, acabam por ter impacto mundial.

REFERÊNCIAS

ARROYO, Juan Carlos V. *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

_____. Acerca de la democracia deliberativa. Fundamentos teóricos y propuestas prácticas. Madrid**:** *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Asamblea de Madrid, 2003.

_____. Patriotismo constitucional y republicanismo. *Claves de razón practica*, nº 125, 2002.

CAVALCANTI, Antonio Maia. A idéia de patriotismo constitucional e sua integração à cultura político-jurídica brasileira. In**:** *Habermas em discussão. Anais do Colóquio Habermas*. PINZANI; Alessandro; DUTRA, Delamar J. V. (Org.). Florianópolis: NEFIPO, 2005.

GARCIA, José M. G. La Constituición europea: uma concepción laica como garantia de paz entre los pueblos. *Anais do IX Simpósio da Associação Ibero Americana de Filosofia Política*. São Leopoldo: 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Theorie des Kommunikativen Handelns* (2v.). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. (Trad. *Teoria de la acción comunicativa*. (2 v.) Madrid: Taurus, 1987/1989.

_____ . *Die Einbeziehung des Anderen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. (Trad. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002)

_____ . *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechstaats.* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992. (Trad. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____ . *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*. Frankfurt: Suhrkamp, 1998 (Trad *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____ . *Pourquoi l'Europe a-t-elle besoin d'un cadre constitutionnel ?* Disponível em <http://www.unice.fr/urmis-soliis/Docs/Cahiers_7/cahiers_n7_habermas.pdf#search='Pourquoi l'Europe habermas'>. Acesso em 28 de fevereiro de 2005.

_____ . *Sì, voglio una Costituzione per l'Europa federale*. Disponível em <http://www.caffeeuropa.it/attualita/112attualita-habermas.html>. (Trad. *Sim, quero uma constituição para a Europa Federal*. *Crítica*. Londrina, V. 6, nº 23, abr./jun 2001.)

_____ . *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1998.

_____ . *Era das transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____ . *A imaginação contra o poder*. Jornal Folha de São Paulo, Caderno Mais, 12/06/06. Disponível em <www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1206200504.htm>. Acesso em 15 de julho de 2005.

_____. O Estado-nação Europeu frente aos desafios da globalização. O passado e o futuro da soberania e da cidadania. São Paulo, *Novos Estudos Cebrap*, n. 43, nov. 1995.

_____. *Terra instável*. Jornal Folha de São Paulo, Caderno Mais, 01/04/2007.

ONGS INTERNACIONAIS
PERSONALIDADE JURÍDICA, AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO NO BRASIL E ATUAÇÃO NO SISTEMA DAS NAÇÕES UNIDAS.

Gislaine Caresia*

RESUMO

Esse trabalho busca construir um conceito que defina as Organizações Não-Governamentais Internacionais com base em suas principais características, e não pela negatividade contida no termo "não-governamental", que como se verifica pela própria elasticidade dessa expressão, causa muitas vezes a generalização das organizações assim denominadas. Partindo da constatação de que não há um marco jurídico para delimitar claramente o que é uma ONG Internacional, uma vez que não existe consenso sobre o fato dessas entidades serem ou não consideradas pessoa jurídica de Direito Internacional Público, o presente trabalho busca definir a natureza jurídica dessas organizações com base na teoria dominante no Direito Internacional Público. Assim, nosso entendimento a esse respeito é que as ONGs Internacionais são: *pessoas jurídicas de direito privado, que desenvolvem atividades fora do seu Estado, criada por iniciativa de pessoas privadas de uma ou mais nacionalidades destinadas a uma atividade internacional não lucrativa com personalidade jurídica de Direito Interno e não de Direito Internacional Público.*
Nosso objetivo em definir o conceito jurídico das Organizações Não-Governamentais é ajudar a esclarecer seus vários aspectos legais no campo internacional, buscando solucionar um conflito a respeito da personalidade jurídica de direito interno e de direito internacional conferidos a essas entidades, e posteriormente os critérios estabelecidos pela legislação brasileira para autorizar o funcionamento das organizações estrangeiras sem fins lucrativos no Brasil. A última parte do presente artigo dedica-se à atuação das ONG Internacionais na ONU e seus mecanismos formais de participação, como o Conselho Econômico e Social (ECOSOC); o Departamento de Informação Pública (DIP).

PALAVRAS-CHAVE: ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS INTERNACIONAIS; NATUREZA JURÍDICA.

ABSTRACT

This work intends to build up a definition of International Non-Governmental Organizations based on their main characteristics, and not by the negative meaning contained in the term "non-governmental," which can be verified by the elasticity of the expression itself, causes many times generalization of such organizations. Starting from the perception that there is not a legal reference to clearly outline what an International

NGO is, since there is no consensus about the fact that these entities are or are not considered legal persons in International Public Law, the present work aims at defining the legal nature of these organizations based on the prevailing theory of the International Public Law.
Thus, our understanding in this regard is that the International NGO's are: *legal persons of private right, which develop activities outside their State, created by the initiative of private persons of one or more nationalities dedicated to an non-profitable international activity with legal person of Internal Law and not of Public Internal Law.*
Our intent in defining the legal concept for the Non-Governmental Organizations is to help clarify their many legal aspects in the international law, trying to resolve the conflict regarding the internal law legal personality and of international law granted to these entities, and later the non-profitable foreign organizations in Brazil. The last part of the present article is dedicated to the activities of the International NGO's at UN and their formal mechanisms of participation, like the Economic and Social Council (ECOSOC); the Public Information Department (DPI).

KEYWORDS: INTERNATIONAL NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS; LEGAL NATURE.

Introdução

A tradição internacional das organizações da sociedade civil remonta a meados do século XIX, com a criação da Cruz Vermelha e outras federações. Desde então, as Organizações Não-Governamentais - ONGs[1] são reconhecidas internacionalmente como participantes essenciais na luta pela paz e pela justiça mundial. A própria expressão "Organização Não-Governamental" foi usada pela primeira vez em 1959 pela ONU (Organização das Nações Unidas) para designar toda organização da sociedade civil que não estivesse vinculada a algum governo.

As ONGs, em todo o mundo, são milhões. Seu exato número é de difícil avaliação. Em termos de serviços de saúde, educação e promoção social e econômica de comunidades pobres, rurais e urbanas, as ONGs, somadas, já totalizam mais ações que diversos órgãos da ONU, e, em alguns países, mais do que os respectivos governos.

Segundo Liszt Vieira, (2001, p. 125), "a contribuição das ONGs Internacionais é multifacetada: mobiliza recursos para refugiados e para projetos de desenvolvimento, colabora para assistência humanitária. Também desempenham um papel de influência ao engajarem-se em trabalhos de educação e de assistência social. São perseverantes em exigir dos governos ações mais conscientes no nível nacional e multilateral para

fixar altos padrões de direitos humanos e ambientais, estabelecer e manter a paz e para atender aspirações e necessidades básicas dos cidadãos".

A grande característica dessas entidades está na promoção da filiação entre os cidadãos de muitos países, refletindo a idéia de sociedade civil que opera no âmbito global. Sua liberdade de organização e pressão pode ser considerada como medida de autonomia de associação dentro de uma sociedade, e sua capacidade para atuar internacionalmente, como medida de respeito dos Estados a este princípio[2]. Mas além do respeito dos Estados, as ONGs para poderem cumprir suas funções fora do seu país de origem precisam adquirir personalidade jurídica perante a Ordem Internacional. Assim, dedicaremos a primeira parte deste artigo para definição da natureza jurídica das ONGs Internacionais, veremos também, a forma com que as ONGs estrangeiras obtém autorização para funcionamento no Brasil.

Outra questão que abordaremos neste trabalho diz respeito à forma de atuação das ONGs no campo internacional. Essas Organizações atuam, em geral, de duas formas: a) em primeiro lugar por meio de pressão (as ONGs podem tentar influenciar a postura adotada pelos governos nacionais nas negociações internacionais); b) em segundo lugar, por intermédio de presença ativa como observadoras cadastradas no sistema da ONU (as ONGs acompanham o processo de discussão, freqüentemente em coalizão com outras ONGs, influenciando assim outras delegações governamentais).

Portanto, acreditamos ser primordial identificar os mecanismos de participação no sistema das Nações Unidas, possibilitando desta forma, que cada vez mais ONGs brasileiras participem dos debates e das decisões de âmbito internacional.

1. Personalidade jurídica das ONGs Internacionais.

A idéia de sujeito de direito na ciência jurídica é admitida como sendo todo ente que possui direitos e deveres perante determinada ordem jurídica. Pessoas internacionais são, por conseguinte, "os destinatários das normas jurídicas internacionais" (Mello, 2002, p. 345).

Os Estados soberanos são os principais sujeitos do Direito Internacional, "eles são os sujeitos primários e fundadores da sociedade internacional" (Navarro, 1979, p.

[1] Ao referir-se a Organizações Não Governamentais, apenas utilizar-se-á a abreviatura ONGs.
[2] VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização.São Paulo: Record, 2001.p116.

221). Todavia, além dos Estados, cuja personalidade jurídica internacional resulta do reconhecimento pelos demais Estados, outras entidades são admitidas como pessoas internacionais, ou seja, como capazes de terem direitos e assumir obrigações na ordem internacional. Tais pessoas são coletividades criadas artificialmente pelos próprios Estados o que lhes empresta um reconhecimento implícito, são as chamadas OIs- Organizações Internacionais - como as Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e entidades congêneres .

A natureza do Estado é definida pela Convenção de Montevidéu sobre Direitos e Deveres dos Estados, de 1933, segundo a qual o Estado como pessoa de Direito Internacional deve ter os seguintes requisitos: a) uma população permanente; b) um território definido; c) um governo; e d) capacidade de se relacionar com outros países. Tais requisitos são bastante óbvios, à exceção do último, que deve ser interpretado como “Estado legalmente independente”.

Por sua vez, as Organizações Internacionais, para poderem cumprir suas funções, também devem ter personalidade jurídica de Direito Internacional. Assim, não somente a ONU tem personalidade jurídica, como também a Organização dos Estados Americanos - OEA, a Organização da Unidade Africana - OUA, a Organização Mundial do Comércio - OMC e a União Européia, entre outras.

Segundo teoria dominante no Direito Internacional Público, uma OI é uma entidade coletiva estabelecida por um ato solene entre Estados Soberanos (estes considerados como pessoas jurídicas singulares, com plena capacidade segundo as normas atualmente vigentes do Direito Internacional Público) e que têm por traços característicos três elementos: a) sua criação por um acordo internacional; b) possuir pelo menos um órgão decisório com uma vontade coletiva, diferente da vontade dos Estados partes e c) ser ela uma instituição erigida segundo as normas de Direito Internacional Público (Soares, 2000, p. 22).

Diferentemente dos Estados e das OI- Organizações Internacionais, as ONGs Internacionais não são pessoas jurídicas de Direito Internacional Público. Elas possuem personalidade jurídica de direito interno de um Estado qualquer que, aos lhes conceder personalidade, a elas delega poderes para prosseguir em suas atividades.

A primeira característica das ONGs é tratar-se de uma entidade coletiva nacional, ou seja, regida por um direito nacional, que lhe determina o caráter de não ser

uma OI. Segundo Bobbio (1992, p. 856), “o fato de as Organizações Internacionais terem de ser instituídas, mediante acordo entre sujeitos de Direito Internacional exclui, de per si, que no conceito exposto possam ser incluídas aquelas outras formas de associação que não se constituem por meio de atos jurídicos internacionais, comumente designadas como Organizações Não Governativas”. Esta diferença é muito bem demonstrada por Guido Soares (2000, p. 50):

> Na verdade, tomando-se as notas mais características das OIs, e formulando-as de modo negativo, teremos aquelas das ONGs: a) sua criação por um ato jurídico nacional, sem qualquer conotação de ser um ato regido pelo Direito Internacional Público; b) não podem representar vontade dos Estados, mesmo que alguns deles sejam membros influentes nas ONGs, dado que sua vontade resulta de uma coletividade e deve representar a vontade de uma pessoa, que não tem reconhecimento expresso com uma personalidade jurídica de Direito Internacional; c) não podem ser regidas, *interna corporis*, por normas internacionais (sendo, ademais, as normas que regem tais efeitos, atos jurídicos regidos por um direito nacional), e suas relações com Estados se regem por normas outras que o Direito Internacional Público: suas relações com quaisquer Estado, em geral, pelas normas internas dos Estados (ou pelos critérios do Direito Internacional Privado de cada qual) e, no caso de relações com OIs, casuisticamente, pelas normas internas de cada OI; e d) não é uma instituição erigida segundo as normas de Direito Internacional Público, seja por tratados ou convenções entre Estados, seja por expressa decisão de uma OI, mas, como se tem instituído, por atos jurídicos internos, segundo as leis internas de um determinado Estado (sejam elas de direito público ou de direito privado).

O reconhecimento universal de uma pessoa jurídica de direito privado dependerá do reconhecimento que lhe for outorgado pelo sistema jurídico de determinado país, daquele país onde se forma, onde nasce, onde adquire personalidade jurídica. Este será o país de sua nacionalidade, ao qual continuará ligado.

Uma pessoa jurídica de direito privado internacional não pode ter domicílio em lugar algum sem antes criar personalidade, e esta só lhe pode ser reconhecida por um Estado, por aquele aonde se constitui, ou estabeleceu sua sede e com relação ao qual cria o vínculo de nacionalidade. Uma vez reconhecida pela lei de sua nacionalidade, a

pessoa jurídica passa a ser universalmente reconhecida; sua capacidade no plano universal dependerá da capacidade que lhe é reconhecida no país de sua nacionalidade (Mello, 2002, p.321).

É verdade que para efeito de funcionamento, outros países que não de sua nacionalidade, poderão exigir requisitos suplementares, além dos que tenham sido atendidos por ocasião de sua formação (como veremos mais adiante o caso do Brasil). Mas esse funcionamento, possibilitado pelo atendimento dos requisitos locais, se somará a seu reconhecimento básico, originário, que é universal e imutável. Nasce a pessoa jurídica por força da lei da sua nacionalidade e morrerá por força dela.

Um exemplo é a Cruz Vermelha Internacional, que se trata de associação constituída em harmonia com o direito suíço, que desempenha funções relevantes de âmbito internacional, na medida em que tem a seu cargo finalidade de caráter humanitário, gozando do direito de intervir no território de diversos Estados por razões humanitárias (Leão, 2002, p.72).

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha é um organismo de direito privado regido pelo código civil suíço e desempenhando função pública internacional. Porém não é uma Organização Internacional, porque não é intergovernamental (Mello: 346).

Da mesma forma que se diferem das OIs, as ONGs Internacionais também se distinguem das empresas transnacionais, uma vez que as ONGs são entidades sem fins lucrativos. Estas primeiras são reguladas pelo Direito Internacional Privado através da "Convenção Interamericana sobre Personalidade e Capacidade de Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado", estabelecida pelos Estados membros da OEA - Organização dos Estados Americanos em 1984, da qual o Brasil é signatário. Esta Convenção aplica-se às pessoas jurídicas constituídas com finalidade econômica em qualquer um dos Estados-partes (Caresia, 2006, p.139).

Na obra Droit International Public, Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet (1992), tecem algumas importantes considerações a respeito desta diferença:

> As ONGs Internacionais distinguem-se das empresas transnacionais (também denominadas multinacionais), por faltar-lhes o intuito de lucro na finalidade de sua atuação. A título exemplificativo, sua finalidade pode ser de caráter: a) humanitário e religioso (o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o Conselho Ecumênico das Igrejas, os Médicos sem Fronteiras); b) político (Federações

Socialistas, comunistas, liberais, as ditas "Internacionais", da Democracia Cristã); c) científico (Movimento Pugwash, composto preferencialmente de físicos, em questão da utilização da energia nuclear para fins pacíficos); d) econômicos-sociais (Federações Sindicais; Liga Antialcoólica Internacional); e) esportivos (Comitê Olímpico Internacional, FIFA); f) ecológicos (União Internacional para a Conservação da Natureza, IUCN e a Greenpeace); etc.

Para Pereira (1995, p.403), as ONGs Internacionais têm como características gerais o fato de serem, "Associações ou fundações, isto é, pessoas coletivas sem fim lucrativos (o que desde já as distingue das sociedades transnacionais), criadas por iniciativa privada ou mista, cujo objetivo é o de influenciar ou corrigir a atuação dos sujeitos de direito internacional, especialmente os Estados Soberanos e as Organizações Internacionais".

Quanto às normas de regência das atividades das ONGs Internacionais, deve distinguir-se aqueles atos praticados como pessoa jurídica de direito interno dos Estados, dos atos praticados por delegação de uma OI, ou por delegação de um tratado ou convenção internacional ratificado pelos Estados. No caso de atos praticados por tratados e convenções ou por uma OI, estes poderão ser regidos pelo Direito Internacional Público. Já no caso das ONGs Internacionais, trata-se de um ato regido pelas normas jurídicas nacionais, conforme os critérios determinados pelo Direito Internacional Privado de algum Estado (Soares, 2000, p.52).

Assim, podemos concluir que as ONGs Internacionais são: "pessoas jurídicas de direito privado, que desenvolvem atividades fora do seu Estado, criada por iniciativa de pessoas privadas de uma ou mais nacionalidades destinadas a uma atividade internacional não lucrativa com personalidade jurídica de Direito Interno e não de Direito Internacional Público" (Carreau, 1998).

2. Autorização para funcionamento das ONGs estrangeiras no Brasil

Desde 1916[3] se atribui às pessoas jurídicas de direito privado estrangeiras a possibilidade de atuar em território nacional. Atualmente, a legislação brasileira reconhece a personalidade jurídica das organizações estrangeiras sem fins lucrativos desde que estas tenham sido regularmente constituídas segundo o que dispuser a lei de

[3] Art. 19 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil - LICC, Lei 3.071/16

seu país de origem acerca da criação de pessoas jurídicas. Devido ao reconhecimento expresso no artigo 11 da LICC [4] (Lei de Introdução do Código Civil, Decreto-Lei 4.657/42), a pessoa jurídica estrangeira poderá praticar no Brasil quaisquer atos, com exceção daqueles que dependam de autorização do poder público.

Apresentam-se, assim, quatro opções conforme suas necessidades, a saber: a) deslocar a sede para o Brasil, a fim de vir aqui funcionar; b) conservar a sede no estrangeiro e ter no Brasil, filiais, sucursais, agências ou estabelecimentos; c) conservar a sede no estrangeiro e exercer atividade no Brasil sem manter aqui filial, sucursal, agência ou estabelecimentos; ou então, d) apenas recorrer aos tribunais brasileiros[5].

Assim, para estabelecimento de sede no Brasil ou abertura de filial, as pessoas jurídicas estrangeiras deverão antes fazer aprovar seus atos constitutivos pelo governo brasileiro, ficando sujeitas às leis brasileiras. Deve ser ressaltado, no entanto que a autorização não retira o caráter de estrangeira da entidade:

> Quaisquer prerrogativas conferidas às sociedades, que foram além do regime comum de direito privado, somente serão extensíveis às sociedades ou fundações estrangeiras autorizadas se houver reciprocidade de tratamento nos seus países de origem para as sociedades ou fundações brasileiras, ressalvados os casos em que a lei brasileira não permitir, expressamente, a concessão da vantagem ou prerrogativa (Castro, 1999, p. 347).

Nas duas últimas hipóteses, continua Castro (1999, p.347), “não há necessidade de qualquer aprovação ou reconhecimento por parte do governo brasileiro; e continuam a obedecer à lei do Estado em que se constituíram, podendo exercer aqui atividade, desde que não seja esta contrária a ordem pública”.

A antiga Lei das Sociedades por Ações, o Decreto-Lei 2.627/40, criava regras para o estabelecimento de "sociedades estrangeiras" no Brasil. Ao se direcionar dessa maneira, acabava por regular genericamente todos os tipos societários, não somente as sociedades por ações, mas, inclusive, sociedades civis, associações, fundações, limitadas, por comandita etc. (Martins, 2005, p.07). O Decreto-Lei 2.627/40 foi

[4] Art. 11 - As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.
§ 1º - Não poderão, entretanto, ter no Brasil, filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.
[5] Manual para requerimento de autorização para funcionamento de organizações estrangeiras sem fins econômicos no Brasil. Ministério da Justiça, Brasília, DF. set. 2004.

substituído pela lei 6.404/76, mas foram preservados do antigo decreto alguns poucos artigos, entre eles os que regulavam a autorização de sociedades anônimas estrangeiras.

O Ministério da Justiça, então, passou a se utilizar analogicamente, naquilo que era cabível, de normas atinentes à permissão de sociedades comerciais para as associações e fundações. A partir de 2002, com o Novo Código Civil, a autorização de instituições estrangeiras passou a ser regulada por este código, a Lei 10.406/02. Contudo, de novo, somente instituições com cunho lucrativo são diretamente tratadas. Às associações e fundações continuou sobrando manter-se em território largo do processo regulado por analogia.

Competência: a competência do Ministério da Justiça é relativa apenas à autorização para funcionamento, no Brasil, de organizações estrangeiras sem fins econômicos, ou seja, que não possuam finalidades lucrativas. As organizações que possuam finalidades econômicas devem requerer autorização para funcionamento no Brasil junto ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, conforme as normas estabelecidas pela Instrução Normativa nº 81, de 05 de janeiro de 1999, do Departamento Nacional de Registro do Comércio -DNRC.

Procedimento: o procedimento para obtenção da autorização ministerial para as organizações estrangeiras sem fins lucrativos tramitará na divisão de outorga e títulos do Ministério da Justiça. O pedido deverá ser subscrito por um procurador da entidade, com domicílio no Brasil. Os documentos que acompanham o pedido serão originais, ou cópias autenticadas por cartório brasileiro. Os documentos emitidos no exterior deverão ser autenticados, na forma da lei nacional da instituição requerente, e legalizados no consulado brasileiro com jurisdição sobre sua sede (Szazi, 2003, p. 33).

Documentos necessários: os documentos necessários para instrução do pedido são: a) requerimento de autorização dirigido ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça e firmado pelo procurador do Brasil; b) relação de integrantes da diretoria e dos conselhos, com especificação de qualificação, cargos e endereços para contato; c) cópia da ata da assembléia geral que autorizou o funcionamento no Brasil; d) cópia do inteiro teor dos estatutos; e) procuração para representantes no Brasil, aos quais devem ser concedidos poderes para aceitar as condições em que a autorização será concedida.

Os documentos em língua estrangeira deverão ser apresentados com as respectivas traduções para o português feitas por tradutor juramentado. Uma vez

aprovada a instituição, o ministro da Justiça emite um Decreto de Autorização, publicando-o no Diário Oficial. Na hipótese de indeferimento do pedido pelo Ministério da Justiça, será possível pedir reconsideração ao presidente da República.

Restrições: a princípio, qualquer pessoa jurídica de direito privado estrangeira sem finalidade econômica e cujo fim seja lícito, segundo a lei brasileira, poderá ser autorizada a funcionar no Brasil. Uma situação, todavia, merece especial atenção: a das entidades de fomento à adoção internacional de menores. No caso dessas entidades, o procedimento apresenta algumas peculiaridades com o intuito de garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior dos menores e com respeito aos seus direitos fundamentais, assim como, para prevenção ao seqüestro, venda ou tráfico de menores. A autorização para que uma entidade estrangeira possa atuar na área de adoção internacional exige que ela seja representada por nacionais qualificados por sua integridade moral e idônea e observe a preservação dos direitos e das garantias individuais da criança e do adolescente[6].

Além da documentação geral exigida para a autorização de funcionamento de organizações estrangeiras sem fins lucrativos no Brasil, é necessário, no caso de entidades de fomento à adoção internacional de menores, a apresentação de documentos à Divisão de Polícia Marítima, Aeroportuária e de Fronteira da Polícia Federal- DPMAF e à Autoridade Central Administrativa Federal- ACAF, para fins, respectivamente, de cadastramento e credenciamento.

A lei não obriga em absoluto que o estatuto da pessoa jurídica de direito internacional privada, que solicite a autorização para funcionamento no Brasil esteja adequado ao Código Civil. Simplesmente submete-o ao exame de legalidade por parte do poder executivo federal. Assim, a formação da personalidade, a denominação e a capacidade jurídica, dentre outros aspectos, serão regidas pelas leis daquele país e não pela legislação brasileira[7].

[6] Manual para requerimento de autorização para funcionamento de organizações estrangeiras sem fins econômicos no Brasil. Ministério da Justiça, Brasília, DF. set. 2004.
[7] Artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

3. Atuação das ONGs na Organização das Nações Unidas (ONU)

As organizações de cidadãos desde a fundação da ONU em 1945, exercem uma participação ativa não só como consultora, mas também, como importantes parceiras na execução das ações dessa entidade[8].

Como já foi dito, o termo ONG, que provém da denominação inglesa *Non-Governmental Organizations (NGO),* foi mencionado em seus primórdios, na resolução nº 288(X), de 1950, do Conselho Econômico e Social para referir-se a organizações supranacionais e internacionais. Nos termos da citada resolução, uma ONG se define como "qualquer organização que não seja estabelecida por uma entidade governamental ou por um acordo intergovernamental" (Menescal, 1996, p. 21).

Ao longo dos anos, as ONGs foram ganhando papel consultivo em várias agências e fundos das Nações Unidas, e hoje além de colaborar no trabalho de campo, monitoram reuniões da ONU fornecendo assistência humanitária, pessoal especializado, informação local, voz para os povos sem representação, como os índios, além de fiscalizar o cumprimento, por parte dos governos, de tratados internacionais[9].

As ONGs também se tornaram muito mais ativas no processo multilateral de elaborações de políticas, como se percebeu nas reuniões preparatórias e na participação na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento -UNCED, em junho de 1992, no Rio de Janeiro, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, em junho de 1993, e na IV Conferência Mundial sobre as Mulheres em Beijing, em setembro de 1995. Da mesma sorte, em assuntos econômicos e sociais, ocorre uma significativa expansão no que se refere ao engajamento das ONGs.

Além das Conferências, as ONGs promovem ainda campanhas internacionais que influenciam na elaboração de políticas globais, como também mantêm presença destacada em outras áreas: a Cruz Vermelha reúne-se quinzenalmente com o Secretário-Geral da ONU**;** o Departamento de Assuntos Humanitários mantém reuniões regulares com um comitê de ONGs para discutir casos complexos de emergência[10].

Este aumento considerável nos últimos anos do interesse da ONU em relação às ONGs (e vice-versa), apontam mudanças na orientação política da ONU, com uma

[8] A própria forma que abre a Carta das Nações Unidas – "nós, os povos"- foi resultado da participação das ONGs na Convenção de São Francisco .
[9] VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização.São Paulo: Record, 2001.p116.
[10] Ibid., p 118.

abordagem centrada nos atores não-estatais[11], mas conferindo, maior relevância à participação das ONGs.

4. Mecanismos Formais de Participação no Sistema das Nações Unidas

A Organização das Nações Unidas desenvolveram vários mecanismos de cooperação com as ONGs e com a sociedade civil em geral. Esta cooperação pode adotar várias formas: pode ser formal ou informal; operativa e orientada à ação ou mais centralizada na realização de políticas. São considerados mecanismos formais de participação àqueles estabelecidos com: o Conselho Econômico e Social (ECOSOC); o Departamento de Informação Pública (DIP); e o Serviço de Enlace com as ONGs.

O Conselho Econômico e Social e o Departamento de Informação Pública são as principais entidades das Nações Unidas que mantém vínculos oficiais com as ONGs. O Serviço de Enlace com as ONGs, estabelecido em 1975, é outro ponto de contato muito importante entre o conjunto do sistema da ONU e estas organizações. Este serviço tem contribuído para divulgar informações sobre o sistema das Nações Unidas e seu trabalho junto à sociedade civil.

4.1 Conselho Econômico e Social (ECOSOC)

A Carta das Nações Unidas, focaliza no artigo 71 as contribuições formais das ONGs nos acordos com o Conselho Econômico e Social (ECOSOC).

> Art. 71 O Conselho Econômico e Social poderá entrar em entendimentos convenientes para consulta com Organizações Não Governamentais que se ocupem de assuntos no âmbito da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o membro das Nações Unidas interessado no caso.

Este artigo e os acordos estabelecidos pelo ECOSOC formam a base para consulta de ONGs com governos na ONU e fixam diretrizes para a relação do Secretariado na ONU com essas entidades (Vieira, 2001, p.128).

[11] Vale ressaltar que não se deve confundir atores não-estatais e ONGs. Essa última é uma das categorias de atores não-estatais. O termo atores não-estatais é mais amplo e incluí ao lado das ONGs (*non-governmental organizations*), as BONGs (*business-oriented non- governmental*) e as GONGs (*Governement--oriented non- governmental*).

Atribuições do ECOSOC: o ECOSOC é um organismo intergovernamental da ONU[12], composto por 54 membros, que coordena o trabalho internacional na esfera social e econômica. Segundo a Carta das Nações Unidas, o ECOSOC é o órgão diretamente responsável pela consulta com as ONGs.

Mais recentemente, em julho de 1996, depois de três anos de negociações o ECOSOC revisou seus ajustes para as consultas com as ONGs. O resultado foi a Resolução1996/31[13], adotada na XLIX Reunião Plenária daquele Conselho (a qual modernizou a norma da anterior resolução 1296 (XLIV) do ECOSOC, adotada em 23 de maio de 1968). Além de revisar os ajustes para as consultas das ONGs junto a este Organismo, regularizou os ajustes por dar crédito as ONGs para as conferências de ONU, agilizou o processo de solicitar a ECOSOC o "status consultivo", e decidiu que as ONGs nacionais seriam aptas para solicitá-lo.

Um segundo resultado da revisão de ECOSOC de julho de 1996 foi a Decisão 1996/297, que recomendou que a Assembléia Geral examinasse, em sua 51º sessão, a questão da participação de ONGs em todas as áreas de trabalho da ONU, à luz de experiência obtida através do ajuste consultivo entre ONGs e ECOSOC. Como conseqüência, no Grupo Especial de trabalho da Assembléia Geral buscando o fortalecimento do Sistema da ONU, formou-se um subgrupo de ONGs. Este subgrupo é o encarregado de examinar os problemas de acesso das ONGs, particularmente com respeito à Assembléia Geral.

Para Vieira (2001, p. 130), "o novo interesse recíproco entre ONU-ONG, e a participação cada vez mais massiva das ONGs nas conferências, contribuiu para a decisão do ECOSOC de promover a revisão geral do sistema da ONU para consultas com as ONGs. Esta revisão forneceu para a ONU, Estados-membros e ONGs a oportunidade de estabelecer um novo padrão de cooperação, instituindo-se novas regras e procedimentos para deliberação com as ONGs.

A Resolução 1996/3, fixa também, as regras para sua participação nos encontros do ECOSOC e órgãos subordinados, determina funções do Comitê do ECOSOC sobre as ONGs e especifica os termos da consulta das ONGs com o secretariado da ONU.

Categorias de ONGS junto ao ECOSOC: a resolução estabelece três categorias:

[12] A Organização das Nações Unidas tem seis órgãos principais: a Assembléia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Administração Fiduciária, a Corte Internacional de Justiça e a Secretaria.

Categoria I- organizações com um *status* consultivo geral: para ONGs Internacionais cuja atuação se refira à maior parte da agenda do ECOSOC;

Categoria II- organizações com um *status* consultivo especial: para ONGs que tenham especial competência em alguns campos de atividades do ECOSOC;

Categoria III- *Status "roster"*- organizações incluídas na Lista: para ONGs cuja competência lhes credencie a dar contribuições ocasionais ao trabalho da ONU.

Soares (2000, p. 50), explica que as regras do ECOSOC revelam três preocupações essenciais: a) possuírem as ONGs os mínimos atributos de uma pessoa jurídica de direito interno, com um estatuto, uma sede, meios financeiros a descrição de seu objetivos; b) serem as ONGs independentes dos Governos dos Estados segundo cujas leis foram constituídas ou em cujo território encontram suas sedes; c) terem elas por finalidade institucionais, de maneira total ou parcial, os mesmos objetivos das Organizações Internacionais onde se credenciam como observadores.

Para assisti-lo em suas tarefas, o Conselho formou um Comitê Intergovernamental para as ONGs, composto por 19 Estados-membros, que analisa o "*status* consultivo" ou "roster" das ONGs junto ao ECOSOC, examina o trabalho das organizações já registradas com "*status* consultivo" e resolve questões gerais referentes as elas. Este é o único comitê intergovernamental no sistema da ONU cujo propósito exclusivo é gerenciar as relações com ONGs.

Procedimento: as ONGs que desejarem obter algum *"status"* deverão enviar uma solicitação que será supervisionada pelo Comitê Intergovernamental para Organizações Não Governamentais no ECOSOC, que se reúne anualmente. O Comitê recomenda ao ECOSOC as organizações que deverão obter uma das três categorias estabelecidas (geral, especial e lista). A recomendação será remetida ao ECOSOC que será o encarregado de tomar a decisão final. Para iniciar o processo de solicitação de *status*, a organização deve enviar uma carta de intenções a Sessão de ONGs do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais. A carta levará o timbre da organização e deverá ir assinada por seu secretário geral e seu presidente. Uma vez recebida esta carta, a Sessão de ONGs enviará à organização, os documentos de solicitação que incluí um questionário e todos os materiais de apoio.

[13] Consultative Relantionship between the United Nations and Non-Governamental Organizacions.

Requisitos: entre outros requisitos exigidos, as atividades da organização devem guardar relação com o trabalho do ECOSOC. A ONG deve contar com um mecanismo democrático para tomada de decisões, deve estar reconhecida oficialmente pelos organismos governamentais competentes de seu Estado de origem há pelo menos dois anos antes da solicitação. Os recursos básicos da organização devem provir em sua maioria das contribuições de filiados nacionais ou outros componentes, ou de membros individuais cuja origem deve ser de boa fé.

Obrigações: uma vez registradas com um *status* geral ou especial, as ONGs têm de apresentar um relatório das suas atividades a cada quatro anos ao ECOSOC, que, por sua vez, poderá revogar o registro da ONG que deixar de apresentar relatório ou que atuar contrariamente aos objetivos da Carta da ONU.

O reconhecimento como entidade consultiva outorga diversas vantagens práticas, como obtenção de passes para entrar nos recintos das Nações Unidas, assistir as reuniões e interagir com os governos, os funcionários e com a Secretaria (também pode solicitar sua associação junto ao DIP) e ser ainda, é credenciada automaticamente nas grandes conferências, para participar desde as etapas de preparação até a possibilidade de influir nas decisões adotadas.

É importante ressaltar que a obtenção de *status* consultivo de uma ONG junto à ONU não equivale à incorporação desta no sistema das Nações Unidas nem outorga à organização associada de nenhum tipo de privilégio, imunidade ou condição especial.

Atualmente, cerca de 3.000 ONGs detém algum tipo de *status* junto ao ECOSOC. Entre elas, apenas 12 ONGs brasileiras, sendo que: 6 com *status* consultivo especiais Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE); Bem-Estar Familiar no Brasil (BEMFAM); Rede Brasileira de Desenvolvimento Humano; Fundação Oásis Cidade Aberta (FOCA); Instituto Qualivida; Associação Latino-americana de desenvolvimento Industrial; 1 com *status* consultivo geral (Legião da Boa Vontade); e 5 incluídas na lista (Fundação do Museu do Homem Americano; Grupo para a Defesa dos Ecosistemas do Baixo e Médio Amazonas(GEDEBAM); Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas; Instituto de Ação Cultural; Associação Pernambucana de Defesa da Natureza).[14]

4.2 Departamento de Informações Públicas (DIP)

A importância de trabalhar com e através das ONGs como parte integral das atividades de informação da ONU foi reconhecida quando o Departamento de Informação Pública das Nações Unidas (DIP) se estabeleceu pela primeira vez em 1946. A Assembléia Geral, em sua resolução XIII, deu instruções ao DIP e as suas sucursais para:

"... ajudar ativamente e promover os serviços nacionais de informação, as instituições educativas e outras organizações governamentais e não governamentais encarregadas de difundir informação sobre a ONU. Para este e outros objetivos, deverá dispor de serviços de consulta eficaz, proporcionar ou informar aos conferencistas e facilitar o acesso a suas publicações, documentários, filmes, pôsteres e outro material para ser utilizado por estas agencias e organizações".

Atualmente, mais de 1500 ONGs com importantes programas de informação que interessam às Nações Unidas estão associadas ao DIP proporcionando valiosos vínculos com pessoas de todo o mundo. O DIP ajuda essas ONGs para que tenham acesso e difundam informações sobre os assuntos em que as Nações Unidas participam para permitir ao público compreender melhor os objetivos da Organização Mundial[15].

Em 1968, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), através da Resolução 1279 (XLIV) de 21 de maio, incubiu o DIP de associar as ONGs, tendo em conta a letra e o espírito da Resolução 1294 (XLIV) de 23 de maio de 1968, que, estipulava que uma ONG "...se compromete a apoiar o trabalho das Nações Unidas e fomentar o conhecimento de seus objetivos e atividades de acordo com seus próprios princípios e propósitos e a natureza ao alcance de sua competência e suas atividades".

Formas de cooperação: as ONGs associadas ao DIP difundem informações sobre as Nações Unidas para seus membros, difundindo, portanto, conhecimento e apoio para a Organização em suas bases. Esta difusão inclui: a publicação das atividades da ONU ao redor do mundo em assuntos como paz e segurança, desenvolvimento econômico e social, direitos humanos, assuntos humanitários e de

[14]ECOSOC Participação das ONGs: Disponível em: http://www.un.org/esa/coordination/ngo/. Acesso em: 20 de Abr. de 2005.
[15] Seção DIP/ONG: Disponível em: http://www.un.org/spanish/aboutun/OMGs/welcome.htm. Acesso em: 20 de Abr.de 2005.

Direito Internacional Público, promoção das normas da ONU, e dos anos internacionais estabelecidos pela Assembléia Geral, sobre os assuntos referentes aos principais problemas da humanidade.

Esta cooperação permite a partilha de informações valiosas sobre questões prioritárias das Nações Unidas e a sua difusão a todos os níveis, para atrair a atenção do mundo para assuntos importantes que se colocam à humanidade. O DIP e as ONGs colaboram regularmente, promovendo o cumprimento das iniciativas da ONU e dos anos e décadas internacionais proclamados pela Assembléia Geral e publicando as atividades da ONU sobre temas que são alvo da preocupação mundial.

Critérios para associação: as organizações elegíveis para se associarem com o DIP são aquelas que: a) apóiem e respeitem os princípios da Carta da ONU; b) atuem unicamente sem fins lucrativos; c) tenham demonstrado interesse nos assuntos das Nações Unidas e tenham provado sua capacidade de alcançar amplos setores de audiência ou audiências atualizadas tais como educadores, representantes de meios de comunicação, encarregados da adoção de políticas e da comunidade empresarial; d) tenham o compromisso e os meios para fazer chegar a um público mais programas de informação efetivos sobre as atividades da ONU, publicando boletins, informes e folhetos, organizando conferências, seminários e mesas redondas, ou chamando a atenção dos meios de comunicação.

Procedimento: uma ONG que cumpra os critérios estabelecidos deverá mandar uma carta oficial desde sua sede ao chefe da sessão ONG, Departamento de Informação Pública, expressando seu interesse em associar-se ao DIP. A carta deve estabelecer as razões pelas quais a organização solicita tal associação e descrever com brevidade seus programas de informação. Acompanharão esta carta pelo menos seis amostras de recentes materiais informativos, de relevância para Nações Unidas, que tenham sido produzidos pela organização solicitante. Valorizar-se-á especialmente na solicitação da apresentação as referências de Departamentos e Programas e Agências Especializadas da ONU e/ou de Centros e Serviços de Informação de Nações Unidas-CINUs.

Uma vez que se complete o processo de solicitação, o Comitê DIP para as Organizações Não-Governamentais examinará as solicitações em suas sessões programadas. Notificar-se-ão de imediato aos solicitantes os resultados das decisões do Comitê. Convidar-se-ão, as ONGs associadas a designar seus representantes no

Departamento de Informação Pública. Assim como no ECOSOC, a associação de uma ONG com o DIP não constitui sua incorporarão ao sistema de Nações Unidas.

4.3 Serviço de Enlace Não Governamental das Nações Unidas (NGLS)

O NGLS é um programa inter-organizacional autônomo que foi fundado em 1975 com o objetivo de proporcionar e facilitar uma cooperação construtiva entre o sistema da ONU e a comunidade das ONGs. O NGLS também financia e facilita a participação de representantes de ONGs de países em desenvolvimento em conferências da ONU e demais acontecimentos. O programa de difusão de informação e comunicação do NGLS proporciona uma extensa gama de publicações, boletins informativos e informes, às ONGs de todo o mundo. O NGLS não oferece o *status* consultivo, entretanto as ONGs podem solicitar o recebimento dos boletins do NGLS e ser incluídas em sua base de dados.

4.4 Cooperação com demais Organismos do Sistema da ONU

Além dos mecanismos formais de participação, muitos departamentos das Nações Unidas, assim como fundos, programas e organismos especializados têm desenvolvido seus próprios mecanismos de colaboração com as ONGs.

A colaboração de diversos órgãos das Nações Unidas está baseada em projetos e tarefas operacionais conjuntas e no intercâmbio de informação. As relações informais proporcionam uma grande quantidade de informação às Nações Unidas (principalmente à Secretaria e aos processos intergovernamentais) e facilitam o trabalho de seqüência dos projetos realizados com determinadas metas e objetivos a nível mundial. Muitas dessas relações não necessitam de *status* oficial, uma vez que são mais flexíveis. As relações informais não proporcionam às ONGs associadas a possibilidade de participar de forma direta nos processos intergovernamentais, uma vez que esta colaboração não substitui a associação de caráter oficial com as Nações Unidas.

Considerações Finais

Não se sabe ao certo quantas ONGs nacionais exercem algum tipo de atividade na área internacional, uma vez que são vagos, incompletos ou indisponíveis os cadastros e estatísticas sobre essas entidades. Dados mais precisos, embora limitados, resultam do cadastro mantido pela Associação Brasileira de ONGs (ABONG). O trabalho intitulado “ONGs: um perfil”, publicado em novembro de 1998 pela própria

ABONG como resultado de pesquisa realizada entre 270 filiadas, revela que apenas 1,63% do total dessas entidades declararam seu âmbito de atuação como internacional.

Em relação a ONU, entre as 3.000 ONGs com algum *status* consultivo junto ao ECOSOC, somente 12 são brasileiras. Apesar desse baixo número, as ONGs nacionais exerceram ampla participação nas últimas grandes Conferências da ONU, principalmente na Rio 92. Mas é na execução de programas junto a organismos especializados da ONU que as ONGs brasileiras melhor se destacam.

As ONGs brasileiras estão diante de um novo desafio, o de realizar tarefas de âmbito local e nacional e atuar internacionalmente, seja através de sua participação no sistema das Nações Unidas ou influenciando nas importantes decisões da política mundial.

Referências Bibliograficas

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*: teoria geral da política - 4.ed / 1992.

ABONG, *ONGs: um perfil. Cadastro das Associadas.* São Paulo: Abong, 1998.

CASTRO, Almícar. *Direito Internacional Privado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARESIA, Gislaine. *Estudos de Direito Internacional* - Volume VII - Anais do 4º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Wagner Menezes (coord.).Curitiba: Juruá, 2006.

CARREAU; B.Juliard; *Droit International Economique*, Paris: L.G.D.J., ed.4, 1998.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEÃO, Márcia Brandão C. *O papel das ONGs- organizações não governamental na formação do direito internacional do meio ambiente.* Dissertação de Mestrado; orientador: Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Fac. de Direito da USP, 2002.

MARTINS, Paulo Haus. Como legalizar Instituições estrangeiras no Brasil, Do Congresso Nacional às Mochilas. Disponível em: http://www.rits.org.br/legislacao. Acesso em 10 de Março de 2005.

MANUAL. Para requerimento de autorização para funcionamento de organizações estrangeiras sem fins econômicos no Brasil. *M.J.*, Brasília, DF. set. 2004.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público.* 14a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002 (2 Vols.).

MENESCAL, Andréa Koury. *História e Gênese das Organizações Não-Governamentais*. Estação Liberdade, São Paulo, 1996.

NAVARRO, Aguilar Mariano. *Derecho Internacional Privado.* Vol .I. tomo I (4º Edición). Espanha , 1979.

NGUYEN, Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet. Droit International Public. 4 ed. Paris : LGDJ, 1992. Capítulo II ("*Persones Privées*") do Título II ("*Les Organisations Internacionales et les Autres Sujets de Droit Intenational*").

PEREIRA. A. G. e Quadros, F. de. *Manual de Direito Internacional Público. Portugal*: Almedina, 1995.

SOARES, Guido F.S. As ONGS e o Direito Internacional do Meio Ambiente. *Revista de Direito Ambiental.* São Paulo. 2000.

SZAZI, Eduardo.*Terceiro Setor: Regulação no Brasil.* Editora Fundação Peirópolis. - 3ª edição. 2003.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania. A sociedade civil na globalização.* Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2001.

COMÉRCIO E ATIVIDADE PORTUÁRIA SOB A ÓTICA DA SEGURANÇA INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

Joana Stelzer[*]

Everton das Neves Gonçalves[**]

RESUMO

Apenas depois do atentado de 11 de setembro, é que o tema terrorismo tornou-se pauta principal na agenda da segurança internacional, através da imposição de regras relativas, entre outras, à segurança comercial dos países, especialmente dos Estados Unidos da América (EUA). Dentre essas imposições, objetivou-se na presente pesquisa, verificar se as medidas contidas na Lei de Bioterrorismo, no International Ship and Port Facility Security (ISPS Code) e na Container Security Iniciative (CSI) podem representar barreiras técnicas ao comércio exterior brasileiro, já que para alguns exportadores a sua aplicação poderá se tornar um entrave às trocas internacionais. Nesse sentido, também houve emprenho em avaliar se a atividade portuária obteve êxito quanto à compatibilidade dessas exigências. No Brasil, os resultados dos investimentos em segurança são visíveis, pois cerca de 80% dos portos e terminais nacionais, por onde circulam navios de bandeiras estrangeiras, já estão totalmente ou parcialmente adaptados à nova legislação mundial contra o terrorismo. A temática sobre o terrorismo, além de ser um item na agenda da segurança nacional e internacional, representa um fator de competitividade do comércio exterior brasileiro. O presente estudo louvou-se do método indutivo de análise, servindo-se de fontes bibliográficas e documentais. Quanto aos fins, caracterizou-se como estudo explicativo, ao descrever o processo utilizando-se da análise crítica, combinando elementos políticos, jurídicos e econômicos.

PALAVRAS-CHAVE: SEGURANÇA INTERNACIONAL, ATIVIDADE PORTUÁRIA, COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO, DIREITO INTERNACIONAL, TERRORISMO.

[*] Doutora e Mestre em Direito, na área de Relações Internacionais (UFSC). Professora na graduação e na pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), atuando na linha de pesquisa "Direito e Atividade Portuária" (Grupo de Pesquisa: Comércio e Segurança Internacional).

[**] Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), *Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires* (UBA), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Internacional Público e de Direito Econômico na Fundação Universidade Federal do Rio Grande/RS (FURG).

ABSTRACT

It was only after the terrorism attacks of 11th September that terrorism became one of the key items on the international security agenda, through the imposition of rules relating to the commercial security of countries, particularly the United States of America (USA), among other aspects. Among these impositions, this study investigates whether the measures contained in the Law on Bioterrorism, in the International Ship and Port Facility Security (ISPS Code) and in the Container Security Initiative (CSI) can represent technical barriers to Brazilian foreign trade, since for some exporters, the application of these laws could become a restraint to international exchange. In this sense, it also attempts to evaluate whether port activity has been successful in terms of compatibility with these demands. In Brazil, the results of investments on security are visible, as around 80% of the national ports and terminals where foreign flag vessels circulate have now adapted, either totally or partially, to the new global legislation against terrorism. The theme of terrorism, besides being an item on the national and international security agenda, represents a factor of competitiveness for Brazilian foreign trade. This study used the inductive analysis method, through bibliographic and documentary sources. In terms of overall objectives, it is characterized as an explanatory study, in that it describes the process using critical analysis, combining political, legal and economic aspects.

KEYWORDS: INTERNATIONAL SECURITY, PORT ACTIVITY, BRAZILIAN FOREIGN TRADE, INTERNATIONAL LAW, TERRORISM.

Introdução

O comércio mundial se envolveu fortemente com a questão da segurança internacional após os ataques terroristas de Onze de Setembro. Preocupados com a segurança do Estado, a Câmara dos Deputados dos Estados Unidos da América (EUA) aprovou leis que visam impedir novos atentados. A nova legislação ditada pelos EUA gerou mudanças nas relações de comércio exterior e essas alterações refletem diretamente nas negociações de todos os países que mantêm comércio com esse País. Entre as exigências, destacam-se: o *Public Health Security and Bioteorism Preparedenss ans Response Act of 2003* (Lei de Bioterrorismo); o *International Ship and Port Faciliy Security* (*ISPS Code*) e a *Container Security Iniciative* (CSI).

A Lei de Bioterrorismo visa proteger a população estadunidense contra riscos de ataques químicos e biológicos. Essa legislação contém regras para a comercialização e a importação de alimentos destinados ao consumo nos EUA. Todas as empresas que

exportam para esse País deverão se registrar junto à *Food and Drug Administration* (FDA), além de estarem obrigadas a emitir uma notificação prévia das exportações.

O *International Ship and Port Facility Security* (*ISPS Code*) diz respeito à nova legislação portuária, oriunda da *International Maritime Organization* (IMO), que se destina à segurança e à proteção de embarcações e instalações portuárias (inclusive acessos aquaviários, áreas de fundeio e atracação), estabelecendo providências diversas aos portos com carga destinada aos EUA e à Europa.

A última medida de segurança foi a *Container Security Iniciative* (CSI), que consiste em delimitar uma zona de segurança norte-americana, na qual se pretende identificar contêineres de alto-risco. Os contêineres deverão ser submetidos a um *scanner* no porto de origem. Essa medida incentiva a utilização de contêineres "inteligentes", ou seja, contêineres que contenham *chips* para leitura de informações e lacres eletrônicos.

Pretende-se avaliar se as medidas de segurança internacional, oriundas do terrorismo, podem prejudicar o comércio exterior brasileiro. Destaca-se também a hipótese dessas medidas se converterem em barreiras técnicas às exportações brasileiras. Nesse contexto, o presente artigo busca elucidar de que forma as medidas de segurança impostas ao comércio internacional podem se converter em barreiras técnicas. Em consonância com o método qualitativo, a investigação serviu-se do meio bibliográfico para colher informações fundamentais. Quanto aos fins, trata-se de análise exploratória e explicativa, pois em que pese a novidade do tema, buscar-se-á avaliar de forma crítica o contexto do comércio internacional.

1 Breves considerações históricas sobre o fenômeno do terrorismo

As primeiras evidências históricas que relatam a violência física e psicológica sobre a pessoa humana no ocidente, remontam à época da Revolução Francesa. Naquela ocasião, a burguesia pretendia anular as estruturas que sustentavam a nobreza, o clero e a monarquia. O período entre 1793 e 1794 restou caracterizado por atos de extrema violência e foi denominado terrorismo.

> Tudo foi feito, em 1793 assim como nas gerações futuras, não em nome de um rei, de uma religião ou mesmo de um país. Tudo foi feito em

> nome de uma idéia. A idéia do momento era a liberdade: em uma das mais terríveis ironias da história, o grito de liberdade que havia sido inflamado pela raiva justificada contra os excessos da elite governante da França desencadeou uma forma de guerra que se tornaria a mais destrutiva já conhecida. Em troca das liberdades prometidas pela revolução, esperava-se que todo cidadão francês matasse ou facilitasse a morte dos inimigos da revolução e do Estado revolucionário.[1]

Do final do Século XIX ao início da Primeira Guerra Mundial, os atentados caracterizavam-se por serem anarquistas. No período entre as duas Guerras Mundiais, foi deflagrado nos Balcãs e, hoje, concentra-se no conflito árabe-israelense. "No plano jurídico internacional, a primeira Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo foi concluída em Genebra, em 1937, [...] no direito internacional contemporâneo, há doze convenções multilaterais [...]"[2].

O mundo está diante de um fenômeno antigo quando o tema é terrorismo, apesar de recentemente ter obtido espaço nos campos político e social. Vários institutos e autores tentam de maneira exaustiva conceituar esse fenômeno. No livro *Political Terrorism* foram listadas 109 definições do termo[3], evidenciando a enorme preocupação em entender o fenômeno e delimitá-lo. Em diversas definições, emergem algumas características comuns, como o uso do terror e da violência generalizada contra pessoas e coisas, a indeterminação do número de vítimas, a paralisação da vontade de reação da população, o sentimento de insegurança transmitido pelos meios de comunicação, a finalidade política revestida de interesse militar ou religioso e a intenção de influenciar governos por meios não constitucionais[4]. Historicamente, podem-se citar alguns grandes atos terroristas, entre eles:

> Os genocídios contra os cristãos, desde a época de Nero até o Constantino; como o saque o incêndio de Béziers; o assassinato de mais de 60 mil habitantes na I Cruzada dos Albigences, em 1209, sob o comando do Papa Inocêncio III; a destruição de comunidades judaicas

---

[1] CARR, C. **A assustadora história do terrorismo**. Tradução de Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002, p. 138.

[2] MEDEIROS, A. P. C. O terrorismo na agenda internacional. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 63-66, jul./set. 2002, p. 64.

[3] CARDOSO, A. M. Terrorismo e Segurança em um Estado Social Democrático de Direito. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 47-53, jul./set. 2002, p. 48.

[4] STELZER, J.; GONÇALVES, E. N. A Lei de Bioterrorismo dos Estados Unidos e as medidas de segurança alimentar após o 11 de setembro: perspectivas para o comércio exterior brasileiro. *In:* 4º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2006, Curitiba. Estudos de Direito Internacional. **Anais ...** Curitiba: Juruá, 2006, p. 337-342 v. 7.

> em 1391, nas cidades espanholas de Sevilha, Córdoba, Toledo, Cuenca, Barcelona e tantas outras.[5]

No século XIX, o termo terrorismo era usado para as ações revolucionárias que questionavam "a subordinação popular aos governantes que acreditavam ocupar posição preeminente em virtude de direito divino ou a dependência de povos inteiros à dinastia estrangeira, ou, ainda, às más condições de trabalho da classe operária"[6]. Nas décadas de 1920 e 1930, o termo passou a designar a atitude de certos Estados totalitários, fascistas ou comunistas, em relação a seus opositores individuais ou a camadas da população consideradas perigosas para a estabilidade do Estado, o chamado Terrorismo de Estado. Após a Segunda Guerra Mundial, em razão do surgimento dos movimentos anticolonialistas, o termo terrorismo foi assimilado às chamadas lutas de libertação nacional que, nas três décadas seguintes ao fim do conflito, ocuparam a cena internacional. Hoje, o termo terrorismo é bastante comum quando o assunto é o conflito árabe-israelense.

A preocupação em conceituar esse fenômeno justifica-se em virtude da necessidade de delimitar a ação terrorista de maneira eficaz, fazendo com que o Estado tome medidas legislativas e de segurança. Para não confundi-lo com qualquer outro ato de vandalismo e desordem social, Munhoz[7] entende que essa inexistência de definição pode ser explicada pela falta de interesse de alguns Estados em criar a conceituação, já que a partir desse momento, essa servirá para punir não só as atividades dos grupos terroristas, mas, também, as praticadas pelos próprios Estados e seus agentes. Muitas vezes, os atos terroristas consistem em respostas às represálias de natureza política ou econômica de um Estado em relação a outro.

> O fim de agir é elementar. Não existe terrorismo de Direito Comum, trata-se de fato político no sentido de que seus autores o dirigem contra a vigente ordem política e social para destruí-la, para mudá-la ou para mantê-la pela violência. Os atentados e extensões de criminosos, tipo máfia, constituem apenas crimes comuns e só impropriamente poderão ser chamados de terroristas.[8]

---

[5] DOTTI, R. A. Terrorismo e devido processo legal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 27-30, jul./set. 2002, p. 29.
[6] CARDOSO, A. M. Terrorismo e Segurança em um Estado Social Democrático de Direito, p. 49.
[7] MUNHOZ, C. P. B. Terror e terrorismo nas relações internacionais. *In:* CAUBET, Christian (coord.). **A Força e o Direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.
[8] FRAGOSO, H. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 61.

O principal objetivo dos terroristas ao se espalharem pelo mundo é estabelecer suas células terroristas no maior número de locais possíveis, porque através dessas células é que esses conseguem sempre novos adeptos à causa. Para isso, utilizam-se do que chamam de *scout* (caçador de talentos) ou olheiros para recrutarem jovens às *jihad* (palavra da língua árabe que significa "exercer esforço máximo"; pode ser entendida também como "luta"; os europeus denominam a *jihad* como "Guerra Santa").

A entidade terrorista que mais se destacou na última década foi a Al-Qaeda, fundada por Abdullah Azzam e Osama bin Laden. Essa organização teve como primeiro objetivo o recrutamento de voluntários islâmicos para lutar contra os soviéticos e disseminar suas células em diversos países, promovendo a *jihad*. Autora da mais cruel e chocante ação terrorista que o mundo acompanhou perplexo diante da imensidão de vítimas e mortos, destacou-se no ataque aos símbolos do Poderio Econômico e Militar Americano, por ocasião do lançamento de aeronaves contra os prédios do *World Trade Center* e do Pentágono.

Movida pela tentativa de frear acontecimentos dessa natureza, a Organização das Nações Unidas (ONU) já editou dezenas de convenções contra o terrorismo, sempre ressaltando a necessidade da união de esforços entre países comprometidos com a paz mundial e as Organizações Internacionais contra o terror. Entre essas, a primeira resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas foi a de nº 3034, em 18 de setembro de 1972, motivada pelos atos terroristas nos Jogos Olímpicos de Munique, ocasião na qual morreram atletas israelenses.

2 Terrorismo de Estado e retaliações

O Terrorismo de Estado é o termo utilizado para descrever as ações praticadas pelos países que dão ao terrorismo "apoio lógico, suporte, financiamento, treinamento e refúgio às pessoas envolvidas em atos terroristas"[9]. Nesse sentido, pode-se citar o caso da Líbia e do Iraque que dão refúgio a terroristas procurados do Irã, e do Sudão, que fornece armamentos e bases de treinamento. Cita-se, ainda, o Afeganistão, que serve de

[9] WANDERLEY JÚNIOR, B. A Cooperação Internacional como Instrumento de Combate ao Terrorismo. *In:* BRANT, L. N. C. **Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249.

base para o grupo Al-Qaeda, protegido pelo regime Talibã, mesmo após o Conselho de Segurança da ONU adotar resoluções impondo sanções contra o Talibã e exigindo que Osama bin Laden fosse entregue às autoridades competentes.

Quando se pesquisa sobre Terrorismo de Estado, os EUA assumem um papel curioso, pois se trata de um Estado líder no assunto, tendo sido o único país já condenado por Terrorismo Internacional pela Corte Internacional de Justiça.[10] Com efeito, em 1981, os EUA suspenderam a ajuda econômica que era dada à Nicarágua e passaram a financiar guerrilheiros anti-sandinistas conhecidos como "contras", esses realizavam ataques terroristas a civis sob ordem dos EUA para atingir os sandinistas. Milhares de pessoas morreram vítimas dessa arrasadora guerra econômica, que resultou no insucesso dos planos de reforma social e de desenvolvimento econômico presididos por Daniel Ortega.

Quando o Estado é considerado vítima, indaga-se qual a melhor maneira para agir contra um atentado terrorista, pois é de conhecimento generalizado que se utilizar meios ilegais, "lesando regras e meios juridicamente protegidos ou tomar atitudes que se está tentando erradicar, dessa maneira ele somente estará atacando o próprio fundamento deste Estado"[11]. O Secretário-Geral do Conselho da Europa abordou o tema em uma conferência judicial internacional: "[...] o terrorismo é uma violação aos direitos humanos e à norma da lei. Deve ser combatido com vigor máximo, mas não a qualquer custo desses valores. Nós não devemos destruir ou até mesmo subestimar a democracia nos fundamentos de defendê-la [...]"[12]. Apesar de tal orientação, muitos Estados continuam se servindo de práticas não reconhecidas pelo ordenamento internacional.

Em 26 de outubro de 2001, pouco após os atentados ao *World Trade Center* (WTC), o Presidente George Bush assinou o Ato Antiterrorismo *Patriot (Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)*. Esse ato teve como principal finalidade atribuir maiores poderes ao Poder Judiciário, à segurança pública e à inteligência americana, tanto dentro do País como internacionalmente. Através do

[10] CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. Tradução de Luiz Antonio Aguiar. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
[11] NAVES, N. Terrorismo e Violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 6-9, jul./set. 2002, p. 7.
[12] RODLEY, N. Terrorismo: segurança do Estado. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 16-22, jul./set. 2002, p. 19.

chamado Ato Patriota foram autorizadas violações à privacidade dos civis, ou seja, habilitando o governo americano de obter documentos privados, promover escutas telefônicas e buscas sem autorizações judiciais. O Ato Patriota também autorizou prisão de suspeitos em segredo, sem qualquer comunicação a seus familiares ou advogados, durante tempo indeterminado.[13]

3 O Onze de Setembro e as medidas comerciais antiterroristas

O maior ataque terrorista registrado pela história, com o maior número de vítimas e resultado de complexos planos articulados entre si, ocorreu em Onze de Setembro de 2001 nos EUA. As perdas humanas foram estimadas em 265 vidas nos aviões; 2844 pessoas, incluindo 242 bombeiros, no *World Trade Center*; e, 125 pessoas no Pentágono, totalizando o falecimento de 3234 indivíduos. Além das Torres Gêmeas de 110 andares, cinco outras construções nas proximidades do *World Trade Center* e quatro estações subterrâneas de metrô foram igualmente destruídas ou seriamente danificadas.[14]

A execução do ataque teve início em 1993, quando Ramzi Yousef, paquistanês, 24 anos, conhecido como "o Químico", idealizou explodir edifícios nos Estados Unidos. Yousef utilizou-se de carga explosiva colocada no subsolo do *World Trade Center* no intuito de fazer desmoronar os alicerces e, com um efeito dominó, igualmente derrubar a outra torre. No dia 26 de fevereiro de 1993 houve a primeira tentativa, com a utilização de um veículo bomba. A explosão resultou em um rombo que se elevou até sete andares acima da garagem, com seis pessoas mortas e mais de mil feridos. Com a frustrada tentativa, um ano após, emergia a idéia da utilização de aviões contra os prédios. O plano foi submetido, em 1996, a Osama bin Laden.[15]

Osama bin Laden é o 17º filho de Mohamed Awad bin Laden, um empreiteiro saudita considerado milionário. Formado pela Universidade Rei Abdul Aziz, em Jedá, quando jovem mostrou interesse por assuntos religiosos, além de ter sido voluntário das

[13] WILNER, A. Privacidade versus combate ao terrorismo: uma análise do futuro da privacidade após o atentado de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.lainsignia.org.br> Acesso em: 19/10/2006.
[14] WIKIPEDIA. Ataques de 11 de setembro. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/> Acesso em: 16/04/2007.
[15] SANT'ANNA, I. **Plano de Ataque:** a história dos vôos de 11 de setembro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006, p.45 e ss.

jihad. Apesar da riqueza, vestia-se com simplicidade e compartilhava hábitos cotidianos com guerrilheiros comuns, fato que o tornou conhecido como "Samaritano". Em 1987, por ocasião do combate ao governo soviético no Afeganistão, Osama juntou-se ao mentor religioso Abdullah Azzam, para fundarem a Maktab al-Khadamat, o "Escritório de Serviço", conhecido como MAK. O primeiro objetivo do MAK era recrutar voluntários islâmicos para lutar contra os soviéticos e disseminar suas células em diversos países, para promover a *jihad*. Em 1988, o MAK passou a chamar-se "Al-Qaeda" que significa "A Base". No final de 1989, com o assassinato de Abdullah Azzam, na explosão de um carro bomba, Osama bin Laden tornou-se o líder absoluto da Al-Qaeda.[16]

Em Onze de Setembro de 2001, a partir do seqüestro de quatro aviões civis efetivou-se o ataque aos EUA: dois aviões foram lançados contra os prédios do *World Trade Center*, uma aeronave colidiu com o Pentágono e o quarto avião teria, possivelmente, sido abatido ou eventualmente caído devido a confrontos diretos entre passageiros e seqüestradores. Em 29 de Outubro de 2004, Osama bin Laden assumiu explicitamente a responsabilidade pelos ataques. O terrorismo como se apresentou em Onze de Setembro é diferente do que se conhecia em termos de inimigo. Sob tal aspecto, entende-se o porquê de implementar medidas antiterror no âmbito comercial. Searle expõe algumas peculiaridades dessa nova forma de ataque e defesa.

> Infelizmente, o terrorismo tornou-se a maior ameaça à segurança nacional e as operações de combate de grande escala não vencerão, por si sós, a guerra global que ora está sendo travada. [...] Em vez dos revolucionários bem disciplinados da Guerra Fria, com fácil acesso a dinheiro e à tecnologia mais moderna, os Estados Unidos agora enfrentam coalizões informais de criminosos, insurgentes e terroristas, que não se encontram apenas no Iraque e no Afeganistão, como também na Colômbia, nas Filipinas e em outras partes. Eles aparentemente representam o modelo de guerra de guerrilha pós-Guerra Fria.[17]

[16] SANT'ANNA, I. **Plano de Ataque:** a história dos vôos de 11 de setembro, p. 45 e ss.
[17] SEARLE, T. R. Tornar o Poder Aéreo Eficaz Contra Guerrilheiros. **Air & Space Power Journal**. Disponível em: <http://www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/ apjpor04.html> Acesso em: 02/04/2007.

Essa também é a visão de Vries, ao asseverar que "o terrorismo com motivação religiosa, indiscriminado e transfronteiriço, é novo"[18]. Em tal contexto, emergiu a legislação antiterror no cenário do comércio internacional.

3.1 Lei de bioterrorismo

A Lei de Segurança da Saúde Pública e Prevenção e Resposta contra o Bioterrorismo, editada em 2002, é uma resposta norte-americana à preocupação do País com atentados bioterroristas e visa proteger a população estadunidense contra riscos de ataques químicos e biológicos. O mais importante dos seus 5 títulos é o terceiro, que dispõe sobre: Proteção da Segurança Alimentar e do Fornecimento de Medicamentos. A finalidade dessa Lei consiste em rastrear as importações de produtos alimentícios e farmacêuticos.

A nova lei determina que o *Food and Drug Administration* (FDA), agência do governo federal dos EUA, encarregada de regular o comércio de alimentos e suplementos dietéticos e alimentares, receba notificações prévias referente a alimentos e a medicamentos importados para os EUA, a partir de 12 de dezembro de 2003. A Lei de Bioterrorismo autoriza a FDA a reter alimentos caso sejam constatadas evidências ou informações de que apresentem ameaça à saúde ou risco de morte para seres humanos e animais. Permite também que a FDA proíba a importação de alimentos por parte de pessoas que tenham histórico de importação de alimentos adulterados.

Compradores, importadores, transportadores ou agentes autorizados devem apresentar a comunicação prévia por meio eletrônico através do Sistema de Comunicação Prévia (*Prior Notice System*). Eventuais mudanças quanto ao porto de embarque ou desembarque, data, hora de chegada, ente outras importantes informações, devem ser comunicadas sempre antes da chegada prevista, entretanto, nunca poderá haver mudança com relação à natureza do produto. O alimento[19] não deve ser enviado

[18] VRIES, G. Terrorismo na União Européia. **Revista Notícias da Organização do Tratado do Atlântico Norte**. Disponível em: <http://www.nato.int /docu/review/ 2005/issue3/ portuguese /interview.html> Acesso em: 11/14/2006.

[19] Os alimentos sujeitos ao requisito de envio de notificação prévia são: suplementos e ingredientes dietéticos; fórmulas para lactantes; bebidas (incluindo bebidas alcoólicas e água engarrafada); frutas, verduras e legumes; peixes e frutos do mar; laticínios e ovos; derivados agrícolas crus para consumo como alimento ou em componentes de alimentos; alimentos enlatados e congelados; alimentos de panificação, lanches e doces (incluindo goma de mascar); animais vivos usados com alimentos; e,

antes que o recebimento da notificação prévia seja confirmado. O pacote internacional, portanto, deve estar acompanhado da confirmação do FDA.[20]

A importância dessa comunicação previa consiste em permitir à FDA revisar, avaliar e julgar a informação recebida do produto importado pelos EUA antes da sua chegada, para que seja possível interceptar produtos contaminados e garantir a entrada de alimentos seguros no mercado doméstico. Antes do advento da Lei de Bioterrorismo, a maior parte das informações exigidas já eram fornecidas ao Birô Alfandegário e de Proteção de Fronteiras, a diferença é que as informações eram passadas na hora que os produtos chegavam e agora são enviadas previamente.

O impacto dessas medidas, envolvendo tanto o comércio interno dos EUA quanto os produtos alimentares é significativo. Segundo a Embaixada do Brasil em Washington, "a obrigação de registro afetará cerca de 210.000 estabelecimentos domésticos e 205.000 estrangeiros. A notificação de importações atingirá um universo estimado em 8 milhões de carregamentos alimentares anuais [...]"[21].A cadeia do agronegócio brasileiro precisará ficar atenta aos novos custos e às dificuldades que poderão surgir, inclusive, de última hora, caso exista discrepância entre as informações prestadas e o entendimento do FDA.

3.2 *International Ship and Port Facility Security Code (ISPS Code)*

Elaborado pelo Comitê de Segurança Marítima da Organização Marítima Internacional (OMI), o *ISPS Code* foi aprovado pela Resolução nº 2 da Conferência Diplomática SOLAS (*International Convention for the Safety of Life at Sea*), em Londres, em dezembro de 2002. Nota-se que esse código não é uma exigência exclusiva dos EUA, mas uma das medidas de segurança instituídas pela OMI. Essa nova medida

---

alimentos para animais. A Lei Federal sobre Inspeção de Carne e a Lei de Inspeção de Produtos de Ovos, excluíram da exigência de notificação prévia: os alimentos transportados para uso pessoal do transportador ou para presentear alguém nos EUA; os alimentos que serão exportados e não abandonarão o porto até a sua exportação; e, alimentos sujeitos à jurisdição exclusiva do Departamento de Agricultura dos EUA. FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. Sobre o FDA. Disponível em: <www.cfsan.fda.gov/~pn/pnfr.html> Acesso em: 07/07/2006.

[20] Veja mais sobre os procedimentos que devem ser tomados nessas situações em: LANCINI, V. A segurança nos portos dos EUA: procedimentos da empresa Hamburg Süd. 2004. 77f. **Monografia** (Graduação em Comércio Exterior) – Curso de Comércio Exterior, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí (S.C.), 2004.

[21] EMBAIXADA DO BRASIL EM WASHINGTON. **Barreiras a produtos e restrições a serviços e investimentos nos EUA.** São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 96.

visa à proteção contra atos terroristas, estabelecendo cooperação internacional entre governos, organismos governamentais, administradores locais e setores naval e portuário para detectar ameaças à proteção dos navios ou das instalações portuárias utilizadas no comércio internacional. O *ISPS Code* está dividido em parte A, denominada Medidas Especiais para Melhorar a Segurança Marítima e parte B, chamada Medidas voluntárias.[22]

A primeira parte estabelece o âmbito de aplicação, ou seja, aplica-se aos navios dedicados a viagens internacionais incluídos os de transporte de passageiros, às unidades móveis de perfuração marinha e também às instalações portuárias que prestam serviços aos mencionados tipos de navios. Na prática, o *ISPS Code* requer efetivo combate a supostos ataques terroristas, demonstrando real cooperação internacional. Nesse sentido, deve haver por parte das instalações portuárias: avaliações de riscos à proteção marítima, compartilhamento dessas informações, manutenção de protocolos de comunicação, proibição de acessos não-autorizados aos navios e às instalações portuárias, combate à introdução de armas, de artefatos incendiários ou de explosivos nos navios e nos portos, facilitação do alarme em casos de ameaças à segurança marítima e portuária, planos de proteção dos navios e portos baseados na avaliação de riscos e treinamentos dos recursos humanos.[23]

Ainda, na Parte A, encontram-se as responsabilidades atribuídas aos governos nacionais membros da OMI e signatários da SOLAS, decorrentes da implementação do *ISPS Code*. Uma das responsabilidades encontradas é a implantação de níveis de proteção para os navios e portos, classificados em três patamares: a) nível 1 (mais baixo), considerado o nível mínimo em que praticamente inexistem riscos de atentado; b) nível 2, usado quando não há aparente ameaça de terrorismo, mas se recomendam medidas adicionais de proteção; e, c) nível 3, quando há risco iminente de atentado. O Código sugere procedimentos para as instalações portuárias, tais como a avaliação de riscos para determinar a vulnerabilidade aos ataques terroristas e a provável designação de um Oficial de Proteção da Companhia Naval (responsável pela aplicação e fiscalização das normas do *ISPS Code* nos navios).

---

[22] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.

[23] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.

A Parte B do *ISPS Code* é composta por modelos de procedimentos de proteção, no qual se objetiva elevar o padrão de segurança para níveis mais exigentes, incluindo orientações detalhadas sobre procedimentos especiais nos casos em que deve haver contato entre navios. Essa parte contém situações concernentes ao manejo de cargas, utilização de equipamentos de detecção e realização de inspeção visual. Preocupa, entre outros, a aquisição de novas tecnologias digitalizadas para que haja a efetiva aplicação do Código, ou seja, os mecanismos tecnológicos que acompanham o *ISPS Code*, como cercas perimetrais equipadas com sistemas para detectar e rechaçar intrusos, sistema de comunicação navio-terra e terra-terra, rastreamento de contêineres por satélite e sistema automático de identificação. Todos esses mecanismos têm custo bastante elevado e apesar da Parte B do Código ser de aplicação voluntária, o fato de os EUA e a União Européia (UE) terem convertido essas regras em requisitos legais e obrigatórios, obrigou o resto do mundo à implementação.[24]

Portos e navios que não se adequarem às novas regras poderão ser classificados como aptos e não aptos, ou seja, na hipótese de um porto não apto, esse não poderá atender as cadeias internacionais de abastecimento e serão limitados a atender os tráficos locais, sub-regionais ou regionais, por conseguinte os navios buscarão portos que se adequaram aos requisitos, ocasionando alteração de rota e contrato. O mesmo acontece para um navio não apto, esse ficará de fora das principais rotas comerciais.[25]

3.3. *Container Security Iniciative* (CSI)

A Iniciativa para Segurança dos Contêineres (*Container Security Iniciative* – CSI), executada pela Aduana dos EUA (*Customs and Border Protection* – CBP), tornou-se oficialmente parte no conjunto de disposições adotadas para promover segurança contra ataques terroristas, em janeiro de 2002. A CSI consiste, basicamente, na utilização de informações computadorizadas para a identificação de contêineres de alto risco; na revisão dos contêineres antes da partida para os EUA (feita pelo

[24] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.
[25] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.

funcionário da CBP nos portos estrangeiros) e na utilização de contêineres à prova de manipulação externa.

O objetivo da CBP ao colocar em prática as medidas da Iniciativa para Segurança dos Contêineres consiste em eliminar o risco de ataques terroristas através desse meio de transporte, já que aproximadamente 90% do movimento mundial de cargas são feitos desse modo. Anualmente, são descarregados em torno de 7 milhões de contêineres nos portos dos EUA.[26] Os portos deverão instalar um *scanner* gigante, para que seja verificado o conteúdo da carga, através de raio-x. Após esse procedimento, constatado que não há risco, o contêiner será certificado por um oficial do CBP para liberação nos EUA através do chamado canal verde. Entretanto, não está efetivamente definido qual o procedimento a ser seguido ao deparar-se com um contêiner considerado de risco, nem mesmo de que forma isso afetará o responsável pelo transporte. Também não está explícito quem se responsabilizará caso haja dano à mercadoria.

Países em desenvolvimento terão dificuldades em arcar com gastos dessa natureza, já que os custos vão além da aquisição dos equipamentos, sendo necessário também habilitar funcionários. Vale ressaltar que a implantação da CSI afetará de forma desigual os parceiros comerciais, já que quanto mais dependente da utilização do contêiner for o Estado envolvido, maior será impacto da CSI sobre sua exportação.

4 Medidas de segurança: efeitos e dificuldades no comércio internacional

O transporte de mercadorias pela via marítima representa a maior parte do transporte mundial de mercadorias, demonstrando a importância do setor no âmbito econômico de um país. Os EUA têm enfrentado os perigos marítimos não somente em seu território, mas estendido as iniciativas antiterror também às outras área no mundo, a exemplo do Estreito de Málaca, por onde "passa metade do comércio marítimo mundial e dois terços do petróleo e do gás natural. O fenômeno do terrorismo marítimo, as percepções da sua expansão e das suas teias internacionais, constituem, por isso, fatores fortemente perturbadores da estabilidade"[27]. As eventuais alterações no custo dos

[26] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.
[27] RIBEIRO, J. F. O mal esconde-se no mar. **Revista Vega**. Disponível em: <http://www.revista-vega.com/revistas/material_03/terrorismo.pdf> Acesso em: 15/04/2007.

seguros sobre transporte marítimo e o impacto que poderá provocar na estabilidade da economia norte-americana e mundial, portanto, também devem ser levadas em consideração ao se verificar o impacto das medidas de segurança no âmbito do comércio exterior brasileiro.

Receosos da continuidade dos ataques, os EUA invocaram a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) para a primeira operação de defesa coletiva. Segundo Cesaretti (2006), um destacamento de pequena escala da OTAN, que fornecia presença militar modesta numa vasta extensão do Mediterrâneo, transformou-se em extenso e bem equipado sistema de segurança. Desde então, a operação chamada *Active Endeavour*, tornou-se cada vez mais sofisticada, à medida que a Aliança foi redefinindo o seu papel contra o terrorismo e integrando as lições aprendidas no decurso da operação. Em fevereiro de 2003, a operação foi alargada de molde a incluir a escolta de navios da marinha mercante dos Estados aliados através do Estreito de Gibraltar.

> Em abril de 2003, a OTAN alargou o âmbito da *Active Endeavour* para incluir operações de abordagem consentidas, ou seja abordagens com o consentimento do capitão do navio e do país de origem, em conformidade com a lei internacional. Depois, em março de 2004, a OTAN alargou a área de operações da *Active Endeavour* para incluir todo o Mediterrâneo. Até 15 de setembro de 2005, foram controlados 69.000 navios, 95 dos quais foram abordados. Para além disso, foram efetuadas 488 escoltas através do Estreito de Gibraltar.[28]

No Brasil, várias iniciativas foram implementadas para assegurar o atendimento às normas de segurança antiterror, como a certificação do *ISPS Code* por intermédio da Comissão Interministerial de Segurança Portuária (COMPORTOS). Na hipótese de um porto brasileiro não possuir tal certificado, os navios estrangeiros podem não atracar, gerando prejuízos ao comércio exterior e ao turismo marítimo. As embarcações que realizam esses transportes são responsáveis pelo escoamento da produção nacional aos centros consumidores de todo o mundo, sem contar que entram, anualmente, no País, milhares de estrangeiros pelo mar.

Cumpre lembrar que a segurança do comércio exterior brasileiro, além das instalações portuárias, promoveu mudanças também nas forças armadas, especialmente

[28] CESARETTI, R. Combater o terrorismo no Mediterrâneo. **Revista Notícias da Organização do Tratado do Atlântico Norte**. Disponível em: <http://www.nato.int/docu/review/2005/issue3/portuguese/art4.html> Acesso em: 11/14/2006.

na Marinha do Brasil. Afinal, a pressão norte-americana se estendeu à Organização Marítima Internacional (OMI), no qual o conceito de segurança foi ampliado. Segundo Silva[29], além do *ISPS Code*, foi aprovada a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação (SUA 88), que inclui medidas para evitar o transporte, por via marítima, de qualquer material explosivo ou radioativo com a possibilidade de causar danos à população, e de material que possa contribuir para a produção de armas químicas, biológicas ou nucleares. Esse Protocolo criou novas possibilidades de interceptação de navios mercantes, realçando o conflito entre a segurança e a liberdade dos mares em face da necessidade de se enfrentar as emergentes ameaças oriundas do terrorismo contemporâneo. Após o Onze de Setembro, os EUA levaram à aprovação na OMI, uma resolução que chama os Estados Membros a adotarem um sistema de identificação e acompanhamento de navios à longa distância.

> Os EUA defendem que esse sistema deveria detectar e identificar navios a 2000 milhas náuticas da costa. A Guarda-Costeira americana está desenvolvendo um aparato para ampliar a vigilância e o controle dos espaços marítimos daquele país, chamado *Integrated Deepwater System*, que combinará aeronaves, navios e sensores. Embora persistam as discussões sobre como cada país deverá implementar a iniciativa da OMI, a tendência é que o controle do tráfego marítimo se dê cada vez mais distante do litoral, o que contribuirá não só para um maior controle dos navios mercantes como, também, do incremento da possibilidade de identificação de navios de guerra de outros países.[30]

Sob tal ótica, considerando que a defesa nacional também denota fator de competitividade internacional, os dados mundiais sobre despesas militares trazem consigo – em tempo de terrorismo – indicadores comerciais importantes. Vale dizer, os gastos com segurança, no período pós-Onze de Setembro, expressam o quanto um país pode se envolver comercialmente. De fato, entre os maiores exportadores mundiais, também estão as maiores despesas militares.

---

[29] SILVA, A. R. A. As "novas ameaças" e a Marinha do Brasil. Disponível em: <http://www.egn.mar.mil.br/cepe/trabIndividuais/marinhaNovasAmeacas.pdf> Acesso em: 11/04/2007.

[30] SILVA, A. R. A. As "novas ameaças" e a Marinha do Brasil. Disponível em: <http://www.egn.mar.mil.br/cepe/trabIndividuais/marinhaNovasAmeacas.pdf> Acesso em: 11/04/2007.

Considerações finais

A eficácia das medidas de segurança pode ser duvidosa em caso de novo ataque terrorista, mas a despesa pública e a escalada de controles exigidos dos exportadores, emergem nítidas. Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio[31], o desempenho brasileiro no âmbito da segurança das instalações portuárias está acima da média mundial. Atualmente, 80% dos portos brasileiros já se adequaram total ou parcialmente às regras do *ISPS Code*. Entre as mais de 200 instalações portuárias, 152 já possuem o certificado emitido pela COMPORTOS. De acordo com o Ministério Brasileiro da Defesa, o Governo Federal já investiu mais de R$ 100 milhões e deve aplicar mais R$ 150 milhões em segurança, nos próximos dois anos. Até o momento, os gastos privilegiaram o Ministério dos Transportes (com R$ 57,3 milhões, sendo R$ 20 milhões destinados ao Porto de Santos, que é o maior do País), a Polícia Federal (com R$ 39,5 milhões para a instalação de bases da polícia marítima em 12 Estados) e o Comando da Marinha (com R$ 3,2 milhões para a instalação de sistemas de alerta de segurança nos navios).[32] De acordo com a OMI, apenas 69% dos portos mundiais obtiveram a aprovação de seus planos de segurança até 1º de julho de 2004, data em que o *ISPS Code* entrou em vigor.[33]

Quanto à CSI, o Porto de Santos foi um dos poucos portos da América do Sul escolhido para participar da Iniciativa para a Segurança dos Contêineres, tornando-o ponto de partida preferencial das exportações da região para os EUA. Contudo, novos gastos são esperados, vez que a instalação dos *scanners* e sistemas que funcionam com raios gama ou equivalentes, supera US$ 3 milhões por aparelho.[34]

Em relação ao bioterrorismo, as exigências, restrições, burocracia e custos gerados por essa norma aos produtos alimentícios que se dirigem aos EUA "[...] revelam o risco dessas medidas se converterem em barreiras técnicas"[35]. As projeções

[31] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.
[32] BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. Política Nacional da Indústria e Defesa. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 18/04/2007.
[33] INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. Organização Marítima Internacional. Disponível em: <www.imo.org/home.asp> Acesso em: 03/12/2006.
[34] BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.
[35] STELZER, J.; GONÇALVES, E. N. A Lei de Bioterrorismo dos Estados Unidos e as medidas de segurança alimentar após o 11 de setembro: perspectivas para o comércio exterior brasileiro, p. 342.

da “FDA indicam que algo como 16% dos atuais exportadores para os EUA devem deixar o mercado – sobretudo pequenas empresas para quem os novos custos operacionais não se justificam diante do pequeno valor de suas transações”[36].

A Lei de Bioterrorismo pode ser obedecida somente por grandes empresas, pois são capazes de absorver os custos extras em sua cadeia logística. Às pequenas e médias empresas resta a exclusão incondicional de tão importante mercado. “Seja qual for a motivação real por trás, os produtores americanos sujeitos à concorrência estrangeira devem estar comemorando. Com essa iniciativa, escudada na política de segurança nacional, os agricultores dos EUA ganham mais uma barreira protetora [...]”[37]. Caso a Lei de Bioterrorismo não venha a ser enquadrada na qualidade de barreira técnica ou barreira comercial ilegal, no mínimo, retrata uma dificuldade adicional que precisa ser cumprida pelos exportadores.

Em síntese, percebe-se que a justaposição de requisitos e controles que alteraram o comércio internacional somam-se às outras barreiras que já caracterizam o processo de entrada das mercadorias brasileiras nos EUA (maior comprador dos produtos brasileiros) e também na Europa. Real ou fictício, o medo do terrorismo colabora para tornar os principais importadores mundiais em mercados que se caracterizam pela crescente dificuldade de acesso.

Referências

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO. Negociações Internacionais. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 23/08/2006.

BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. Política Nacional da Indústria e Defesa. Disponível em: <www.desenvolvimento.gov.br> Acesso em : 18/04/2007.

CARDOSO, A. M. Terrorismo e Segurança em um Estado Social Democrático de Direito. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 47-53, jul./set. 2002.

CARR, C. **A assustadora história do terrorismo**. Tradução de Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002.

[36] EMBAIXADA DO BRASIL EM WASHINGTON. **Barreiras a produtos e restrições a serviços e investimentos nos EUA**, p. 96.
[37] ESTADO DE SÃO PAULO. **Mais uma arma contra o livre comércio**. Estado de São Paulo, São Paulo, p. A 3., 26 de out. 2003, p. A3.

CESARETTI, R. Combater o terrorismo no Mediterrâneo. **Revista Notícias da Organização do Tratado do Atlântico Norte**. Disponível em: <http://www.nato.int/docu/review/2005/issue3/portuguese/art4.html> Acesso em: 11/14/2006.

CHOMSKY, Noam. **11 de setembro**. Tradução de Luiz Antonio Aguiar. 9 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

DOTTI, R. A. Terrorismo e devido processo legal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 27-30, jul./set. 2002.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Mais uma arma contra o livre comércio**. Estado de São Paulo, São Paulo, p. A 3., 26 de out. 2003.

EMBAIXADA DO BRASIL EM WASHINGTON. **Barreiras a produtos e restrições a serviços e investimentos nos EUA.** São Paulo: Aduaneiras, 2003.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. Sobre o FDA. Disponível em: <www.cfsan.fda.gov/~pn/pnfr.html> Acesso em: 07/07/2006.

FRAGOSO, H. **Terrorismo e criminalidade política**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION. Organização Marítima Internacional. Disponível em: <www.imo.org/home.asp> Acesso em: 03/12/2006.

LANCINI, V. A segurança nos portos dos EUA: procedimentos da empresa Hamburg Süd. 2004. 77f. **Monografia** (Graduação em Comércio Exterior) – Curso de Comércio Exterior, Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Itajaí (S.C.), 2004.

MEDEIROS, A. P. C. O terrorismo na agenda internacional. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 63-66, jul./set. 2002.

MUNHOZ, C. P. B. Terror e terrorismo nas relações internacionais. *In:* CAUBET Christian (coord.). **A Força e o Direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

NAVES, N. Terrorismo e Violência: segurança do Estado, direitos e liberdades individuais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 6-9, jul./set. 2002.

RIBEIRO, J. F. O mal esconde-se no mar. **Revista Vega**. Disponível em: <http://www.revista-vega.com/revistas/material_03/terrorismo.pdf> Acesso em: 15/04/2007.

RODLEY, N. Terrorismo: segurança do Estado. **Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, Brasília, n. 18, p. 16-22, jul./set. 2002.

SANT'ANNA, I. **Plano de Ataque:** a história dos vôos de 11 de setembro. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SEARLE, T. R. Tornar o Poder Aéreo Eficaz Contra Guerrilheiros. **Air & Space Power Journal**. Disponível em: <http://www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/ apjpor04.html> Acesso em: 02/04/2007.

SILVA, A. R. A. As "novas ameaças" e a Marinha do Brasil. Disponível em: <http://www.egn.mar.mil.br/cepe/trabIndividuais/marinhaNovasAmeacas.pdf> Acesso em: 11/04/2007.

STELZER, J.; GONÇALVES, E. N. A Lei de Bioterrorismo dos Estados Unidos e as medidas de segurança alimentar após o 11 de setembro: perspectivas para o comércio exterior brasileiro. *In:* 4º CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2006, Curitiba. Estudos de Direito Internacional. **Anais ...** Curitiba: Juruá, 2006, p. 337-342 v. 7.

VRIES, G. Terrorismo na União Européia. **Revista Notícias da Organização do Tratado do Atlântico Norte**. Disponível em: <http://www.nato.int /docu/review/ 2005/issue3/ portuguese /interview.html> Acesso em: 11/14/2006.

WANDERLEY JÚNIOR, B. A Cooperação Internacional como Instrumento de Combate ao Terrorismo. *In:* BRANT, L. N. C. **Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WILNER, A. Privacidade versus combate ao terrorismo: uma análise do futuro da privacidade após o atentado de 11 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.lainsignia.org.br> Acesso em: 19/10/2006.

WIKIPEDIA. Ataques de 11 de setembro. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/> Acesso em: 16/04/2007.

A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Suelen Agum dos Reis*

RESUMO

A marca deixada pelos dois conflitos mundiais do século XX foi de destruição, tanto material, com a Europa necessitando ser reconstruída, quanto humana. Esta última, sem dúvida, de proporções bem maiores, uma vez que as vidas ceifadas durante as guerras não puderam ser posteriormente "reconstruídas". É sabido que diante deste quadro, de extrema violação de direitos humanos a sociedade internacional proclamou e tem buscado cada vez mais promover tais direitos através de mecanismos de controle internacional que visam a punição dos estados, pois estes, em geral, são os maiores responsáveis pelas atitudes desumanas para com seus cidadãos. Dentre as violações de direitos humanos que hoje vivemos, este estudo destaca aquela sofrida pelos presidiários. Eles são privados do direito à liberdade, mas lhe é assegurado, pelas normas nacionais e internacionais, o direito a uma vida digna, pois enquanto eles estiverem sob os auspícios do Estado, este é responsável em manter sua integridade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, exercendo sua função de mecanismo de controle emitiu, até março de 2007, medidas provisórias a serem cumpridas pelo Brasil com relação a três presídios brasileiros. Em síntese, essas medidas visam coagir o Estado a promover ações imediatas para a preservação da vida dos detentos. Após analisar cada caso, verificou-se que o Brasil, mesmo tendo se comprometido na ordem internacional através da ratificação de tratados, e da submissão à jurisdição da Corte Interamericana, não tem arcado com tais compromissos. Concluiu-se que as medidas provisórias emitidas pela Corte com relação aos presídios brasileiros são a concretização da proteção dos direitos humanos da parte do Sistema Interamericano, e enriquece a importante influência da Corte sobre o desenrolar de uma efetiva proteção dos direitos humanos no plano doméstico.

PALAVRAS-CHAVE: CORTE INTERMARICANA DE DIREITOS HUMANOS, PRESÍDIOS BRASILEIROS, MEDIDAS PROVISÓSIAS.

ABSTRACT

The two World Wars caused both the material and human destruction of the European continent, although the outcome of the latter was much more significant, for it could not be remediable. As a result of this violation of the human rights, the international society has aimed at the promotion of these rights by resorting to international controlling measures intended to punish those countries which are responsible for inhuman attitudes towards their citizens. Among the existing human rights violations, this study focuses on the ones inflicted on prisoners, to whom, despite being deprived of their liberty, national and

* Mestranda em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Pesquisa Institucional sobre Direitos Humanos. Bolsista da CAPES.

international laws guarantee the right to a decent life while under the custody of the State, which must care for human integrity. The Inter-American Court of Human Rights, an institution in charge of taking controlling actions, issued some provisional measures that must obeyed by Brazil in relation to three of its prisons. These measures are directed to driving the country to take immediate actions towards preserving the lives of inmates. After analyzing each case, it was shown that, in spite of having signed some treaties and, consequently, being subject to the jurisdiction of the Inter-American Court, Brazil has not honored its commitments. It was concluded that the measures issued by the Court in relation to Brazilian prisons effect the protection of the human rights on the part of the Interamerican System as well as increase the influence of the Court exerted on an effective protection of these rights within the borders of a nation.

KEYWORDS: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS; BRAZILIAN PRISONS; PROVISIONAL MEASURES.

INTRODUÇÃO

Num cenário de constante violência e desrespeito à figura do ser humano, notadamente em meados do século XX, surge dentre os mecanismos de promoção e proteção dos direitos do homem, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Juntamente à Comissão de Direitos Humanos, a Corte tem por finalidade precípua a interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos.

Estes instrumentos de proteção serão objeto de estudo deste artigo, onde serão analisados casos concretos de medidas provisórias emitidas pela Corte em relação ao Brasil no que tange a violação de Direitos Humanos de indivíduos detidos.

André de Carvalho Ramos em 2001 já dizia em sua obra Direitos Humanos em Juízo que "a detenção arbitrária e os maus-tratos carcerários são questões da infeliz atualidade no Brasil" e que "há muito a jurisprudência brasileira considera o Estado *responsável* pela sorte de seus detentos, quer pela ação de seus agentes ou quer pela omissão dos mesmos".

Neste sentido o presente trabalho, inicialmente, apresenta uma breve introdução da posição da Corte perante o sistema regional de proteção dos direitos humanos, ocasião em

que será explanado sobre a Convenção Interamericana de Direitos Humanos; a Comissão Interamericana e, especialmente, sobre a Corte Interamericana.

Após, destacaremos três casos em trâmite na Corte Interamericana sobre presídios brasileiros, em que todos eles foram alvos de medidas provisórias emitidas pela Corte em desfavor do Estado brasileiro em razão das graves violações de direitos humanos ocorridas nas referidas penitenciárias.

1 A ESTRUTURA NORMATIVA DO SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS – O SISTEMA INTERAMERICANO.

Os sistemas regionais de proteção dos Direitos Humanos foram criados com intuito de internacionalizar os direitos humanos mesmo com as diferenças culturais e econômicas de cada Estado. Hoje existem três sistemas: o Europeu; o Africano e o Interamericano. Este último, em especial será objeto de análise neste estudo.

Cada sistema regional de proteção dos direitos humanos possui uma normativa própria. O sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos. Esta Convenção, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, na primeira parte, que compreende entre os artigos 1º e 32, estabelece um rol de direitos e deveres bem próximo daquele contido na Declaração Universal de 1948 e nos Pactos Internacionais de Direitos Civis e políticos e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Esses direitos condicionam cada Estado-parte a, obrigatoriamente, respeitar e assegurar o livre e pleno exercício de direitos e liberdades, sem qualquer discriminação, sendo ainda função do Estado adotar as medidas legislativas e de outra natureza necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

Neste ponto, insta salientar a obrigação positiva e negativa do Estado para com o indivíduo. De um lado há a obrigação do Estado não violar direitos individuais; por exemplo, há o dever de não torturar um indivíduo ou não privá-lo de um julgamento justo. Mas a obrigação do Estado vai além desse dever negativo e pode requerer a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis, em determinadas circunstâncias, para assegurar o pleno exercício dos direitos garantidos pela Convenção Americana, como por

exemplo, aquelas previstas no artigo 5º da Convenção, que visam a prestação positiva do Governo no sentido de separar os presos processados dos presos condenados, e separar os menores dos adultos.

Na segunda parte da Convenção (artigo 33 à 73) são estabelecidos os mecanismos de proteção a serem utilizados, como um aparato de monitoramento e implementação dos direitos que enuncia, e em seu artigo 33º estabelece como órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-Partes na referida Convenção a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1.1 A Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Convenção estabelece que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverá ser composta por sete membros, que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos, Comissão esta que deverá ser representada por todos os Membros da Organização dos Estados Americanos.

Institui o artigo 41 da Convenção que:

> A Comissão tem a **função principal** de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:
> a) Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
> b) Formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
> c) Preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
> d) Solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
> e) Atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;
> f) Atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44º a 51º desta Convenção; e
> g) Apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos. (grifo nosso)

Destaca-se ainda que "os Estados-Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção"[1].

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte. No entanto há alguns critérios de admissibilidade que deverão ser observados, quais sejam:

a) Que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;[2]
b) Que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;
c) Que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e
d) Que a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Exercido o juízo de admissibilidade, a Comissão fará minucioso estudo da questão. Realizado o exame, buscar-se-á uma solução amistosa entre as partes que, em alcançada, dará vazão à feitura de um informe, com relato dos fatos e do acordo obtido, distribuído ao peticionário e às partes da Convenção, bem como publicizado. Não havendo solução amistosa, a Comissão apresenta um informe com proposições e recomendações que, não atendidas e não submetido o assunto à Corte Interamericana, autoriza a Comissão a emitir sua própria conclusão, fixando um prazo para a remediação do problema. Transcorrido esse prazo, avalia-se a situação e a pertinência de publicar o informe no seu relatório anual de atividade.

Por fim, considerando que determinado Estado não cumpriu recomendações do informe adotado, depois de todo um período de investigação, tentativas malogradas de solução pacífica e harmoniosa da violação e baixa de recomendações, salvo decisão fundada contrária da maioria absoluta dos seus membros, a Comissão deve submeter o caso

[1] Artigo 43 da Convenção Americana de Direitos Humanos.
[2] Aqui estamos diante de uma regra de Direito Internacional em virtude da qual se deve dar ao Estado a oportunidade de reparar um suposto dano no âmbito do seu próprio ordenamento jurídico interno, antes que se possa invocar sua responsabilidade internacional.

à Corte Interamericana de Direitos Humanos, fornecido com antecedência o informe respectivo ao governo questionado, desde que haja, por este, aceitação específica da jurisdição da Corte.

Ainda que a vítima desista do recurso à Corte, o processo segue sua tramitação regular, porquanto a função jurisdicional é irrenunciável, provida que é em caráter oficial.

Ao lado da Comissão, podem os Estados pactuantes levar à apreciação da Corte fato ilícito imputável a outro Estado, desde que este reconheça tal competência ao ente judiciário, no entanto, dada a cultura americana da não-intervenção, o receio de politização das demandas, ou mesmo da possibilidade de retaliação e a própria formação histórica dos Estados nacionais neste hemisfério, nenhum Estado-membro da OEA lançou mão dessa faculdade até este momento.

A idéia, porém, não é de promover um clima de permanente tensão e pavor de comunicações interestatais, mas de supervisão recíproca, mútua, de atitudes e condutas internacionalmente respaldadas, porque não constitui faculdade ou liberalidade dos Estados o atendimento às obrigações para com a pessoa humana.

É interessante ressaltar que, visando à observância e proteção dos direitos humanos, a Comissão emite recomendações aos governos, desenvolve estudos e publica relatórios, solicita informações sobre a efetiva aplicação da Convenção e apresenta relatório anual das atividades à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, além de examinar denúncias de violação à Convenção, para tanto promovendo observações in situ.

Enfim, o relevante e influente papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mormente como instância de prévia instrução dos casos submetidos à Corte Interamericana e de solução amistosa de casos, é de extrema importância para a proteção dos Direitos Humanos na América.

1.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o órgão jurisdicional da Convenção, e estabelece sua organização de acordo com o artigo 52 a qual será através da composição por sete juízes, nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de

direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos, não devendo haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Preliminarmente ao estudo da Corte é importante ressaltar que qualquer questão só poderá ser submetida à Corte se o Estado-parte reconhecer, mediante declaração expressa e específica a competência da Corte no tocante à interpretação e aplicação da Convenção.

O Brasil ratificou a Convenção em 25 de setembro de 1992, e o Protocolo adicional à Convenção em matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais em 21 de agosto de 1996, mas demorou até 1998 para aceitar a jurisdição da Corte, fazendo-o por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998, com reserva temporal[3], uma vez que estabeleceu que somente seriam objeto de exame os casos conhecidos a partir da data da ratificação.

De acordo com o estatuto, a Corte zela pela aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e para isso possui duas atribuições essenciais. A primeira de natureza consultiva é relativa à interpretação das disposições da Convenção, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos, e a segunda, de caráter jurisdicional, é referente à solução de controvérsias que se apresentem sobre a interpretação ou aplicação da própria Convenção.

No plano consultivo, qualquer membro da OEA – parte ou não da convenção – pode solicitar parecer da Corte relativo à interpretação da Convenção ou de qualquer outro tratado relativo à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, podendo a Corte ainda opinar sobre a compatibilidade de preceitos da legislação doméstica em face dos instrumentos internacionais. Nesta seara não há partes (demandante-demandado), e sim, interessados nos esclarecimentos acerca de matéria concreta, de natureza prática, nem se confere espaço para acusações ou cominação de sanções.

Ainda sobre a natureza consultiva verifica-se o envolvimento da Corte na emissão de medidas provisórias nas situações de gravidade e urgência na proteção de direitos humanos violados. Nos termos do artigo 62 item 2 da Convenção Americana, "em casos de

[3] Quanto a esta reserva temporal o entendimento doutrinário se posiciona no sentido de que o Estado brasileiro estabeleceu esta cláusula a fim de evitar o julgamento das ações estatais ocorridas durante o regime militar.

extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes". Nota-se que a Convenção é o único tratado internacional de direitos humanos a dispor sobre medidas preliminares ou provisórias judicialmente aplicáveis[4].

Não se investiga acerca da substância ou suficiência das provas para se decretar uma medida provisória: procuram-se evidências que, de plano, prenunciem e autorizem a intervenção diante de uma situação-limite, de extrema gravidade e indubitável urgência, a reclamar medida que evite o perecimento de vidas, o esfacelamento de direitos, a incursão em danos irreparáveis.

Merece lembrar que a Comissão Interamericana goza da faculdade de provocar a Corte para o deferimento de uma medida provisória, hipótese em que produzirá evidências da verossimilhança das alegações e fatos deduzidos de forma preliminar.

É de se enfatizar no atinente à competência e legitimidade de qualquer Estado de obter Opiniões Consultivas, porque, embora destituídas de força vinculante, elas evitam que os Estados adotem posições diferentes daquela sustentada pela Corte Interamericana.

No plano contencioso, como já dito a competência da Corte para o julgamento de casos é limitado aos Estados-partes da Convenção que reconheçam tal jurisdição expressamente. Nos processos contenciosos, busca-se a verdade real, dos fatos denunciados, a interpretação das normas conforme os instrumentos regionais de proteção aos direitos humanos e a certeza sobre a ocorrência ou não de violação às normas da Convenção Americana pelo Estado-membro.

Todos os custos processuais, tais como a oitiva de testemunhas e a produção de provas, são arcados pelas partes, o que de certa forma termina por reduzir a participação de pessoas e grupos de pessoas sem apoio técnico ou autonomia financeira.

Diferentemente das opiniões consultivas, as decisões da Corte têm força vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento, e em caso de fixação de compensação à vitima, a decisão valerá como título executivo relativo à execução de

[4] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 4ª edição, rev, amp. e atual. 2000. p. 227.

sentenças desfavoráveis ao Estado uma vez que a Corte não impõe penas ou sanções às pessoas achadas culpadas de violações a direitos humanos, por não julgar pessoas, mas ações imputáveis aos Estados-partes.

Além de ser definitiva e inapelável[5], conforme estabelece o Artigo 66º, a sentença da Corte deve ser fundamentada. Merece maior importância ainda o Artigo 68º que dispõe que "Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes".

Suas decisões abrangem o gozo de direitos ou liberdades violados e a reparação integral das conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos. Quanto à reparação pecuniária, esta pode ser objeto de conciliação entre as partes, incumbindo à Corte homologar seus efeitos, ou pode ser fixada na própria sentença que reconhece a responsabilidade internacional do Estado por violação de direito protegido.

Por disposição do Artigo 65 da Convenção Americana, na hipótese de não cumprimento espontâneo das decisões da Corte pelo Estado, possibilita-se à Corte Interamericana a inclusão desses casos no relatório anual submetido à Assembléia Geral da OEA, que, agindo como instância intergovernamental, política, pode pressionar o Estado descumpridor.

Entretanto, referida medida não é suficiente para garantir a efetividade das decisões, principalmente por inexistir previsão de sanção ao Estado violador, contudo, até o presente não foram detectados casos de recusa sistemática e contundente de cumprimento de decisões da Corte, também em virtude do baixo número de decisões prolatadas.

2 O BRASIL PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Desde 1992 o Brasil é parte na Convenção Americana, inclusive quanto a suas cláusulas facultativas, como a do artigo 62, sobre a aceitação pelos Estados Partes da competência contenciosa da Corte. Dessa forma, o Brasil se junta aos demais Estados Partes na Convenção que já assumiram esse compromisso, e por meio desta iniciativa,

[5] Em situações excepcionais, porém, a Corte Interamericana admite a possibilidade de uso do recurso de revisão contra sentenças definitivas para evitar que a coisa julgada cristalize uma injustiça.

finalmente reconhece que não é razoável aceitar tão somente as normas substantivas dos tratados de direitos humanos, fazendo abstração dos mecanismos processuais para a vindicação e salvaguarda de tais direitos.

Tal aceitação constitui, com efeito, uma garantia adicional pelo Brasil, a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, da proteção de seus direitos, pois quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los, há meios e mecanismos internacionais a serem invocados.

Neste momento referenciaremos alguns casos ocorridos no âmbito brasileiro que está havendo intervenção da Corte Interamericana através de medidas provisórias, especificamente sobre situações de violação de direitos humanos ocorridas em presídios brasileiros, a fim de melhor compreender como tem se dado a intervenção desse sistema interamericano no Estado brasileiro.

Nessa matéria há três casos que tramitam na Corte Interamericana contra o Brasil, compreendendo o relativo à torturas, maus-tratos e execuções de presos acontecidas nas dependências da Penitenciária Urso Branco em Rondônia; a resolução sobre medidas provisórias emitidas pela Corte determinando ao Estado brasileiro que adote medidas necessárias à proteção da vida e da integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes residentes no Complexo do Tatuapé da FEBEM em São Paulo, que por força da série de motins, alegações de tortura, lesões corporais e mortes ocorridas naquela unidade da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, e o referente à solicitação de medidas provisórias apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que diz respeito ao caso das pessoas privadas de liberdade na penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" em Araraquara, São Paulo.

2.1 Caso Urso Branco[6]

O caso retrata a realidade do sistema penitenciário brasileiro e se referia inicialmente aos assassinatos brutais de 37 detentos, no período de janeiro a junho de 2002, por outros detentos da instituição e às ameaças sofridas até os dias atuais por outros presos.

[6] Disponível na integra no site www.corteidh.or.cr

Em junho de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos um pedido de medidas provisórias em face do Estado brasileiro, em favor de um grupo de detentos do Presídio Urso Branco, no Estado de Rondônia. O pedido foi deferido pela Corte, que ordenou a adoção das medidas, determinando que o Estado brasileiro garantisse a devida proteção da vida dos detentos do Presídio Urso Branco[7].

Em 16 de julho de 2004 os peticionários das medidas informaram à Corte que em 14 de julho de 2004 foi morto o detento Charles Borges Cardoso na Penitenciária Urso Branco devido a um tiro desferido por um policial militar quando, aparentemente, estava controlando uma briga entre detentos. Do mesmo modo, indicaram que "atualmente o presídio Urso Branco encontra-se dominado e sob controle dos internos".

O Brasil remeteu o relatório sobre o cumprimento destas medidas, em resposta ao requerido pelo Tribunal e indicou, em resumo, que quanto as medidas de proteção, a Superintendência de Assuntos Penitenciários do Estado de Rondônia deslocaria uma equipe à penitenciária que deveria permanecer dentro da unidade prisional durante os próximos sessenta dias. Também referiu-se a medidas para reduzir a superlotação penitenciária e definir o regime jurídico dos presos. Até o início de agosto de 2004 seriam lotados 50 agentes penitenciários, e quanto às medidas para ajustar as condições da penitenciária às normas internacionais de proteção, seria discutido o projeto de reforma da penitenciária com o fim de estabelecer o controle prévio dos atos administrativos relativos à execução da obra de reforma. Ao final lamentou profundamente a morte do detento Charles Borges Cardoso ocorrida em 14 de julho de 2004 e ordenou-se a instauração de um inquérito policial militar pela referida morte contra um sargento da Polícia Militar.

Em 25 de agosto de 2004 os peticionários da medida remeteram suas observações ao relatório estatal e indicaram que a última vistoria de armas na penitenciária ocorreu há mais de um mês, e que a segurança na Penitenciária encontra-se a cargo de 30 policiais

[7] A referida Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos requereu à República Federativa do Brasil, em síntese, que: Adotasse todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas detidas na Casa de Detenção José Mario Alves -conhecida como "Penitenciária Urso Branco"; Investigasse os acontecimentos que motivaram a adoção destas medidas provisórias; informasse à Corte sobre as medidas dotadas; e que apresentasse listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram detidas na penitenciária; e Igualmente solicitou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que apresentasse suas observações a ditos relatórios.

militares e de 8 agentes penitenciários. Ao contrário do informado pelo Estado, não houve a contratação de novos agentes penitenciários, e quanto à separação dos presos condenados dos presos não condenados, na ata da reunião da Comissão Especial de 10 de agosto de 2004 consta que o Diretor da Penitenciária Urso Branco indicou que *poder-se-ia* realizar uma separação dos presos condenados dos não condenados.

Em 23 de agosto de 2004 a Comissão Interamericana remeteu suas observações e assinalou que o Estado está descumprindo sua obrigação de prevenir os ataques contra a vida e a integridade pessoal dos presos pois não adotou as medidas de segurança necessárias para evitar homicídios na penitenciária, e tais obrigações não podem ser implementadas de forma progressiva, e sim através de ações imediatas, em vista da recorrência de atos de violência e o agravamento gradual da situação. Ressaltou ainda que o relatório estatal não dá conta de alguma ação específica empreendida a nível interno com o propósito de adequar as condições da penitenciária às normas internacionais de proteção. As instalações da penitenciária "continuam desrespeitando as condições mínimas de segurança, de espaço e sanitárias exigíveis de acordo com os padrões internacionais sobre à matéria".

Em 07 de outubro de 2004 o Brasil remeteu o oitavo relatório; em 12 de janeiro de 2005 o nono relatório e em 30 de maio de 2005 o décimo relatório sobre o cumprimento das medidas provisórias. Todos os três relatórios acima mencionados foram analisados e criticados pelos peticionários e pela Comissão Interamericana de direitos humanos, que por inúmeras vezes constatou o total descumprimento das medidas provisórias.

O último pronunciamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre este caso foi em *21 de setembro de 2005* e destacou que "descumprimento do dever estatal de informar o Tribunal sobre a totalidade das medidas provisórias adotadas em cumprimento de suas decisões é especialmente grave, dada a natureza jurídica destas medidas que buscam a prevenção de prejuízos irreparáveis a pessoas em situação de extrema gravidade e urgência" e que "o Tribunal considera necessário que ao remeter seu décimo primeiro relatório, cujo prazo de apresentação já venceu, o Brasil se refira às medidas que está adotando para que não se produzam privações de vida nem atos que atentem contra a integridade dos beneficiários destas medidas".

Destacou ainda que o Tribunal tem percebido com preocupação que durante a vigência destas medidas provisórias têm morrido mais pessoas na Penitenciária Urso Branco, que têm acontecido situações de grave risco para a integridade pessoal dos detentos, e diante da gravidade da situação que impera na Penitenciária Urso Branco a Corte considera necessário reiterar ao Estado que adote de forma imediata todas as medidas necessárias para assegurar que os direitos à vida e à integridade física sejam preservados, independentemente de quaisquer outras medidas que se adotem paulatinamente em matéria de política penitenciária, assim como de todas as pessoas detidas em dita penitenciária e de todos os que ingressam na mesma, entre eles os visitantes e os agentes de segurança que prestam seus serviços nela.

E, diante do exposto, a Corte emitiu novas medidas provisórias, semelhantes às primeiras, uma vez que as mesmas não foram devidamente cumpridas, mesmo tendo se passado aproximadamente três anos desde a emissão da primeira medida provisória. Até março de 2007 não havia notícias no site da Corte Interamericana sobre envio de relatórios ou cumprimento de medidas provisórias.

2.2 O caso de Tatuapé[8]

No dia 17 de novembro de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos mediante resolução solicitou ao Estado do Brasil que adotasse de forma imediata as medidas que forem necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes residentes no "Complexo do Tatuapé" da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo (FEBEM), como também de todas aquelas pessoas que se encontrem no seu interior.

Em 30 de novembro de 2005, foi emitida nova resolução reiterando a medida anterior, requerendo em síntese que o Estado impedisse que os jovem fossem submetidos a tratos cruéis, desumanos ou degradantes dentre eles isolamento prolongado e espancamentos, além de promover medidas necessárias para confiscar as armas que estão nas mãos dos jovens, separar aos internos, de acordo aos padrões internacionais sobre a

[8] Disponível na íntegra no site www.corteidh.or.cr

matéria e considerando o interesse superior da criança, prestar a atenção médica necessária às crianças internas, de forma que se garanta o direito à integridade pessoal.

Solicitou ainda que Estado remetesse à Corte uma lista atualizada de todos os jovens residentes no "Complexo do Tatuapé" e indique com precisão: a) dados relativos à identidade do menor; b) o dia e a hora do ingresso, a remoção e, c) se os adolescentes processados e aqueles cuja situação legal tenha sido resolvida pelo Poder Judiciário estejam situados fisicamente em diferentes pavilhões do centro, e que a cada dois meses fosse informando à Corte sobre as medidas adotadas para o cumprimento das medidas provisórias.

O primeiro informe do Estado foi encaminho à Corte em 6 de janeiro de 2006, o segundo informe do Estado foi em 5 de abril de 2006, e o terceiro em 19 de maio de 2006. O último relatório dizia que:

> a) o "Complexo do Tatuapé" aloja atualmente a 1.190 adolescentes (dados atualizados do dia 2 de maio de 2006) tendo capacidade para alojar a 1.256; portanto, não existe superpopulação. O Complexo vem sendo paulatinamente desocupado; b) procedeu-se a contratar cinco novos médicos psiquiatras e a abrir uma convocatória para cinco novos médicos gerais; c) dos 1.190 internos, 1.134 estão matriculados e freqüentando as aulas do ensino fundamental e médio; d) o Estado continua trabalhando na desarticulação do "Complexo do Tatuapé". Existem vinte e duas unidades em construção; e) houve uma sensível diminuição nas ocorrências de rebeliões, fugas e tumultos no Complexo, o que possibilitou resguardar a integridade física dos jovens; f) FEBEM continua adotando diversas medidas para reforçar a segurança no Complexo. Nos meses de março e abril foram realizadas numerosas revisões nas unidades. O Complexo possui hoje em dia um total de 231 agentes de segurança devidamente capacitados para controlar a segurança no seu interior, o que tem servido para confiscar as armas que eventualmente se encontrem em poder dos adolescentes; g) como resultados das atividades pedagógicas e de disciplina na FEBEM, foram retirados do internamento 289 adolescentes. FEBEM continua implementando o Plano Estadual de Atenção Sócio-educativa e outras atividades pedagógicas no Complexo; h) FEBEM aplica o Regulamento Interno com a finalidade de manter o controle disciplinar. Dispõe, igualmente, de uma Corregedoria Permanente para a investigação da atuação dos seus funcionários e quando existem indícios de irregularidades, estes são afastados de suas funções, e i) quanto à Unidade Experimental de Saúde para atenção dos adolescentes com distúrbios de comportamento, espera-se que sua construção esteja concluída para o mês de agosto de 2006.

O escrito de observações dos representantes de 20 de fevereiro de 2006 e seus anexos, expuseram a informação obtida durante quatro visitas ao "Complexo do Tatuapé" realizadas entre os dias 27 de dezembro de 2005 e 31 de janeiro de 2006. No referido

escrito, os representantes manifestaram que as poucas medidas de fato implementadas pelo Estado têm caráter a longo prazo, fugindo do alcance da implementação das medidas provisórias ordenadas pela Corte, e que no dia 27 de janeiro de 2006, o jovem Roni César Mustafá de Souza, de dezesseis anos de idade, morreu ao ser severamente ferido por outros companheiros. A atuação dos agentes de segurança tanto do grupo de apoio, como do Grupo de Intervenções Rápidas, são muitas vezes denunciadas pelos jovens como ações continuas de violência.

No dia 5 de abril de 2006 os representantes informaram sobre um motim que ocorreu em 4 de abril de 2006 no qual "pelo menos 32 pessoas" resultaram feridas, e os representantes encaminharam a segunda observação ao relatório estatal em 10 de maio de 2006, sem apontar pontos positivos de cumprimento das medidas provisórias pelo Brasil.

De igual forma a Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu suas observações em 6 de março de 2006 e em 26 de maio de 2006 relatando a permanência de situações de violações de direitos humanos aos menores do "Complexo de Tatuapé". Situações que foram relatadas por vezes após a visita no local.

Em virtude dos acontecimentos Corte Interamericana de Direitos Humanos resolveu no dia 04 de julho de 2006 emitir nova resolução reiterando as medidas provisórias anteriores, no sentido de que Estado que mantenha e adote de forma imediata as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as crianças e adolescentes residentes no "Complexo do Tatuapé" da FEBEM, assim como a de todas as pessoas que se encontrem no seu interior, devendo continuar a adoção de todas as medidas necessárias para prevenir episódios de violência, bem como para garantir a segurança dos internos e manter a ordem e a disciplina no centro mencionado. Até março de 2007 não haviam atualizações no site da Corte Interamericana sobre remessa de novos relatórios, ou cumprimento das medidas provisórias já determinadas ao Estado brasileiro.

2.3 O caso de Araraquara[9]

A penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara - São Paulo foi palco, em junho de 2006, de um motim que destruiu as instalações, e após o termino da rebelião,

[9] Disponível na íntegra no site www.corteidh.or.cr

os cerca de 1.500 presos foram colocados em um pátio a céu aberto, sem higiene, cuidados médicos e alimentação, e as portas do presídio foram soldadas para evitar fugas.

Diante da situação de visível violação de Direitos Humanos, um grupo de ONG's, ingressou com pedido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que esta ingressasse perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pedindo providências em relação a integridade física dos presos na penitenciária de Araraquara.

A Comissão atendeu ao pedido e, alegando falta de segurança, falta de condições sanitária, física (superlotação) e médica solicitou que ao órgão jurisdicional que adotasse medidas com urgência para assegurar a vida e integridade dos presos. Assim, em 28 de junho, a Corte Interamericana ordenou que o Estado brasileiro adotasse medidas para proteger a vida e todos os presos na penitenciária de Araraquara e permitisse atendimento médico e alimentar aos detentos. Solicitou a redução no número de presos na unidade e a separação destes por categoria. Por fim, requereu a lista do nome dos detentos e a investigação dos responsáveis pela situação imposta na penitenciária.

O órgão judicial da OEA (Organização dos Estados Americanos) convocou para 28 de setembro uma audiência com a presença das ONG's e da Comissão Interamericana para discutir a evolução do caso, ocasião em que o Estado se defendeu alegando que o presídio, antes do motim, era seguro e não havia superlotação, afirmando que apesar da gravidade dos fatos, não houve morte e que as portas do presídio foram soldadas para evitar fugas, já que as chaves tinham sumido. Alegou também que todos os detentos da penitenciária foram transferidos para outras unidades e que foi aberta sindicância para apurar as responsabilidades.

A Comissão, por sua vez, alegou que os presos foram transferidos para unidades já em situação de superlotação e que sofreram represarias e agressões durante o translado. A instituição solicitou também que sejam apuradas as responsabilidades, não somente em relação ao motim, mas as agressões e disparos de balas de borracha aos detentos. A Comissão afirmou ainda que a simples transferência não soluciona a questão e solicita que o Estado demonstre que os presos estão submetidos a condições dignas de detenção.

A Corte Interamericana reiterou a determinação de que o Estado brasileiro respeite a vida e integridade física das pessoas que se encontravam detidas no presídio de Araraquara,

e ordenou que o país informe a situação dos detentos e investigue os fatos ocorridos no presídio. O Estado deve também informar sobre a adoção das medidas impostas.

O brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, manifestou em seu voto[10], no caso da Resolução sobre Medidas Provisórias de Proteção no caso da Penitenciária de Araraquara versus Brasil, a necessidade de se proteger os direitos humanos determinados pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Para ele, a Corte Interamericana tem advertido que "toda a pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detenção compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhe o direito a vida e a integridade pessoal".

E em 30 de setembro de 2006 a Corte, reafirmou as medidas provisórias apresentadas em 28 de junho em favor das pessoas privadas de liberdade na penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" em Araraquara, São Paulo, Brasil no sentido de requerer ao Estado que mantenha as medidas que tenha adotado e que adote, de forma imediata, todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e a integridade das pessoas a favor das quais, em 28 de julho de 2006, ordenou-se a adoção de medidas de proteção, quando estavam reclusas na Penitenciária de Araraquara.

Requereu ao Estado ainda a promoção de condições de detenção compatíveis com uma vida digna nos centros penitenciários em que se encontram os beneficiários das presentes medidas, e que informe, de maneira imediata e oficial, aos familiares das pessoas privadas de liberdade beneficiárias das presentes medidas sobre suas transferências nos correspondentes centros penitenciários. Além do dever de investigar os fatos que motivam a adoção das medidas provisórias, identifique os responsáveis e, se for o caso, imponha-lhes as sanções correspondentes, e ao final informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas provisórias que tenha adotado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de toda a trajetória histórica de luta e afirmação dos direitos humanos, pode-se concluir que os desdobramentos da atividade de proteção a direitos humanos alcançam, além das previsões normativas e controle judicial, medidas governamentais a serem

[10] Disponível na íntegra no site www.corteidh.or.cr

efetivadas, de práticas e políticas públicas a serem incentivadas, acompanhadas e fiscalizadas não só pela jurisdição nacional, mas pelas Cortes internacionais de proteção, principalmente em casos de violações graves de direitos humanos em que o Estado se mostre omisso.

A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos contribuem, com seus procedimentos de monitoramento e proteção, para aperfeiçoar a promoção e defesa dos direitos humanos, denunciando sérios abusos e pressionando governos para que cessem com as violações, sob a bandeira da universalidade e da prevalência dos direitos humanos.

Como vimos na primeira parte desta pesquisa as decisões da Corte são de cunho obrigatório, diferentemente das recomendações, que não são obrigatórias, mas têm um peso moral muito forte. Essas últimas, porém, o Brasil, nos casos mencionados na segunda parte deste estudo, lamentavelmente não as tem cumprido, o que não poderia ocorrer sendo o Brasil um Estado signatário da Convenção Americana. Essas medidas provisórias baixadas em situações de graves violações a direitos protegidos pelo Pacto de São José da Costa Rica e por outros instrumentos convencionais, assim como, a jurisprudência, totalmente voltada para a efetiva vigência e respeito pelos direitos humanos, e as opiniões consultivas são exemplos materiais contundentes da relevância do papel deste Tribunal no despertar e desenvolver de uma cultura política e jurídica de observância dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global.* São Paulo: Perspectiva, 2ª ed. rev. e ampl., 2003.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7ª edição, rev. atual e ampl. 1997.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição (da) República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal. 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 3ª ed. rev. e ampl., 2004.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GUERRA, Sidney (org.). *Temas emergentes de Direitos Humanos*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 4ª edição, rev, amp. e atual. 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

www.corteidh.or.cr

A FEDERAÇÃO BRASILEIRA E A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NO ATUAL PARLAMENTO DO MERCOSUL

Thalita Lopes Motta[*]

Maria da Fé Bezerra da Costa[**]

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 instituiu uma organização político-administrativa expressivamente inovadora no contexto dos Estados contemporâneos, ao posicionar os Municípios como entes federativos. Apesar de conferir a eles uma inegável autonomia em diversas esferas, o modelo proposto é díspar do adotado pelos Estados Unidos da América, o qual se tentou reproduzir. Dessa forma, o Brasil estruturou um federalismo assimétrico, pois os Municípios ainda dependem sobretudo dos repasses financeiros da União e dos Estados-Membros para manter as suas receitas. O Congresso Nacional também não possui uma composição de forma a contemplar o federalismo em três níveis, pois se compõe da Câmara dos Deputados, a qual representa a nação, e do Senado, com 3 assentos para cada Estado-Membro. Não contemplou, como se vê, uma representação da ordem municipal.

O Parlamento do Mercosul, cuja sessão inaugural ocorreu nos últimos dias 7 e 8 de maio, será a principal entidade de representação da sociedade civil no bloco. A atual formação do órgão provém da antiga composição brasileira da Comissão Parlamentar Conjunta, ou seja, deputados federais e senadores da República. A falha na estruturação do federalismo brasileiro agora se repercutiu em nível internacional, conforme pode analisar-se.

O presente trabalho visa, através da análise dos principais documentos jurídicos referentes ao Brasil e ao Mercosul, mostrar a representação da federação brasileira no Parlamento do referido bloco econômico.

PALAVRAS-CHAVE: MUNICÍPIOS; FEDERAÇÃO; MERCOSUL.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 established a meaningfully innovative political-administrative arrangement in the context of the contemporary States, when positioning the Municipal Districts as federal beings. Despite conferring on them an undeniable autonomy in various fields, the considered model is different from the one adopted by

[*] Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

[**] Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA); Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

the United States of America, which the Brazilian Constitution tried to reproduce. In this manner, Brazil structured an asymmetrical federalism, since the municipal districts depend, above all, on the financial transfers from the Union and the State Members to sustain its incomes. The National Congress does not possess a composition in a way that contemplates the federalism in three levels either, since it's composed by the House of Representatives, which represents the nation, and by the Senate, with three seats for each State Member. It did not contemplate, as it is seen, a representation of a municipal level.
The Mercosul Parliament, whose opening session occurred on May 7th and 8th, will be the civilian society's principal entity of representation in the economic block. The agency's present formation comes from the Parliamentary Committee's former composition, that is, federal representatives and Republic senators. The failure in the structure of the Brazilian federalism has now reverberated internationally, as it can be analyzed.
The present work aims, throughout the analysis of the principal juridical documents referring to Brazil and Mercosul, at displaying the representation of the Brazilian federation in the reported economic block's Parliament.

KEYWORDS: MUNICIPAL DISTRICTS; FEDERATION; MERCOSUL.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil se estruturou de forma inovadora e pioneira em sua organização político-administrativa. A federação brasileira passou a se constituir da União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 18 da atual Carta Magna.

O Município, agora elevado à condição de ente federativo, consagrou, no entendimento do ilustre constitucionalista Paulo Bonavides, a federação tripartite.[1] Trata-se de uma estruturação ímpar entre os Estados contemporâneos devidamente reconhecidos como sujeitos de Direito Internacional Público. [2] Mesmo decorridos 18 anos da promulgação da atual Constituição Federal, os publicistas ainda discutem os reflexos desse novo arranjo no plano interno, pois persistem determinados pontos

[1] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: 2004, p. 314.
[2] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público.* 14. ed. Rio de Janeiro: 2002, Renovar, p. 56.

obscuros quanto à regulamentação de determinadas áreas de atuação em nível municipal, mesmo com a exaustiva previsão de competências no seio da Lei Maior.

O presente trabalho visa, através da análise da legislação pertinente e da leitura da doutrina especializada, estudar a situação jurídica dos municípios brasileiros sob o aspecto do Direito Internacional Público, enfatizando o Mercado Comum do Sul, ou simplesmente Mercosul. Pretende, desse modo, identificar os acertos e as falhas do federalismo em três níveis adotado pelo Brasil, levando em consideração a integração em nível global, a qual se propõe para fomentar as economias dos países do Cone Sul.

Em um primeiro momento, analisar-se-á a evolução histórica do federalismo brasileiro até atingir os moldes atuais, seguindo à menção dos principais caracteres relativos à União, Estados-Membros e o Distrito Federal. Após essas breves considerações, entram em questão especificamente os municípios brasileiros enquanto entes federativos, delineando-se a capacidade de auto-organização, autogoverno e auto-administração. Por fim, inclui-se na discussão o Mercosul, elucidando os principais reflexos dessa estruturação na institucionalização do novo órgão integrante da estrutura institucional do bloco, o Parlamento.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FEDERALISMO BRASILEIRO

O federalismo representa a aliança ou união de Estados, baseados em uma Constituição. Os entes são dotados de autonomia política limitada e não possuem, em nenhuma hipótese, soberania, uma vez terem a perdido quando do ingresso na federação.[3]

Um processo histórico permeado de peculiaridades intrínsecas ao contexto político brasileiro conduziu as sucessivas mudanças sofridas pela organização político-administrativa brasileira. A política nacional rompeu com o modelo extremamente centralizador do Estado monárquico a partir da promulgação da Constituição Federal de 1891, corolária da mudança da forma de Estado.

O Brasil aderiu à forma federal, caracterizada eminentemente pela descentralização e formalmente adequada aos objetivos de desenvolvimento territorial

[3] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 11. ed. São Paulo: 1985, Saraiva, p. 227.

de acordo com os múltiplos contextos sócio-culturais de um povo distribuído irregularmente pelo território nacional e culturalmente diversificado.

Com ampla inspiração no modelo norte-americano, o federalismo brasileiro converteu as antigas Províncias em Estados-Membros. Insculpiu o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, para resguardar a unidade nacional e a necessidade descentralizadora. Ademais, conforme se depreende das disposições dos artigos 1º e 2º da Constituição Federal de 1891, o Distrito Federal adquiriu essa nova denominação em detrimento da anterior, qual seja, "Município Neutro". Trata-se de uma reprodução de um contexto dos Estados Unidos da América, cuja Capital Federal está localizada em Washington D.C. (Distrito de Columbia).[4]

Cabe salientar que o Distrito Federal, mesmo com as alterações introduzidas pelo documento supracitado, não era dotada de autonomia, se comparado aos Estados-Membros e à União.

Neste panorama, sucedeu a Constituição Federal de 1934, a qual reiterou o princípio federalista no seu artigo 1º, consubstanciando como entes federativos dos Estados Unidos do Brasil a União, os Estados-Membros e os Territórios, nos mesmos moldes da Carta Magna anterior.

Poucos anos depois, em 1937, promulgou-se uma nova Constituição, na vigência do Estado Novo. Sacramentou novamente o federalismo em seu artigo 3º, ao mencionar expressamente a adoção dessa forma de Estado. Constituíam entes federativos dos Estados Unidos do Brasil a União, os Estados-Membros e os Territórios.

A Constituição Federal de 1964, novamente previu como entes federativos a União, os Estados-Membros e os Territórios, mas, nos mesmos moldes do diploma de 1946, inscreveu as competências dos Municípios, em um capítulo específico, suscitando fervorosas divergências doutrinárias. Em seu artigo 13, sedimentou o autogoverno e autonormatização municipal, ao passo que no artigo 16 assegurou a capacidade de auto-administração nesse plano. A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 repetiu, *ipsi literi*, esse modelo.

3. O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

[4] CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs.* Rio de Janeiro: 2005, Forense, p. 21.

A atual Carta Magna conferiu dimensão significativamente díspar das anteriores, no que tange à organização político-administrativa, à República Federativa do Brasil, conforme os mandamentos dos artigos 1º e 18 do referido diploma. Excluiu da categoria de entes federativos os Territórios, agora integrantes da União, e inseriu os Municípios nesse nível, em uma iniciativa totalmente inovadora da Assembléia Nacional Constituinte convocada para elaborar a nova Constituição.

Os Territórios Federais, atualmente inexistentes, perderam os resquícios de autonomia que lhes cabiam nas Constituições anteriores, sujeitando-se à tutela administrativa da União.

O Distrito Federal, definido como Capital Federal pelas Constituições anteriores, elevou-se a ente federativo, pois engloba Brasília, atual sede. É vedado dividi-lo em municípios (art. 32, *caput,* CF).

A União, enquanto entidade federativa, goza de autonomia em relação aos demais entes e detém a atribuição primordial de exercer as prerrogativas inerentes à soberania do Estado brasileiro. Saliente-se que o vocábulo não corresponde ao Estado federal, pois este último possui a configuração de sujeito de Direito Internacional Público e contempla a organização político-administrativa do país em sua totalidade.

Cabe à União, entre outras, a atribuição de agir em nome próprio, ou por toda a federação brasileira, nas suas relações internacionais. De acordo com a classificação do professor José Cretella Neto, o termo constitui vocábulo de diversas semânticas, configuradas nas seguintes dimensões: pessoa jurídica pública política de existência necessária a qual detém as prerrogativas de legislar, julgar e administrar; sujeito de direito (art. 107, EC nº 1, de 1969); o Brasil como um todo, a Nação Brasileira, como na expressão inscrita em Constituições anteriores a qual designa o Distrito Federal como capital da União, abordagem esta não recepcionada pela Carta Magna de 1988. [5]

No modelo político-administrativo brasileiro, os Estados são segmentos constituintes do território da República Federativa do Brasil, unidos indissoluvelmente a essa última. Como já mencionado, detêm autonomia, mas não soberania, mesmo com a crescente relativização desse termo no plano internacional. Em síntese, o vocábulo pode corresponder: à síntese dos poderes soberanos; a um sujeito de direito que pode figurar

[5] CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs.* Rio de Janeiro: 2005, Forense, p. 21.

ativa ou passivamente em relações processuais; a uma parte integrante da federação; à pessoa política apta a legislar, administrar e julgar.

O Distrito Federal, inserido na Carta Magna vigente como ente federativo, possui natureza jurídica divergente na doutrina. A maioria dos publicistas defende-o como uma autarquia territorial ou geográfica, em razão de sua subordinação à tutela da União em determinados aspectos, como na organização administrativa e judiciária disposta em lei federal. As competências que lhe são reservadas são similares às dos Estados e Municípios.

Os Estados-Membros são dotados de capacidade de auto-organização, ou seja, é competente para edição de Constituições Estaduais inerentes ao seu território, através do Poder Constituinte Derivado-Decorrente, sempre em observância aos princípios constitucionais sensíveis, princípios federais extensíveis e princípios constitucionais estabelecidos. [6]

A autonomia dos Estados-Membros também se expressa no poder de autogoverno conferido a eles pelos artigos 27, 28 e 125, da Constituição Federal de 1988. Caracteriza-se essa prerrogativa pela escolha direta, pelo próprio povo do ente em questão, de seus representantes no Executivo e Legislativo locais, sem qualquer vínculo de subordinação ou tutela da União.

No plano da auto-administração, o Estado-Membro detém competências administrativas, legislativas e tributárias delimitadas de acordo com os ditames constitucionais. Sedimenta-se, desse modo, a tríplice capacidade garantidora da autonomia dos entes federados.

4. OS MUNICÍPIOS

Sob a égide da nova Carta Constitucional promulgada em 1988, houve um redimensionamento da federação brasileira, conforme já citado anteriormente. O Estado brasileiro se moldou de forma a prever autonomia, de forma expressa, a um elemento fundamental, mas antes não afeto à condição de ente federativo: o Município.

Ressalta Paulo Bonavides, com a propriedade que lhe é peculiar, que

[6] STF – Pleno – Adin nº 216/PB – Rel. Min. Celso de Mello.

> "não conhecemos uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988"[7]

Dito isto, as previsões constitucionais de que tratam o presente tópico se encontram nos artigos 18, 29 e 34, VII, *c*, da Constituição Federal vigente. Transpondo a tríplice capacidade garantidora da autonomia dos entes federados para a esfera em análise, postula-se: a auto-organização municipal se expressa através da edição de sua Lei Orgânica e de outras fontes normativas em seu âmbito de competência; o autogoverno se dá com a eleição direta do prefeito, vice-prefeito e vereadores, sem qualquer intervenção federal ou estadual; a auto-administração, nos moldes pré-estabelecidos pela Constituição Federal.

Ao inserir o Município como entidade federativa de terceiro grau, a Constituição Federal de 1946 invocou a reinvidicação insistente de enquadrá-lo como ente por parte de municipalistas clássicos, como Hely Lopes Meirelles.[8] Na Carta Constitucional anterior, ensina José Afonso da Silva que

> " (...) O sentido remissivo consistia em determinar aos Estados que, se organizarem seus Municípios lhes assegurassem autonomia, mas apenas quanto às capacidades de auto-administração, autolegislação e autogoverno. Ao fazê-los, os Estados haviam de respeitar a autonomia assegurada na Constituição Federal em termos genéricos relativos ao peculiar interesse local"[9]

Em uma forma sintética: a assertiva se dirigia ao Estado-Membro, responsável por estabelecer a autonomia ao Município de acordo com os mandamentos constitucionais, constituindo uma patente ingerência daquele sobre esse.

Apesar do disposto na Lei Maior, os municípios brasileiros ainda padecem de uma liberdade no plano material, principalmente no aspecto financeiro. Os repasses provenientes da União e dos Estados-Membros ainda constituem expressivas somas das receitas municipais. Apesar da tentativa de reproduzir o modelo americano no território

[7] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: 2004, Malheiros, p. 343.
[8] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 15. ed. São Paulo: 2006, Malheiros, p. 50.
[9] SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 26. ed. São Paulo: 2006, Malheiros, p. 87.

brasileiro, instituiu-se um federalismo assimétrico. O balanceamento das obrigações entre os entes ainda não se mostra totalmente equânime no Brasil.

Ademais, para satisfazer-se a idéia de ajuste eqüitativo de competências e adequado ao princípio da prevalência do interesse, justo se mostraria uma representação parlamentar condizente com o modelo de organização político-administrativa consubstanciada pelo Estado brasileiro. Ocorre que a Câmara dos Deputados congrega os representantes da Nação e o Senado os dos Estados-Membros. Não há, portanto, qualquer previsão no Congresso Nacional dessa ordem para os Municípios.

5. ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DOS DEMAIS MEMBROS DO MERCOSUL

Antes de promover uma conjuração específica do tema do presente trabalho, cumpre analisar de forma comparativa a disposição dos entes federativos nos demais Membros do Mercosul, quais sejam: Paraguai, Uruguai e Argentina.

A atual Constituição da Argentina postula uma organização deveras similar à do Brasil. Depreende-se da leitura dos seus artigos 4º e 5º que a federação é constituída pelo equivalente à União (no caso do Brasil) e pelas Províncias (com características similares às dos Estados-Membros brasileiros), ao dispor sobre a adoção de uma Constituição provincial e prever a hipótese de intervenção federal. O Congresso Nacional é composto: pela Câmara dos Deputados, a qual abrange representantes da nação como um todo, contendo o pleito eleitoral uma vaga para cada trinta e três mil habitantes; o Senado, que contém em sua formação 3 senadores para cada Província.

O Uruguai destoa da tradicional orientação federativa preconizada pelos Estados contemporâneos, adotando o modelo unitário, com características as quais pressupõem, grosso modo, um leve teor de descentralização, ao dividir o seu território em Departamentos, conforme o descrito na sua Constituição de 1967.

A atual Constituição do Paraguai estatui no seu artigo 156 que

> "A los efectos de la estructuración política y administrativa del Estado, el territorio nacional se divide en departamentos, municipios y distritos, los cuales, dentro de los límites de esta Constitución y de las leyes, gozan de autonomía política, administrativa y normativa para la gestión de sus intereses, y de autarquía en la recaudación e inversión de sus recursos."

A redação desse dispositivo nos remete a considerar o Paraguai como uma federação, dada a distribuição em departamentos, municípios e distritos com uma determinada autonomia. A simples previsão de um território nacional, todavia, sacramenta o federalismo como forma de Estado.

6. O PARLAMENTO DO MERCOSUL

6.1. A Integração Regional

A institucionalização de blocos econômicos atende à eminência de políticas as quais perfaçam o ideal de sobrevivência financeira dos Estados. Na contemporaneidade, não se consegue viver isoladamente, pois nenhum país é auto-suficiente de forma plena em níveis como a indústria, o comércio, a pesquisa científica e a agropecuária. A integração regional surge para reforçar e assegurar os acordos firmados entre os países, em um mundo no qual a competitividade e a falta de aliança aniquilam os mais fracos .

Assim sendo, pode-se definir a integração regional como um fenômeno social regulado juridicamente e que consiste em um processo de harmonização do funcionamento das estruturas jurídicas nos Estados-membros da comunidade. [10]

6.2. A instituição do Parlamento do Mercosul

Cumpre citar os antecedentes históricos do Parlamento do Mercosul antes de estudar os seus principais aspectos jurídico-institucionais.

Em 2003, o Conselho Mercado Comum deliberou a criação de um Grupo de Trabalho 2004-2006, com vistas à instituição do Parlamento. A necessidade de expressar os anseios da sociedade civil e suas aspirações plurais era o ponto essencial

[10] BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: 2005, Saraiva, p. 23.

para a adequada expressão da cidadania, nos moldes das principais fontes jurídicas do Mercosul, quais sejam: o Tratado de Assunção e o Protocolo de Ouro Preto. [11]

No âmbito do Grupo Mercado Comum, discutiu-se efusivamente entre os anos de 2003 e 2004 o fortalecimento da Comissão Parlamentar Conjunta. Uma vez robustecida, semearia o cerne do atual órgão parlamentar mercosulino, o qual ainda estava sendo objeto de estudos para implementação. [12]

A Comissão Parlamentar Conjunta previu em seu Regimento Interno a criação do Parlamento ainda nos primórdios de suas atividades, em 1991. [13]

Diante dessa conjuntura, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai assinaram, em 8 de dezembro de 2005, o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul. Prevê-se explicitamente no artigo 1º desse documento a substituição automática da Comissão Parlamentar Conjunta pelo órgão parlamentar, de representação autônoma e independente dos povos do Cone Sul. Além de integrar a estrutura institucional do bloco, constituir-se-á de parlamentares eleitos pelo voto direto e sufrágio universal, dentre os legitimados pelo povo de cada signatário do Tratado de Assunção.

6.3. A representação do Brasil no Parlamento

O Protocolo estatui explicitamente, no artigo 6º, que os Estados-partes serão representados por parlamentares eleitos pelos seus cidadãos, em sufrágio direto, secreto e universal.

A República Federativa do Brasil está atualmente representada no Parlamento pelos deputados e senadores os quais integravam a Comissão Parlamentar Conjunta, para o exercício de um mandato até o ano de 2010. Entretanto, o Protocolo

---

[11] CONSELHO MERCADO COMUM. *Ata da Reunião de Março de 2003.* Disponível em: << www.camara.gov.br/mercosul>>. Acesso em: 30.05.2006

[12] GRUPO MERCADO COMUM. *Ata da Reunião de Setembro de 2003*. Disponível em: << www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30.5.2006.

[13] COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA. *Ata da Reunião de Setembro de 1991*. Disponível em: << www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30.5.2006.

Constitutivo dispôs sobre a incompatibilidade das funções de Parlamentar do Mercosul com a função legiferante em qualquer Câmara de âmbito interno dos Países-Membros. Trata-se, contudo, de uma situação meramente transitória, pois o órgão em questão ainda se encontra em fase de implementação, sendo conveniente adotar o antigo regime funcional-administrativo do seu antecessor.

Na atual configuração do Parlamento, transpôs-se a falha da federação tripartite brasileira, agora para nível internacional. Os Municípios não possuem representantes na principal estrutura institucional do bloco econômico, na qual a sociedade civil terá a maior força de expressão para sintetizar suas plúrimas vontades em prol de um benefício coletivo.

Prejuízos vários já foram identificados na ordem interna brasileira, por força desse desvio na instituição da atual organização político-administrativa da República Federativa do Brasil. Nesse momento, simplesmente aumentou o grau de intensidade da falha exaustivamente explanada no presente trabalho, pois o Mercosul poderá configurar apenas o primeiro local, em nível global, no qual os Municípios se mostrarão carentes de representação municipal por legítimos detentores dessa prerrogativa.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fim de contemplar a descentralização, a adoção da forma federativa brasileira atual se mostrou inovadora. Atendeu aos anseios de dinamismo, em um país assolado por diversidades culturais e disparidades econômicas. Indiscutivelmente, a autonomia político-administrativa trouxe benefícios para os entes federativos proclamados no seio da Carta Constitucional de 1988.

A Constituição Federal de 1988 não foi apenas arrojada, mas sensata ao dispor como entes federativos os Municípios, se levadas em consideração as dimensões do território brasileiro. Dessa forma, contemplou o princípio da prevalência do interesse em um país com problemas de infra-estrutura, que acarretam o isolamento da população em diversos locais.

Apesar do avanço institucional, houve no mínimo uma omissão em dotar os Municípios de um grupo de membros legitimados para pleitear os seus interesses no Congresso Nacional. Se realmente é um federalismo em três níveis, porque apenas dois entes detêm uma representação?

Trata-se de uma polêmica da qual se espera que emane um profundo debate pela sociedade brasileira no decorrer dos próximos anos. Sendo a ciência jurídica uma forma de acompanhar as mudanças da coletividade, as leis devem se modificar de acordo com as necessidades de seu povo. Daqui a algum tempo os prejuízos dessa organização político-administrativa da República Federativa do Brasil hão de ser sentidos com mais veemência, constituindo-se irreversivelmente uma reforma no seio da atual estrutura. A falta de representação municipal no Parlamento do Mercosul, nos moldes como o órgão se apresenta neste momento, reveste de imensurável urgência as possíveis alterações a serem inseridas no seio da atual Carta Constitucional.

Os benefícios de eventuais mudanças no sentido de adotar uma correta representação dos cidadãos brasileiros certamente refletir-se-ão não somente na órbita interna, mas nas relações internacionais da República Federativa do Brasil.

8. **REFERÊNCIAS**

ARGENTINA. Constituição (1994). **Constituición de la Nación Argentina.** Buenos Aires. BUENOS AIRES: Senado, 1994.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. RJ: Senado, 1891.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. RJ: Senado, 1937.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro. RJ: Senado, 1946.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília. DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 216.** Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31.05. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALDAS, Aluísio Celso Affonso. A Competência dos Estados-Membros da federação brasileira em matéria de policiamento judiciário ambiental: o caso do Amazonas. **Hiléia: Revista de Direito Ambiental.** Manaus, n. 3, jul/dez 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985..

COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA. *Ata da Reunião de Setembro de 1991*. Disponível em: << www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30.5.2006.

CONSELHO MERCADO COMUM. *Ata da Reunião de Março de 2003.* Disponível em: << www.camara.gov.br/mercosul>>. Acesso em: 30.05.2006.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRUPO MERCADO COMUM. *Ata da Reunião de Setembro de 2003*. Disponível em: << www.camara.gov.br>>. Acesso em: 30.5.2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

CONSELHO MERCADO COMUM. **Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul**. Montevidéu: 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 2005.

PARAGUAI. **Constituición de la República del Paraguay**. Assunção. ASSUNÇÃO: Senado, 1992.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

URUGUAI. **Constituición de la República Oriental del Uruguay.** Montevidéu. MONTEVIDÉU: Senado, 1967.

ALGUMAS QUESTÕES DECORRENTES DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO, INCLUSIVE, E AINDA, SOBRE O DEPÓSITO PRÉVIO RECURSAL ADMINISTRATIVO-FISCAL

Alberto Nogueira Júnior*

RESUMO

O estudo aborda dois aspectos com respeito ao princípio do devido processo legal tributário: um, a inconstitucionalidade estrutural administrativa que advirá caso venha a ser aprovado o Anteprojeto de Lei de Execução Fiscal Administrativa, ampliando vícios que já existem no âmbito do Processo Administrativo Fiscal regrado pelo Decreto nº 70.235/72; o segundo aponta inconstitucionalidades que ainda se verificam no que se refere à opção, pelo contribuinte, de depositar o crédito tributário impugnado, e sugere ser necessário unificar as exigências formais de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nas esferas administrativa e judicial.

PALAVRAS-CHAVE: DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO, EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA, DEPÓSITO PRÉVIO RECURSAL

RESUMEN

El estudio aborda dos aspectos con respecto al principio del debido proceso legal tributario: uno, la inconstitucionalidad estructural administrativa que ocurrirá caso venga a aprobarse el Anteproyecto de Ley de Execución Fiscal Administrativa, ampliando vicios que ya existen en el ámbito del Proceso Administrativo Fiscal regulado por el Decreto nº 70.235/72; dos, inconstitucionalidades que aun hoy ocurren, en lo que se refiere a la opción, por el contribuyente, de ingresar el crédito tributario contestado, y sugiere ser necesario unificar las exigencias formales de suspensión de la exigibilidad del crédito tributario en las esferas administrativa y judicial.

PALAVRAS-CLAVE: DEBIDO PROCESO LEGAL TRIBUTARIO, EXECUCIÓN FISCAL ADMINISTRATIVA, INGRESO PREVIO RECURSAL

* Mestre e Doutor em Direito pela UGF. Professor Adjunto da UFF. Juiz Federal da 10ª. Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em debate, inclusive por meio eletrônico no sítio da INTERNET da Secretaria de Reforma do Judiciário da Presidência da República, proposta de Anteprojeto de Lei de Execução Fiscal Administrativa de iniciativa da Procuradoria da Fazenda Nacional. A ótica é a do credor: economicidade, maior arrecadação, melhor relação custo-benefício, terceirização da cobrança dos créditos tributários por instituições financeiras. Neste artigo busca-se abordar outra ótica, que foi negligenciada: a vinculação da organização administrativa tributária à realização dos princípios, direitos e garantias fundamentais, e apontam-se alguns vícios estruturais que mais se agravarão, em prejuízo do contribuinte e da razoabilidade da atividade administrativa, se aquele Anteprojeto vier a ser aprovado, ao final. O artigo também aponta inconstitucionalidades que ainda existem relativamente ao depósito suspensivo da exigibilidade de créditos tributários, decorrentes do tratamento diferenciado da matéria nas esferas processuais administrativa e judicial, e sugere a unificação de critérios.

I – Os direitos fundamentais podem consistir em uma expressão negativa, no sentido de se assegurar que o Estado não interfira abusivamente nas liberdades individuais – fala-se, então, consoante a linha francesa, em liberdades públicas.[1] Outras expressões da proteção jurídica às liberdades, assumindo uma linha de conteúdo mais positivo, são os direitos humanos e os direitos fundamentais.[2]

---

[1] CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades Públicas*. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 36: "Jean Rivero conceitua as liberdades públicas como poderes de autodeterminação reconhecidos e organizados pelo Estado, pelos quais o homem, nos diversos domínios, escolhe o comportamento que pretende assumir [...], ou, dum modo mais sintético, 'liberdades públicas são liberdades que o direito positivo reconhece e organiza'. O mesmo autor, em cursos anteriores, proferidos na Faculdade de Direito de Paris, conceituava as liberdades públicas como 'poderes que pertencem aos homens no quadro da vida social, poderes que, para se exercerem, reclamam o conhecimento e a disciplinação pelo Estado' [...]."

[2] Alberto Nogueira (*Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 213), reportando-se a François Terré: "Na segunda, analisando tais conceitos à luz de critérios orgânicos: 'Mais significativos são, em definitivo, os critérios de natureza orgânica, manifestando essencialmente uma superioridade da Constituição: os direitos e liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, protegidos contra o poder executivo, mas também contra o poderes legislativo, enquanto que as liberdades públicas – no sentido do direito francês clássico – são essencialmente protegidas contra o poder executivo[...] Em segundo lugar, os direitos fundamentais são garantidos em virtude não apenas da lei, mas sobretudo da Constituição ou dos textos internacionais ou supranacionais'."

É interessante observar, porém, que mesmo vendo-se o Estado como um antagonista, naquela acepção liberal clássica, exige-se que as liberdades públicas sejam organizadas e protegidas pelo Estado.[3] A organização estatal deve ser estruturada para respeitar e fazer garantir as liberdades públicas. A pessoa é sujeito de direitos fundamentais, sejam esses direitos individuais, coletivos, sociais, comunitários, regionais, internacionais e/ou globais; desde o lado de dentro de sua casa, até a expansão máxima que é o planeta[4], será titular de direitos inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, e indissociáveis uns dos outros; será, enfim, uma cidadã. E, seja qual for a perspectiva adotada – liberdades públicas, direitos do homem, direitos fundamentais – a pessoa será aquela a quem se terá que reconhecer o poder de exigir que uma estrutura política e/ou administrativa respeite e promova essas cidadanias, em toda essa abrangência, em toda a sua profundidade, com toda a sua intensidade.[5]

A vinculação da organização e da estruturação dos órgãos e entidades públicos e políticos ao respeito e à promoção das liberdades e dos direitos fundamentais é inafastável, ao menos em um Estado que se pretende de Direito. As liberdades e os direitos fundamentais precisam ser, antes de tudo, reais e efetivas.[6] O direito de defesa, enfim, "[...] também se manifesta como direito à organização e ao procedimento[...]",

[3] *Ibid*., p. 175: "Se, no liberalismo, o indivíduo é adversário do Estado, na democracia o cidadão se apropria do Estado". E, arrematando: "O Estado liberal é o protetor natural da liberdade política." Dentro dessa concepção bem francesa, percebe-se que a organização das liberdades públicas se constitui a tarefa mais importante para o seu exercício e mesmo a sua própria razão de ser. Essa organização se faz, em decorrência, exclusivamente no âmbito do Estado, no sentido de que é este o protetor dessas liberdades, tornando-se necessário, nessa atuação, definir o respectivo regime, que outra coisa não é senão a escolha da técnica considerada mais adequada para essa realização."

[4] *Ibid.*, p. 322: "Âmbito: local, nacional, supranacional, planetário – As escalas se interpenetram, não apenas no que diz respeito ao território, mas também no tocante às espécies de direito. Entra-se agora num espaço multidimensional do Direito – e dos direitos. O Direito se interpenetra em todas essas escalas, como uma rede de convivência da multiplicidade dos espaços e sistemas."

[5] ADI nº 3685-DF, STF, Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, dec. Pub. DJU 10.8.2006, p. 19: "Enquanto o art. 150, III, 'b' da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.3.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e 'a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral' (ADI 3345, Rel. Min. Celso de Mello)."

[6] NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 210: "O respeitado catedrático lusitano SOARES MARTÍNEZ, no plano da Filosofia do Direito averbera: 'Outra questão complexa respeitará à destrinça entre as *liberdades teóricas*, abstractas, apenas visionadas, ou apenas definidas pelo legislador, e as *liberdades reais*, efectivas. Estas implicam *segurança*. Isto é, a certeza, ou, ao menos, a elevada probabilidade, de que as liberdades definidas poderão exercer-se. A problemática da liberdade é, assim, por natureza, inseparável do respeito da *autoridade*, das estruturas da polícia e da administração da justiça, sem eficácia das quais não haverá liberdades reais.'" (grifo no original)

sendo evidente "[...] a necessidade de os direitos exigirem normas infraconstitucionais específicas a fim de se concretizarem".[7]

Essa devida organização, voltada finalisticamente ao respeito e à promoção das liberdades e dos direitos fundamentais é um dos conteúdos do princípio do devido processo legal, e integra, desta forma, e como conseqüência inevitável, o princípio do devido processo legal tributário.[8]

Postas essas premissas, não há como não se ter como inconstitucional o Anteprojeto de Lei instituindo a Execução Fiscal Administrativa proposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, e, por conseguinte, não há como não se reconhecer a inconstitucionalidade da indevida organização e estruturação administrativa que será instituída para materializar aquela atividade administrativa.

De início, e como bem advertido por Sacha Calmon Navarro Coelho, quando do II Congresso Internacional de Direito Tributário, "[...] ninguém pode ser credor e juiz do próprio título que exercita".[9]

E a precisão da advertência não é afastada pelo fato de haver a separação, na órbita do Processo Administrativo Fiscal regulado pelo Decreto nº 70235/72 entre os órgãos de fiscalização e os de julgamento, desde o advento da Lei nº 8.748/93.

---

[7] Neste sentido a defesa feita pela AGU nas INFORMAÇÕES nº AGU/AS-06/2001, Processo nº 00001.000301/2001-12, ADI nº 2389. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/28435?display_mode=print>. Acesso em 15 abr. 2007: "O direito à privacidade – onde se incluiria também o direito à intimidade – enquanto direito de defesa, também se manifesta como direito à organização e ao procedimento. Isto é evidente diante da necessidade de os direitos exigirem normas infraconstitucionais específicas a fim de se concretizarem."

[8] NOGUEIRA, Alberto. *O Devido Processo Legal Tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 34: "A inserção do tributo no rol dos Direitos Humanos se evidencia, para exemplificar, nas *I Jornadas Internacionais de Direitos Humanos*, com a presença de juristas, estudiosos de direito tributário, integrantes da recém – criada Asociación Internacional de Tributación y Derechos Humanos, merecendo destaque sua conclusão nº 02: 'que la violación a estos Derechos esenciales de las personas puede originarse por la acción estatal em distintos campos y entre ellos da actividad dirigida a obtener ingresos tributários. Por esse motivo ha surgido la inevitable conexión entre estos dos conceptos'." ADI 3685-DF: "[...] 5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, 'caput') e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) [...]." Vale lembrar os protestos dos Presidentes de todos os Presidentes dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais quando anunciado pelo Ministro do Planejamento, em meados de março deste ano, corte no Orçamento do Poder Judiciário Federal de cerca de 770 milhões de reais, no sentido de que a medida inviabilizaria o próprio funcionamento desse Poder, e a reação daqueles Presidentes no sentido de reduzir o corte para cerca de 140 milhões. Veja-se, assim, e.g., Notícia de 29.3.2007, disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

[9] COELHO, Sacha Calmon Navarro. Disponível em: <http://www.sacha.adv.br/portugues/noticias-especifica.php?id=249>. Acesso em 15 abr. 2007.

Ainda hoje, e desde sempre, é a falta de autonomia e de verdadeira independência funcional o calcanhar de Aquiles dos Conselhos de Contribuintes[10] e das Delegacias da Receita Federal de Julgamento[11]. Suas competências para julgamento podem ser modificadas à vontade pelo Ministro de Fazenda[12], admitindo-se inclusive a delegação e subdelegações desta competência[13]. Os órgãos julgadores não têm as mesmas garantias de independência constitucionalmente estabelecidas aos magistrados; inexiste a figura do juiz natural administrativo: nada impede o direcionamento, dentro de um Conselho de Contribuintes, a tal ou qual Conselheiro[14]; as sessões de julgamento estão longe de terem a transparência e a publicidade típicas de um Estado Democrático de Direito[15]; ainda, os órgãos julgadores não podem declarar a inconstitucionalidade de normas legais ou regulamentares[16]. Mas o maior vício atentatório aos direitos fundamentais do contribuinte, o verdadeiro pecado original, reside na presunção que norteia toda a atividade de fiscalização e de julgamento administrativo-fiscal, no sentido de que o contribuinte é culpado até prova em contrário feita por ele[17], e o veto à Emenda

---

[10] NOGUEIRA, O Devido Processo..., *op. cit*., p. 08: "O aperfeiçoamento do processo administrativo existente é medida de extrema urgência, refletindo a moderna tendência de valorização seguida em tantos países de tradição administrativa [...]. A autonomia dos Conselhos de Contribuintes, a nosso ver, é a chave mestra para esse desiderato."

[11] PINTO, Gabriela Maria Hilu da Rocha. *Os Caminhos do Leão*. Niterói: EdUFF, 2006. p. 27: "É importante salientar que a vinculação das Delegacias de Julgamento às instruções fornecidas pela Receita Federal retira o seu caráter de 'órgão de julgamento imparcial', e, conseqüentemente, as afasta da idéia de 'justiça' aceita em nosso sistema jurídico, segundo a qual para uma decisão ser 'justa' deverá ser proferida por um órgão independente e imparcial."

[12] Veja-se, e.g., os arts. 4º do Decreto nº 4.395/2002 e 112, "caput" e § 3º da Lei nº 11.196/2005.

[13] Portaria MF nº 214, de 28.03.1979, itens I, letra a, nº 02 e II.

[14] PINTO, *op. cit.*, p. 37: "O que pode ser constatado é que a ordem de distribuição dos processos nem sempre é aleatória, como dispõem todas as normas e regulamentos, mas pode obedecer a determinados critérios implícitos, que são determinados pelo valor do imposto cobrado, pela projeção pública e política que o contribuinte tenha, ou até mesmo pelo volume físico dos autos."

[15] *Ibid*., p. 16: "Especialmente quanto às sessões do Conselho de Contribuintes, é importante notar que apesar de o seu Regimento Interno ter assegurado que elas são públicas, sendo mantido o sigilo apenas em casos especiais, as pessoas que entram nas salas de sessões onde são realizados os julgamentos geralmente são questionadas sobre o que estão fazendo lá, sendo permitido permanecer somente com a anuência do presidente da Câmara."

[16] Veja-se, e.g., Recurso nº 136130, 1º Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Relator José Oleskovicz, Acórdão 102-46531, dec. p. maioria: "NORMAS PROCESSUAIS. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. A declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, 'a' e III, 'b' da Constituição Federal. No julgamento de recurso voluntário fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de lei em vigor (Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, aprovado pela Portaria MF nº 55/1998, art. 22 - A acrescentado pelo art. 5º da Portaria MF nº 103/2002)."

[17] PINTO, *op. cit.*, p. 19: "A partir da observação das práticas adotadas para formular a 'acusação fiscal' é possível constatar uma verdadeira 'presunção de culpa' do contribuinte, na qual a cobrança é feita pelo Fisco e, posteriormente, é ao contribuinte que cabe provar se o imposto não é devido."

nº 03 ao Projeto de Lei nº 6.272/05, que veio a ser convertida na Lei nº 11.457/2007, Emenda esta que limitava-se a condicionar a prévia decisão judicial a desconsideração da personalidade jurídica, quando para esse fim se reconhecesse a existência de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, somente acabou por confirmar, numa espécie de interpretação quase autêntica, a forte presença oculta daquele princípio da culpabilidade salvo prova em contrário pelo contribuinte.[18]

Fossem esses os maiores vícios, e já não seria pouco; mas há coisa pior: a expressa autorização para que instituições financeiras privadas sejam contratadas para cobrar os créditos lançados em definitivo contra o contribuinte – numa incrível volta ao Estado Patrimonialista, como já antevira Alberto Nogueira[19] –, tudo isto a solapar o princípio do devido processo legal tributário.

II – O Supremo Tribunal Federal decidiu, em sessão realizada em 28 de março deste ano, rever o entendimento que adotara quando do julgamento conjunto das ADINs nºs 1922-9 e 1976-7-DF- medida liminar, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, acórdão publicado no DJU de 24.11.2000, e declarou inconstitucional a exigência de efetivação de depósito prévio recursal administrativo, pelo contribuinte, da importância equivalente a trinta por cento do crédito tributário do qual houvesse sido notificado a pagar, ou a proceder ao arrolamento de bens como garantia da instância administrativa.

Vale a pena chamar a atenção para o fato de que o julgamento do mérito da ADIN nº 1074, que tinha por objeto a exigência de depósito prévio judicial como

---

[18] Veja-se o artigo de Kiyoshi Harada ("Super-Receita – Veto à Emenda 03. Uma Tremenda Confusão Mental". Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main-index.php?home=home_artigos&m=&nx_=&vie...>. Acesso em 15 abr. 2007) no qual analisa o que teria sido o § 4º do art. 6º da Lei nº 10.593/2002, com a modificação feita pela Lei nº 11.457, de 16.03.2007, afinal vetada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em comparação com as normas contidas no art. 129 da Lei nº 11.196/2005, 50 do CC (2002) e 71, 72 e 74 da Lei nº 4.502/64, no qual o autor afirma que "[...] condicionar a ocorrência do fato gerador à existência de decisão judicial não atende ao princípio constitucional da separação dos Poderes[...]", e que nada mudou em nosso ordenamento jurídico com o referido veto.

[19] NOGUEIRA, Jurisdição..., *op. cit.*, p. 229-230: "Não se pode ignorar o fato, notório, de que nos dias atuais certos contribuintes, como as multinacionais pouco ou quase nada recolhem em matéria de tributação, seja por se instalarem em paraísos fiscais, seja por gozarem de vantagens financeiras oferecidas por países que disputam seus empreendimentos e mesmo, dentro de cada país, como no caso brasileiro, por Estados e Municípios. A dura realidade é que o peso dos tributos é descarregado nas costas dos trabalhadores, e com maior intensidade na classe dos assalariados. [...] A perspectiva de uma 'gleba planetária'. Nesse cenário e sob o influxo da globalização, a gleba medieval se potencializaria numa extensão planetária. [...] Outra possibilidade não descartável seria a outorga de poder, aos novos senhores da Terra, para a cobrança de tributos, tornando-os assim, além de imunes, detentores dos tributos no lugar atualmente ainda ocupado pelo Estado-Nação."

condição de procedibilidade de quaisquer ações propostas contra o INSS, inclusive cautelares, levou cerca de treze anos para ser concluído, considerando-se a data da sessão de julgamento da medida liminar que nela foi pedida pelo Confederação Nacional da Indústria – 30.6.1994 –, tendo o respectivo acórdão sido publicado no DJU de 23.9.1994.

Deve-se aplaudir a mudança promovida pelo Supremo Tribunal Federal, e que, na verdade, significa um retorno a posições que sempre perfilhou quando vigentes as Constituições Federais de 1946, 1967 e de 1969, das quais afastou-se, em triste momento, justamente quando em vigor a "Constituição Cidadã" de 1988; e o impacto desse afastamento mais se acentua se for lembrado que até mesmo o Governo Militar pusera termo àquela exigência do depósito prévio recursal administrativo, por meio do Decreto-lei nº 822/69.

Em outras palavras: o Supremo Tribunal Federal, contrariando sua histórica jurisprudência, e sob a vigência da Constituição Federal mais democrática que jamais tivemos, quando do julgamento das ADINs nºs 1922-9 e 1976-7-DF, decidiu ser constitucional a aplicação do princípio *solve et repete*, velharia que já tivera a oportunidade de ser repelida pela Corte Constitucional italiana no início da década de 70 do século passado, como noticiado por Arturo Hoyos, em *El Debido Processo*.

O depósito prévio recursal administrativo obrigatório já vai tarde, e não deixará saudades, mas sim alívio – torna-se a valorizar os princípios do contraditório e da ampla defesa, do acesso ao duplo grau de jurisdição, os direitos fundamentais, diante da lógica estritamente econômica, mecanicista e asfixiante das liberdades públicas – nunca é demais relembrar que ao poder de tributar corresponde também o poder de destruir as liberdades de iniciativa econômica.

Permanece, não obstante, o depósito prévio recursal como uma faculdade do contribuinte, e é sobre certos aspectos do exercício dessa faculdade, notadamente no que se refere às repercussões recíprocas entre as instâncias administrativa e judicial, que passo a comentar, buscando chamar a atenção para as inconstitucionalidades que ainda há por serem declaradas.

Entretanto, e preliminarmente, há que se delimitar a natureza jurídica do depósito prévio recursal administrativo – agora, facultativo.

Para chegar-se à definição, há que se partir de uma consideração – na hipótese de o recurso administrativo vier a ser julgado improcedente pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por exemplo, em sua totalidade, e assim a decisão tornar-se definitiva em âmbito administrativo, caso o contribuinte haja depositado o montante de trinta por cento do crédito impugnado em sua totalidade e recorrido também por inteiro, terá que pagar não o valor integral daquele crédito, mas sim a diferença remanescente de setenta por cento – os outros trinta por cento serão simplesmente convertidos em renda definitiva do sujeito ativo tributário.

Vê-se, assim, que o depósito prévio recursal administrativo é um pagamento parcial do crédito recorrido, e tanto é assim que ingressa como receita do sujeito ativo tributário, embora o ingresso se dê a título provisório.[20]

Esse pagamento parcial dá-se sem justa causa, na medida em que a imputação de ilícito fiscal ao sujeito passivo ainda se encontra em discussão, seja quanto à existência dos fatos geradores, das obrigações e dos créditos tributários, seja quanto à extensão destes.

Ainda não definitivamente determinada a existência, ou a extensão, do crédito tributário, não é lícito à Fazenda Pública receber pagamento por conta; poderá o crédito tributário, ainda, existir e ter valor líquido, contudo, não mais ser exigível; em todas essas hipóteses, impedida estará a Fazenda Pública de proceder à exigência amigável ou judicial de qualquer parcela daquele crédito, enquanto permanecer ausente o caráter da definitividade da constituição do lançamento, sob pena de quebra do princípio da estrita legalidade tributária.[21]

Mais: ao contrário do que se dá no âmbito do processo judicial, em que o juiz é um terceiro desinteressado, a Administração Tributária é, sim, parte interessada no processo administrativo fiscal; o juiz, ao determinar ou aceitar a efetivação de depósito, verdadeiro direito potestativo do contribuinte – relativo, já que, depositado o crédito impugnado, não será possível ao contribuinte proceder ao respectivo levantamento a qualquer tempo, antes ou depois de decidida a causa, a menos que sua

---

[20] Comentando a Lei nº 9.703/98. Cf. CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 494.

[21] CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 113: "Quando o Estado se imiscui na vida das pessoas, a intromissão deverá ser justificada: *materialmente*, pois a intromissão deve ter causa legitimante amparada; e *formalmente*, pois o fundamento deve ser declarado de forma explícita."

pretensão seja declarada procedente, e assim transite a decisão em julgado[22] – tem em vista a garantia da utilidade do processo judicial, não propriamente a satisfação imediata do direito do contribuinte, exatamente o contrário do que se dá em âmbito processual administrativo.[23]

Daí porque a satisfação imediata, e formalmente a titulo provisório, do crédito tributário exigido pela Fazenda Pública, nada mais é senão incorporação de patrimônio privado ao Poder Público, verdadeiro exercício antecipado – e, por ser antecipado, arbitrário – das próprias razões, ausente a devida e justa causa da obrigação. Ou, em outras palavras: confisco.

Valendo lembrar que o autoproclamado caráter provisório não é bastante para desnaturar o confisco enquanto tal.[24]

Tudo isto, até aqui argumentado, sob o fundamento de que são coisas distintas garantia do crédito e pagamento antecipado, ainda que a título provisório, desse mesmo crédito.

III – Há um outro e distinto aspecto, de não menor importância, que deve ainda ser enfatizado.

É que o depósito prévio extrajudicial pode ser convertido em depósito judicial, se proposta ação anulatória depois de exaurida a instância administrativo-tributária.[25]

---

[22] Veja-se, assim, e.g., ERESP nº 279352-SP, STJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, dec. Un. pub. DJU 22.05.2006, p. 139 e RESP nº 252432-SP, STJ, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, dec. P. Maioria pub. DJU 28.11.2005, p. 189.

[23] Veja-se, defendendo o direito da Fazenda Pública a uma maior celeridade no ingresso das receitas correspondentes ao depósito prévio recursal administrativo obrigatório, como instrumento de satisfação do direito do credor, o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional PGFN/CAT/2078, de 11.12.1997, publicado no DOU de 12.12.1997.

[24] Veja-se, assim, e.g., a decisão proferida quando do julgamento da AMS nº 91.02.05597-0/RJ, TRF-2ª Região, 2ª Turma, Rel. Des. Fed. Alberto Nogueira, dec. un. pub. DJU 11.06.1992, p. 16930: "CONSTITUCIONAL. BLOQUEIO DE CRUZADOS NOVOS. MP Nº 168/90. LEI N° 8.024/90. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE. OFENSA AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1. Ao determinar a indisponibilidade dos cruzados novos, o Poder Público feriu o princípio constitucional do devido processo legal, que determina que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'. 2. Por 'privar', deve-se entender quaisquer restrições que sejam feitas ao direito de propriedade, uma vez que, sendo o termo genérico, sua aplicação terá que ser também genérica. 3. Portanto, apenas decisão judicial, seja em sentença transitada em julgado, proferida em processo regularmente instaurado por juiz competente, seja em medida cautelar decretada a fim de salvaguardar o direito ameaçado, podem tornar indisponíveis bens de quem seja legítimo proprietário ou possuidor. 4. À unanimidade, rejeitadas as preliminares e negado provimento à Apelação e à Remessa."

[25] AMS nº 2001.71.000342849-RS, TRF-4ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz Wellington Mendes de Almeida, dec. un. pub. DJU 08.02.2006, p. 346: "APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

Mas, enquanto o contribuinte, se quiser proceder ao depósito prévio administrativo fiscal, terá que fazê-lo à razão de trinta por cento do crédito do qual foi notificado a pagar, e contra o qual está a recorrer, em âmbito judicial, se desejar obter igual suspensão de exigibilidade daquele crédito, terá que proceder ao seu depósito pelo valor integral da exigência fiscal, e não apenas por aqueles trinta por cento.

Imagine-se, então, que o contribuinte tenha depositado os trinta por cento, quando da interposição do seu recurso administrativo, voltado contra toda a exigência fiscal; o recurso é improvido na esfera do Conselho de Contribuintes; o sujeito passivo, então, busca a via judicial, e propõe a ação anulatória.

E aqui a contradição: se desejar manter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário impugnado, na ação anulatória, o contribuinte, a rigor, deverá proceder ao depósito do seu respectivo valor integral, sob pena de facultar-se à Fazenda Pública o ajuizamento de execução fiscal, com todas as conseqüências práticas daí decorrentes, a começar pela dificuldade, quando não verdadeira impossibilidade, de o sujeito passivo obter as certidões negativas de débito, ou positivas com efeitos de negativa, sem as quais não conseguirá participar de licitações públicas, obter financiamentos públicos, e assim por diante.

No limite, não seria fantasioso imaginar que o contribuinte tenha que proceder a uma espécie de reforço de depósito, para que então possa aspirar a suspensão judicial da exigibilidade do crédito tributário impugnado.

TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO RECURSAL. DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA PARCIALMENTE FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE. VALOR DEPOSITADO SUPERIOR AO VALOR DA EXIGÊNCIA FISCAL. INTELECÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 18 DO TRF/4R. 1 – Tanto a Lei n° 9.703/98 e o Decreto n° 2.850/98, como o Decreto n° 70.235/72, na redação dada pela MP 2.176-79/2001, ao disciplinarem a devolução do depósito ao contribuinte e a conversão em renda, preceituam que, se a decisão for favorável ao contribuinte, o valor depositado será devolvido à empresa, ao passo que, se a decisão for contrária ao sujeito passivo, o valor será convertido em renda, ressaltando-se que, nesta última hipótese, consoante o § 3º, in fine, e o §4º do art. 43 do Decreto n° 70.235/72, se houver posterior propositura de ação anulatória, a autoridade administrativa transferirá para conta à ordem do juiz da causa os valores depositados. 2 - Ante a desconstituição de aproximadamente 80% do crédito tributário inicialmente lançado, deve ser devolvida ao depositante a proporção do valor depositado relacionada ao montante da exigência fiscal desconstituída, ou seja, devem ser devolvidos ao contribuinte cerca de 4/5 da quantia em depósito (R$ 5.523.334,67), valor sujeito à correção pela CEF. 3 – A conversão em renda, além de estar expressamente estancada pelo disposto no §4º do art. 43 do Decreto n° 70.235/72, na redação dada pela MP n° 2.176-79/2001, direciona-se à providência vedada no âmbito desta Corte, por força do enunciado sumulado sob nº 18. Dessarte, a transformação em pagamento definitivo somente poderá ocorrer após o trânsito julgado da ação anulatória n° 2005.71.00.003203-9, porque, com eventual reversão do lançamento fiscal, os interesses da contraparte permanecerão resguardados. 4 – Apelação e remessa oficial improvidas."

Por que essa diferença de tratamento, de modo a dificultar e a tornar mais oneroso ao contribuinte o acesso à via judicial, em comparação com o procedimento recursal administrativo-fiscal – agora, a custo zero, dada a declaração de inconstitucionalidade das normas legais supra referidas, instituidoras do depósito prévio recursal administrativo obrigatório como condição de acesso ao segundo grau de jurisdição administrativo?

Esse paradoxo é um reflexo e uma conseqüência de outro paradoxo – o tratamento diferenciado da relação jurídica processual tributária nas esferas administrativa e judicial, com os princípios e normas aplicados e compreendidos de modo distinto, enquanto que os sujeitos processuais, a obrigação e o crédito tributários, as relações jurídicas de direito material são fundamentalmente os mesmos.[26]

A falta de uma unificação ou de uma harmonização dos processos administrativos fiscais, colimada pelo Decreto-lei nº 822/69, mas não alcançada pelo Decreto nº 70.235/72, e de alguma adequação desse hipotético processo administrativo fiscal unificado aos processos judiciais tributários[27], para então atingir-se o ápice do

[26] Identificando ontologicamente os ilícitos civil, penal, administrativo e tributário, e diferenciando-os apenas quanto ao grau da tutela a certos direitos ou interesses juridicamente protegidos, cf. SILVEIRA, Lindemberg da Mota. *Estrutura Jurídica do Ilícito Tributário*. Belém: CEJUP, 1987. p. 27: "Essa distinção – puramente de grau – decorre, portanto, de uma maior ou menor valoração dos bens protegidos, razão pela qual, um mesmo comportamento pode ensejar uma penalidade de natureza patrimonial de liberdade; ou submeter o sujeito ativo a uma única sanção. Isto se deve a questões de política legislativa. O certo é que, tanto a valoração, como a estruturação normativa dos fatos juridicamente protegidos são dados do mundo do direito. E o ilícito, se configura através de um ato que ao se concretizar realiza o suporte fáctico de incidência de uma norma que conceitua aquela atuação como contrária ao Direito. É portanto, evidente a unicidade do ilícito, não havendo como se cogitar, salvo para efeitos didáticos, ou legislativos, ou ainda sancionatórios, de um ilícito civil, tributário, penal e assim por diante."

[27] Não deixa de ser interessante ver que Vasco Pereira da Silva (Reforma do Contencioso Administrativo. In: BARRETO, Antônio (org.). *Justiça em Crise? Crises da Justiça*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000. p. 461) defende uma "aproximação" dos processos administrativos, inclusive fiscais, ao processo civil, como uma das possíveis alternativas para se tornar realidade o preceito constitucional inserto no art. 268º, nºs 04 e 05 da Constituição da República Portuguesa. Assim diz o autor: "De acordo com o legislador constituinte de 1997, 'a protecção plena e efectiva dos direitos dos particulares é garantida através de sentenças cujos efeitos vão da simples apreciação e reconhecimento de direitos, à condenação [...] da administração, passando pela impugnação de actos administrativos, assim como das adequadas medidas cautelares'. Desta forma, uma reforma da justiça administrativa constitucionalmente adequada poderia seguir uma das seguintes alternativas, no que respeita à regulação dos meios processuais: a) a de reconduzir cada um dos efeitos das sentenças, referidos na lei fundamental, a um meio processual autônomo (por exemplo, limitando a acção para o reconhecimento de direitos a uma acção de simples apreciação, acantonando o recurso à impugnação de actos administrativos e criando uma nova acção para condenação da administração à prática de actos legalmente devidos, para além de manter os demais meios processuais), aproximando o contencioso administrativo do processo civil, à maneira do direito alemão; b) ou, diferentemente, a de alargar expressamente o âmbito de aplicação dos actuais meios processuais (designadamente através da previsão expressa da possibilidade de o juiz proferir sentenças de simples apreciação, constitutivas e de condenação, no âmbito dos já existentes recurso e acção para reconhecimento de direitos, ao lado dos demais meios), seguindo os exemplos do direito italiano ou da

nível das garantias do contribuinte, há que ser contrabalançada por meio da maior efetivação prática possível dessas garantias interpretando-se o arcabouço legislativo existente à luz dos grandes princípios constitucionais, a começar pelo princípio do devido processo legal, reconhecendo-se o direito à suspensão da exigibilidade do crédito tributário segundo as mesmas exigências mínimas vigentes ou na esfera administrativa, ou na judicial.

No âmbito do continente europeu, o Tribunal de Direitos Humanos de Luxemburgo admite a legitimidade dos órgãos de jurisdição administrativa, desde que tenham eles as mesmas garantias que instituídas em favor dos juízes da jurisdição comum.

Todo o esforço é no sentido de estender à alçada administrativa as mesmas garantias do que as existentes na via judicial ordinária.[28]

Mas aqui procedeu-se de modo diverso, e em desfavor do acesso à via judicial comum, obstando-se ao contribuinte a possibilidade de obter a suspensão da exigibilidade de crédito tributário se não depositar a quantia integralmente exigida pelo Fisco.

E a arbitrariedade do tratamento diferenciado, que já é patente se for observado que a defesa dos direitos fundamentais do contribuinte há que ser a mais

---

recente reforma do direito espanhol." Defendendo a unificação dos ilícitos penais e fiscais em um mesmo Código, Lindemberg da Mota Silveira (*Um Código Nacional de Ilícitos Tributários*, Diário do Congresso, Seção I, 11.02.1984): "A legislação atual tem seus defeitos por ser esparsa, com normas conflitantes, assistemática e com figuras típicas, muitas vezes imperfeitas. Para que se possa superar esses defeitos, penso que é imprescindível a edição de um Código Nacional de Ilícitos Tributários, assunto que não recebeu do atual CTN maior atenção, dele tratando no art. 100, § único, e arts. 136, 137 e 138. Segundo Yves G. S. Martins, o CTN afastou-se do estudo elaborado por Rubens Gomes de Souza, que se propunha a conceituar e delimitar a ocorrência do ilícito tributário. Diferentemente, o Código Tributário do México, nos seus arts. 205 a 236, dispôs sobre as infrações e sanções tributárias, e nos arts. 137 a 186 sobre os delitos fiscais. E de acordo com Giuliani Fonrouge o Código Tributário do Chile e o chamado 'Ordenamento Fiscal da Alemanha' tratou nos §§ 391 e seguintes das questões penais vinculadas à tributação. [...] Penso que o assunto está a merecer melhor atenção dos doutrinadores e que, repito, é indispensável a elaboração de um Código Nacional disciplinando a matéria. Como o concebo, ele objetivaria assumir o poder tributante de meios eficazes suficientes a coibir e reprimir a prática, cada vez maior, de ilicitudes tributárias. Mas, ao mesmo tempo, objetivaria ao estabelecimento de normas sancionatórias eqüânimes, e garantir o contribuinte contra a criação de sanções excessivamente aflitivas e impedir sua aplicação com finalidades que não fossem exclusivamente jurídicas."

[28] Apenas a título exemplificativo, veja-se as decisões proferidas pela Corte Européia de Direitos Humanos em Vallee v. França, Processo n^{o} 22121/93, julg. 19.4.1994, duração não razoável de processo e não aceleração de procedimento recursal administrativo quando era parte um aidético; Stallinger e Kuso v. Áustria, Processo n^{os} 14696 e 14697/89, direito a uma audiência prévia; John Murray vs. Grã-Bretanha, Processo n^{o} 1873/91, direito ao silêncio; Boskaya an Okguaoglu v.Turquia, Processos n^{os} 23536 e 24408/94, falta de independência dos juízes de tribunal de segurança porque ainda eram oficiais da ativa das Forças Armadas.

ampla e eficaz possível, haja vista constituir-se o princípio da dignidade da pessoa humana nuclear ao próprio Estado Democrático de Direito que a República Federativa do Brasil pretende ser e mais vir a ser (art. 1º, III CF/88), mais se torna chocante e absurda, se for lembrado que os depósitos, tanto judiciais como extrajudiciais, vão para uma mesma conta única do Tesouro Nacional.

A proteção da dignidade do contribuinte há que ser feita por cima, segundo o máximo multiplicador comum, tendo como parâmetros de comparação as garantias existentes nas alçadas administrativa e judicial.

As considerações que foram aqui feitas não foram abordadas quando do julgamento da ADI nº 1933-MC-DF, STF, Pleno, Rel. Min. Nélson Jobim, quando, à unanimidade, entendeu-se constitucional a Lei nº 9.703/98.

Fica lançado o convite para que o Supremo Tribunal Federal complete o retorno às suas melhores fases, avançando na proteção aos direitos fundamentais do contribuinte e, assim como fez em relação às exigências do depósito prévio recursal administrativo obrigatório ou do arrolamento de bens substitutivo, declare inconstitucional o repasse dos depósitos judiciais à conta única do Tesouro Nacional, por importar em confisco, e declarando desnecessário o depósito integral do crédito tributário em ação anulatória, emprestando interpretação conforme a Constituição Federal, e em nome da maior efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, quando houver se procedido ao depósito parcial do crédito em sede administrativa, depois transformado em depósito judicial, tornando-se desnecessário o depósito integral judicial do crédito em ação anulatória.

CONCLUSÕES

As liberdades públicas obrigaram inclusive o Estado a organizá-las e protegê-las.

Essa obrigação é um direito subjetivo do cidadão, também como contribuinte.

Daí a obrigatoriedade constitucional de uma estrutura administrativa tributária eficiente e que respeite a cidadania tributária.

Se aprovada a Lei de Execução Fiscal Administrativa, a estrutura administrativa da Secretaria da Receita Federal tenderá, muito mais do que atualmente, a ferir profundamente os direitos fundamentais do contribuinte.

O depósito prévio recursal fiscal, embora facultativo, continua favorecendo a inobservância do devido processo legal tributário.

Sugere-se a extensão, ao processo tributário judicial, das mesmas condições mínimas existentes no processo administrativo fiscal para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Disponível em: <http://www.sacha.adv.br/portugues/noticias-especifica.php?id=249>. Acesso em 15 abr. 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades Públicas*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos Principiológicos do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HARADA, Kiyoshi. "Super-Receita – Veto à Emenda 03. Uma Tremenda Confusão Mental". Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/main-index.php?home=home_artigos&m=&nx_=&vie...> Acesso em 15 abr. 2007.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

____. *O Devido Processo Legal Tributário*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Gabriela Maria Hilu da Rocha. *Os Caminhos do Leão*. Niterói: EdUFF, 2006.

SILVA , Vasco Pereira da. Reforma do Contencioso Administrativo. In: BARRETO, Antônio (org.). *Justiça em Crise? Crises da Justiça*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2000.

SILVEIRA, Lindemberg da Mota. *Estrutura Jurídica do Ilícito Tributário*. Belém: CEJUP, 1987.

____. *Um Código Nacional de Ilícitos Tributários*. Diário do Congresso, Seção I, 11.02.1984.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA APLICAÇÃO DOS ROYALTIES DO PETRÓLEO NO ÂMBITO NACIONAL

Alessandra Fölzke Torronteguy[*]

Carlos Henrique Bezerra Leite[**]

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto abordar a questão referente à aplicação dos recursos provenientes do petróleo, mais especificamente sobre os *royalties.* Realizando um levantamento acerca da legislação do petróleo no Brasil, bem como no Estado do Espírito Santo. Analisar-se-á a forma de aplicação de tais recursos em prol dos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente, aos direitos sociais destinados às presentes e futuras gerações.

PALAVRAS CHAVES: *ROYALTIES* – DIREITOS FUNDAMENTAIS – POLÍTICAS PÚBLICAS - DIREITOS SOCIAIS.

ABSTRACT

The study propoud a evaluation of the royalties petroleun application. Was analyzed the petroleum law from Brazil and in the Espirito Santo State. The royalties application was analized on behalf from the fundamentals rights and guarantees, more specifically about the social rights to presents and future generations.

KEYWORDS: *ROYALTIES* – FUNDAMENTALS RIGHTS – PUBLIC POLITICS - SOCIAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi realizado com o propósito de contribuir para os debates que pululam em diversos Estados do Brasil acerca da expansão da atividade petrolífera, buscando uma reflexão, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sobre o melhor aproveitamento dos recursos oriundos dos *royalties*, analisando prioritariamente a forma

[*] Mestranda do Curso de Direitos e Garantias Fundamentais da FDV

[**] Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP

com que essa riqueza vem sendo revertida para a sociedade como um todo, em especial para a população espírito-santense.

Tendo em vista que o petróleo consiste em um recurso natural não-renovável e, portanto, exaurível, não sendo possível afirmar se receitas como os *royalties* serão alocados na resolução de questões sociais e econômicas, é imperativo que a aplicação de tais receitas tenha por objeto corrigir as grandes desigualdades sociais e regionais em que vivemos, amenizando as injustiças sociais e melhorando de alguma forma a distribuição de rendas e oportunidades.

Tendo em vista a conjuntura atual em que vivemos e as inúmeras desigualdades sociais que nos cercam, impõe-se uma reflexão sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, o que, necessariamente, implica a concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais.

O presente estudo, portanto, visa abordar a necessidade da efetiva aplicabilidade dos direitos e garantias fundamentais, dando ênfase aos direitos sociais, no que se refere à aplicação dos *royalties* no território nacional e, em particular, no Estado do Espírito Santo. Propõe-se, ainda, uma reflexão sobre como tais recursos podem e/ou devem ser empregados para atender aos interesses e necessidades sócio-econômicas e ambientais tanto da presente quanto das futuras gerações.

Essa preocupação vem de um princípio ético, que é o da *justiça intergeracional*, o qual concebe as gerações futuras como participantes do processo. Ressalta-se, entretanto, que as questões acerca da utilização dos *royalties* apresentam divergentes posicionamentos e críticas, conforme muito bem exposto em artigo da lavra de Rodrigo Serra e Carla Patrão, onde os autores mencionam que: "[...] no tocante à aplicação dos *royalties*, a legislação mostrou-se vacilante, sendo impossível arriscar uma interpretação sobre as intenções dos legisladores" (SERRA & PATRÃO, 2003, p. 209). Para os referidos autores a legislação não atende ao princípio da justiça intergeracional, nem tampouco promove uma política compensatória.

A vinculação dos *royalties* do petróleo aos direitos e garantias fundamentais, é hoje um assunto de extrema relevância, pois, embora haja lacuna na atual legislação do petróleo a respeito de tal vinculação, não se pode afirmar em linha de princípio, que a Constituição Federal não estabeleça um comando interpretativo no sentido da citada vinculação.

Tendo em vista a lacuna normativa acerca da utilização dos *royalties* do petróleo, como estabelecer critérios válidos para promover a efetividade dos direitos sociais à luz dos princípios fundamentais da Constituição brasileira de 1988?

1. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO PETRÓLEO

Inicialmente, a matéria alusiva ao petróleo era regida por uma legislação específica denominada *Legislação do Petróleo*, dispersa em vários diplomas legais, a começar pelo Decreto-Lei nº 395, de 1938, que além de criar o Conselho Nacional do Petróleo, declarado como de utilidade pública, regulava a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, no território nacional, e, bem assim a indústria da refinação de petróleo importado ou produzido no país e dá outras providências.

Além do sistema constitucional que vem determinando, desde a Constituição de 1934, que a propriedade dos recursos minerais pertence ao Estado, a base jurídica para regulamentação do setor do petróleo e gás natural no Brasil foi solidificada pela Lei 2.004/53, a qual foi seguida por uma ampla campanha pública que enfatizava que o petróleo e o gás natural eram propriedades dos brasileiros. O *slogan* dessa campanha, "O Petróleo é Nosso", sempre foi associado à imagem da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, empresa criada em 1953, pela citada lei, para exercer as atividades relacionadas ao monopólio estatal sobre atividades exploratórias e de produção, impedindo o acesso de capitais estrangeiros à Petrobrás. A Lei 2.004 de 1953 foi durante mais de quarenta anos o principal diploma legal sobre a política nacional de petróleo.

Dignos de nota são também os diplomas legais aplicáveis à indenização sobre a lavra, notadamente a Lei 7.453, de 1985, e a Lei 7.525, de 1986, bem como o Decreto 93.189, de 1986, que estabeleciam os *royalties* a serem pagos aos estados, territórios e municípios sobre a produção de petróleo na plataforma continental. Essa previsão sobre pagamento somou-se ao que já era devido aos estados, territórios e municípios nos termos do art. 27 da Lei 2.004/53.

A Lei 7.453/85 sugeria critérios mínimos de distribuição para que os municípios aplicassem os recursos provindos dos *royalties*, como por exemplo, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio-ambiente e saneamento básico. Todavia, era utilizada no artigo a expressão **preferentemente**, não vinculando de forma alguma o administrador responsável pelo fim a que seria destinado o recurso.

Com o advento da Lei 7.525/86 houve a substituição deste termo por **exclusivamente**, pois dessa forma estaria demonstrando o legislador que havia sido omisso quanto à questão que diz respeito à destinação dos recursos provenientes dos *royalties*.

Tal vinculação, no entanto, não perdurou, pois com a Lei 7.990/89 foi suprimida tal exigência relativa à aplicação dos *royalties*, deixando de existir vinculação, exceto no que diz respeito à vedação quanto à aplicação dos recursos para pagamento de dívidas e do quadro permanente de pessoal. Posteriormente, com o advento da Lei do Petróleo (9.478/97) mantêm-se o mesmo posicionamento.

Cabe mencionar, que em relação ao pagamento de dívida, o art. 8º da Lei 10.195, de 14/02/2001, alterou o art. 8º da lei 7.990, de 1989, excetuando da vedação o pagamento de dívidas para com a União e suas entidades, além de permitir a utilização dos *royalties* também para capitalização de fundos de previdência.

Caçador (2005, p. 37) comenta que a ausência de características que refletem a questão da justiça intergeracional está patente na fraquíssima preocupação da legislação em vigor, pois abre brechas para o seu mau uso, o que levado a efeito pelos Estados e

municípios beneficiados, pode permitir com que os mesmos percam a oportunidade de alavancar o seu desenvolvimento econômico e social, bem como de preparar as respectivas economias locais para o fim do ciclo petrolífero.

A realidade que nos apresenta a atual legislação é a de que o administrador público ficou sem um critério ou norma a ser seguido quanto à aplicação dos *royalties*, salvo as vedações já mencionadas, ficando a sociedade à mercê de seu bom senso para aplicação de seus recursos em prol do interesse coletivo.

2. CONCEITOS

Por direitos fundamentais entende-se aqueles direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição (MIRANDA, 1998, p.8).

Para melhor demonstração das idéias em debate vale também como fundamentação mencionar a conceituação de Perez Luño, no que se refere aos direitos fundamentais do homem:

> Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma **convivência digna, livre e igual de todas as pessoas** (LUÑO *apud* SILVA, 2000, p. 182)

Tendo em vista ainda a concepção material de direitos fundamentais, cabe a ressalva no sentido da expressão “direitos do homem”, apresentada por Buergenthal:

> Direitos humanos são faculdades que o Direito atribui às pessoas e aos grupos sociais, expressão de suas necessidades referentes à vida, à liberdade, à igualdade, à participação política ou social, ou a qualquer outro aspecto fundamental que afete ao desenvolvimento integral das pessoas em uma comunidade de homens livres, exigindo o respeito ou a atuação dos demais homens, dos grupos sociais e do Estado, com a **garantia dos poderes públicos para restabelecer seu exercício no caso de violação ou para realizar a prestação** (BUERGENTHAL *apud* SAMPAIO, 2004, p. 23).

Com base nos conceitos supracitados, e diante do que vem a ser direito social, conforme preconiza o art. 6º da Constituição Federal é que está se propondo uma análise sobre a legislação que orienta a aplicação dos recursos provenientes dos royalties, visando atender os anseios sociais e colaborar para o debate a cerca do tema, uma vez que o Estado do Espírito Santo vem vivenciando um momento de expansão da atividade petrolífera, sendo necessário que a utilização dos recursos provenientes desta exploração seja algo que fortaleça a estruturação de uma sociedade igualitária e preocupada em garantir os direitos às gerações futuras. Sendo assim, embora a legislação infraconstitucional não vincule a aplicação a questões sociais, constitucionalmente, temos como garantia os direitos sociais, conforme preconiza o art. 6º da Constituição Federal.[1]

3. DESTINAÇÃO SOCIAL DOS ROYALTIES

Parece-nos inconcebível admitir que a riqueza oriunda do petróleo não atinja seu fim social e deixe de amparar a sociedade como ente coletivo. Muito embora a atual legislação federal não mais vincule a aplicação dos royalties na área social, estando o uso coerente e racional destes recursos a critério do administrador público, é imperativo

[1] Art. 6º da CF: São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.

que Estados e Municípios atuem de acordo com os preceitos constitucionais, garantindo direitos fundamentais a todos cidadãos. Nessa mesma linha, tem se posicionado a doutrina pátria. Sérgio Honorato dos Santos, assim se manifesta:

> [...] com o advento da Lei nº 9.478, de 6.8.97, que trata dos *royalties* nos arts. 45, inc. II, §§ 1º e 2º; 47 e parágrafos; 48 e incisos; e 50, § 1º, no que tange à utilização desses recursos, ainda mais se justifica essa tendência, pois neste particular a lei é omissa quando, do meu ponto de vista, não deveria ser. **Dessa forma, o silêncio da nova lei conferiu aos gestores maior liberdade no uso dessas receitas, desde que em observância aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** (SANTOS, 2003, p. 160). (grifo nosso)

Tendo em vista a referida omissão é que surge a preocupação no sentido de buscar uma vinculação aos direitos sociais.

4. A PROPOSTA NORMATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Vale mencionar, a título exemplificativo, que o Estado do Espírito Santo apresentou uma proposta pioneira no país no que se refere à destinação dos recursos provenientes dos royalties, a qual vislumbra a distribuição de parte da receita dos royalties para municípios capixabas que não produzem petróleo.

Assim, foi editada a Lei 8.308/06, criando o Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais (FRDR), o qual inclui a participação de 70 (setenta) municípios capixabas que até então não tinham direito garantido a receber royalties. Desta forma, o Estado sinalizou sua intenção de atuar de forma mais igualitária, preocupando-se em atender aos direitos sociais constitucionais.

Todavia, ainda surgem divergências quanto à normatização da questão, pois estamos diante de uma Legislação Estadual, vinculando a aplicação dos recursos provenientes dos *royalties* a áreas sociais, enquanto no âmbito federal há, atualmente, verdadeira lacuna normativa.

Salta aos olhos que o administrador público capixaba teve um norteamento legal para o uso dos recursos de *royalties* do petróleo, mas, mesmo assim, ainda sobrepairam dúvidas acerca dos critérios discricionários por ele utilizados para a aplicação dos citados recursos em prol dos direitos sociais.

5. A QUESTÂO DA DISCRICIONARIEDADE NA UTILIZAÇÃO DOS *ROYALTIES*

Será que pode haver discricionariedade no critério de aplicação dos *royalties*?

Pensamos que tal discricionariedade do administrador público é uma "falsa" realidade, pois assumir que o mesmo poderá não atender aos preceitos constitucionais seria diminuir a ordem do Estado Democrático de Direito como Lei Suprema. Na verdade, o administrador público está essencialmente vinculado às garantias e defesas dos cidadãos como seu representante direto.

Nesse sentido, Joaquim José Canotilho se manifesta:

> [...] a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, nem plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). (CANOTILHO, 1993, p. 53).

Inserido dentro desta linha de pensamento, vale mencionar um breve trecho de Humberto Theodoro Júnior, que retrata a evolução do conceito de desenvolvimento econômico no Estado Democrático de Direito:

> O Estado democrático de direito, em seus moldes atuais, evita participar diretamente na produção e circulação de riquezas, valorizando, o trabalho e a iniciativa privados. É, com efeito, na livre iniciativa que a Constituição apóia o projeto de desenvolvimento econômico que interessa a toda sociedade. Não é, contudo, apenas a livre iniciativa, o único valor ponderável na ordem econômica constitucional. O desenvolvimento econômico deve ocorrer vinculadamente ao desenvolvimento social. Um e outro são aspectos de um único desígnio, que, por sua vez, não se desliga dos deveres éticos reclamados pelo princípio mais amplo da dignidade humana, que jamais poderá ser sacrificado por qualquer iniciativa, seja em nome do econômico, seja em nome do social (THEODORO JÚNIOR, 2004, pg 33).

Segundo Bierwagen (2003, passim), diante do atual quadro de desigualdade e exploração social abriu-se espaço para um novo pensar sobre a atividade estatal, exigindo-lhe uma atuação interventiva, através da imposição de deveres que possam garantir ao indivíduo condições mínimas para uma vida digna.

Com efeito, enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão são uma espécie de comando negativo imposto ao Estado (*status negativus*), os direitos fundamentais de segunda dimensão estabelecem um dever de prestação por parte do Estado (*status positivus*) no sentido de fazer algo de natureza social em favor do indivíduo, ou seja, os direitos sociais constituem um dever de fazer, de contribuir, de ajudar por órgãos que compõem o Poder Público (LEITE, 2003, p. 280-281).

Os direitos fundamentais de segunda dimensão traduzem-se, portanto, em direitos de participação, cuja operacionalização exige uma política pública que tenha por objeto a garantia do efetivo exercício das condições materiais de existência de contingentes populacionais. Inserem-se no rol dos direitos fundamentais de segunda dimensão os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades (LEITE, 2003, p. 281).

5. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Parafraseando BUCCI, políticas públicas:

> "[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI *apud*, MOUSINHO, 2007, p. 33).

Com relação ao controle administrativo de políticas públicas no que se refere à aplicação dos *royalties*, a competência para fiscalização, desde o ano de 2004, dá-se através dos Tribunais de Contas Estaduais (MS 24.312-RJ, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.2.2003).

Na prática, porém, a discricionariedade na implementação das mencionadas políticas públicas continua a ser do administrador público, uma vez que a legislação federal (Lei 9478/97), dada a lacuna normativa já apontada, é silente a respeito da vinculação dos *royalties* aos direitos sociais.

Surge, então, a necessidade de um efetivo controle, não apenas no âmbito administrativo, o qual passa também por uma conscientização dos administradores para o atendimento a supremacia da Constituição Federal sobre todas as demais leis do nosso país, mas também no âmbito judicial, como veremos adiante.

Vale ressaltar que a implantação de políticas públicas é dever do administrador, o qual deverá realizá-la à luz dos direitos fundamentais e conforme os princípios de justiça conforme à Constituição, sendo ele, inclusive, passível de ser acionado judicialmente para vincular a sua conduta a tais direitos e princípios fundamentais. Até porque, a implantação de políticas públicas, especialmente exigidas constitucionalmente, nunca pode ser considerada como questão pertencente à seara da mera conveniência e oportunidade do administrador (FREIRE JR., 2005, p. 98).

Nesse passo, leciona César Pasold:

> Muitas sociedades, ao longo da história tem pago imenso preço por não fixar políticas claramente conducentes ao dever de agir de seus Estados, e, conseqüentemente, de normas de sua conformação jurídica geral (PASOLD, 1988).

É por meio do controle eficaz dos poderes públicos que se pode efetivar o direito fundamental, para que assim, dentro de uma perspectiva constitucional, tenhamos um Estado com o cunho social e que o cidadão tenha a certeza de sua garantia enquanto membro integrante da sociedade.

De modo a melhor esclarecer o tema, faz-se necessário um breve histórico acerca da evolução da legislação brasileira do petróleo principalmente no que se refere à aplicação dos *royalties*.

6. RETORNANDO À PROPOSTA NORMATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conforme dito anteriormente, o Estado do Espírito Santo apresentou uma proposta pioneira no país no que se refere à destinação dos recursos provenientes dos *royalties*, a qual vislumbra a distribuição de parte da receita dos *royalties* para municípios capixabas que não produzem petróleo. De acordo com a Lei Estadual n. 8.308/06, foi criado o Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais (FRDR), o qual inclui a

participação de 70 (setenta) municípios capixabas. Desta forma, o Estado-Membro demonstrou sua intenção de atuar de forma mais igualitária, preocupando-se em atender aos direitos sociais constitucionais.

Com o advento da citada lei estadual, os gestores municipais passaram a receber recursos, mas, em contrapartida, devem seguir critérios objetivos de aplicação dos mesmos, estando, assim, vinculados à aplicação em áreas sociais básicas para uma melhor qualidade de vida e de renda para os municípios receptores.

É justamente diante dessa vinculação é que surgem alguns questionamentos, pois apenas os municípios participantes do FRDR estão vinculados a investimentos sociais, enquanto os municípios produtores (petro-rentistas), e o próprio Estado, encontram-se desvinculados do Fundo e, portanto, da obrigação de investimentos em áreas sociais, abrindo assim uma lacuna na legislação, que poderá permitir que recursos sejam aplicados em áreas sem interesse da coletividade, comprometendo a efetividade dos princípios e dos direitos fundamentais.

Nos termos do art. 3ª da Lei Estadual n. 8.308/2006,

> Os recursos repassados aos municípios deverão ser depositados em conta específica e serão aplicados exclusivamente em investimentos, inclusive os respectivos rendimentos financeiros das disponibilidades visando:
> I – universalização dos serviços de saneamento básico;
> II – destinação final de resíduos sólidos;
> III – universalização do ensino fundamental e atendimento à educação infantil;
> IV – atendimento á saúde;
> V – construção de habitação para população de baixa renda;
> VI – drenagem e pavimentação de vias urbanas;
> VII – construção de centros integrados de assistência social;
> VIII – formação profissional;

IX – transportes;

X – segurança;

XI – inclusão digital; e

XII – geração de emprego e renda.

Certamente a criação do FRDR foi um importante avanço, no sentido de direcionar os recursos que até então pertenciam exclusivamente ao Estado-Membro aos municípios não produtores, condicionando-os, todavia, a estabelecerem prioridades para a aplicação dos recursos provenientes dos *royalties*, levando em conta as carências e a realidade social local.

É inegável que os Prefeitos dos Municípios capixabas não-produtores de petróleo passaram, com o advento da citada lei estadual, a ter um norteamento para a implementação das políticas públicas alusivas à aplicação dos *royalties* em prol dos direitos sociais. Todavia, permanece a lacuna normativa no plano infraconstitucional em relação aos Municípios petro-rentistas, o que, na prática, pode implicar obstáculos à efetividade dos direitos sociais, ampliando as desigualdades locais e seus efeitos deletérios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se vê, estamos ainda diante da necessidade de continuidade de discussões acerca do tema, principalmente, pelo fato de o Espírito Santo estar ganhando espaço como a mais nova província petrolífera do país.

Urge superar os dogmas do legalismo que tanto regulam, mas que muitas vezes não são baseados no interesse social, e priorizar a aplicação direta das normas constitucionais, com ênfase para os direitos fundamentais e princípios de justiça social.

É preciso, pois, examinar como vem sendo a atuação e planejamento dos Estados, bem como de seus Administradores Públicos, diante da temática alusiva à aplicação dos

royalties do petróleo, buscando a execução de políticas públicas na sua gestão sob a perspectiva da promoção de correção das desigualdades sociais.

Esperamos que este estudo sirva para promover o debate e a conscientização da sociedade e dos gestores públicos sobre a necessidade de adotar adequadas políticas públicas na aplicação dos recursos oriundos dos *royalties* mediante uma nova hermenêutica constitucional que promova a efetivação dos direitos sociais com justiça e igualdade substancial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil**. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988.

_____. **Decreto 395 de 29 de Abril de 1938**. Declara de utilidade pública e regula a importação, exportação, transporte, distribuição e comércio de petróleo bruto e seus derivados, no território nacional, e bem assim a indústria da refinação de petróleo importado em produzido no país, e dá outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1938. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Lei 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1953. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Lei 7.453, de 27 de dezembro de 1985**. Modifica o artigo 27 e seus parágrafos da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, alterada pela Lei nº 3.257, de 2 de setembro de 1957, que dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade por ações Petróleo Brasileiro

Sociedade Anônima, e dá outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1985. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Lei 7.525, de 22 de julho de 1986.** Estabelece normas complementares para a execução do disposto no art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, com a redação da Lei nº 7.453, de 27 de dezembro de 1985, e dá outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1986. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Lei 7.990, de 28 de dezembro de 1989**. Institui, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais em seus respectivos territórios, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, e dá outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1989. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Lei 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e dá outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1997. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Decreto 2.705 de 03 de Agosto de 1998**. Define Critérios Para Calculo e Cobrança das Participações Governamentais de que trata a Lei 9.478, de 6 de Agosto de 1997, aplicáveis as Atividades de Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural, e da outras providencias. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 1998. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. **Medida Provisória 2.103-37, de 26 de janeiro de 2001**. Dispõe sobre operações financeiras entre o Tesouro Nacional e as entidades que menciona, e dá

outras providências. **Lex**: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 2001. In: www6.senado.gov.br/legislacao - acesso em 01/06/2006.

_____. STF – Supremo Tribunal Federal. **MS 24.312-RJ**, rel. Ministra Ellen Gracie, 19.2.2003. In: www.stf.gov.br/processos/processo.asp - acesso em 12/08/2006

CAÇADOR, Sávio, B. 2005. **Os impactos dos *royalties* do petróleo na economia e nas finanças publicas do Espírito Santo e de seus municípios.** Monografia de Conclusão de Curso em Economia, Universidade federal do Espírito Santo, Vitória, 2005, 102 p.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª Edição, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ESPÍRITO SANTO. **Lei 8.308 de 14 de Junho de 2006**. Cria o Fundo para a Redução das Desigualdades Regionais e dá outras providências. Diário Oficial do Estado do Espírito Santo. In: http://governoservico.es.gov.br - acesso em 01/06/2006.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. 1ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito e processo do trabalho na perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 2ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PASOLD, César Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2ª Edição, Florianópolis: Estudantil, 1988.

RODRIGUES, Viviane Mozine. 2005. **Os *royalties* do petróleo no Espírito Santo**. Anais da III Semana do Advogado da UVV. Vila Velha, pp 135-171.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. 1ª Edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SERRA, Rodrigo & PATRÃO, Carla. **Impropriedades dos critérios de distribuição dos *royalties* no Brasil.** In: Piquet, Rosélia. Petróleo, *royalties* e região. Rio de Janeiro: Garamond, pp. 185-218, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Contrato e Sua Função Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

O USO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO MEIO DE FORTALECIMENTO DA CIDADANIA FRENTE À CRISE DO ESTADO

Daniela Richter[*]

Rosane B. Mariano da Rocha Barcellos Terra[**]

Sabrina Cassol[***]

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o uso da democracia participativa como meio de fortalecer a cidadania, bem como sobre os seus reflexos frente à crise do Estado. Tem como finalidade precípua contribuir para uma reflexão em torno da necessidade da ampliação de ambos os institutos. Para tanto, foi preciso traçar algumas premissas sobre o contexto e o conseqüente surgimento do Estado, de seu monopólio do Direito e do conseqüente surgimento da globalização, para ao final expor tal teoria e contrapor com a realidade existente.

PALAVRAS-CHAVES: DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL, FORTALECIMENTO DA CIDADANIA, CRISE DO ESTADO

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el uso de la democracia participativa como medio de reforzar la ciudadanía, bien como sobre sus reflejos frente a la crisis del Estado. Tiene como finalidad precipua aportar para una ponderación en torno de la necesidad de la ampliación de ambos los institutos Para tanto, fue necesito plantear algunas premisas sobre el contexto y el consecuente surgimiento del Estado, de su monopolio del Derecho y del consecuente surgimiento de la globalización, para al final exponer tal teoría y contraponer con la realidad existente.

PALABRAS-LLAVES: DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL, FORTALECIMIENTO DE LA CIUDADANÍA, CRISIS DEL ESTADO

---

[*] Advogada, Especialista em Direito Constitucional, Mestre em Direito, Professora de Direito Constitucional e de Direito da Criança e do Adolescente da UNISC – Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Prof. Dra. Marli M. da Costa.

[**] Advogada, Especialista em Pesquisa, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Professora de Direito Civil e Penal da UNISC. , Membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas da UNISC, coordenado pela Prof. Drª. Marli M. M da Costa.

[***] Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Pesquisadora/bolsista da Coordenação de aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, Advogada, membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas coordenado pela Professora Pós-Doutoranda pela Universidade de Burgos, Marli M. da Costa.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Na atual conjuntura, os problemas sociais e econômicos enfrentados pela sociedade contemporânea têm aumentado muito nos últimos anos, devido, sobretudo, às conseqüências da globalização. O Estado longe está de ser uma instituição garantidora de demandas da sociedade, eximindo-se cada vez mais de seu papel, o que tem corroborado às forças do mercado, que acabou, igualmente, expandindo seu espaço. Conseqüentemente, não é comum deparar-se com a falta de efetivação de políticas públicas, com a desigualdade e a exclusão social.

Para que se possa entender essa concretização, far-se-á uma abordagem geral pela trajetória da sociedade e seus principais problemas sociais e econômicos, com o fim específico de demonstrar por qual motivo esse assunto está sempre em pauta, ressaltando-se, inclusive, os níveis de complexidade de nossa sociedade.

Do mesmo modo, também se destacará a crise do Estado, demonstrando que o mesmo não tem condições de cumprir as demandas que antigamente cabiam a ele. Na seqüência, abordar-se-á a redemocratização no Brasil, a efetivação da democracia por meio da participação da sociedade civil nas decisões políticas como forma de fiscalizar e buscar novas maneiras de se efetivar os direitos da coletividade.

Nesse ínterim, cumpre ressaltar que a questão a ser tratada é pertinente e complexa, pois visa trazer direcionamentos efetivos em busca de uma cidadania plena, buscando a partir da participação da comunidade uma maior efetivação da democracia participativa, que apesar de inúmeros progressos ainda se encontra em tímida repercussão. É o que se passa a evidenciar.

2. Dos primórdios da sociedade ao mundo globalizado...

Antes de adentrar especificamente na questão do uso da democracia procedimental como meio de fortalecimento da cidadania, é de fundamental importância a passagem pela descrição histórica do surgimento do Estado, para contextualizar os fatos de maior relevância sobre o tema, haja vista a sua correlação com a origem do monopólio estatal sobre o Direito.

Durante séculos se entendeu que a sociedade e o Estado eram a mesma coisa, que não existiam formas associativas humanas diferentes do Estado, entretanto, Aristóteles foi o primeiro a considerar a família como uma "forma embrionária e imperfeita da *polis* e seu tratamento foi colocado no início da política"[1]. Logo, a sociedade teve que evoluir para considerar que ela pudesse se tornar uma instituição capaz de auxiliar na tomada de decisões, com o objetivo de fiscalizar e escolher as demandas em que o Estado deverá atuar e de qual forma.

Segundo Moraes[2]

> esta instituição social terá surgido, não como um poder de indivíduos privilegiados, autoconsiderados superiores, o poder de uma classe dominante sobre massas humanas infalivelmente subordinadas, mas como um processo natural, como a caracterização do *dominium* de um povo em relação a determinado território.

Então, parece que o Estado é uma invenção do ser humano para compor suas demandas, de forma a propiciar o desenvolvimento harmônico com os demais indivíduos, devido a sua individualidade e singularidade. Desta forma, a idéia de Estado parte do pressuposto teórico de que os homens precisam viver em sociedade e, assim, carecem, igualmente, ser regrados por uma instância externa a eles, dotada de coerção, que só poderá ser desencadeada em nome da ética e do bem comum.

Portanto, a partir da formação das estruturas sociais e do nascimento do Estado de Direito, mais especificadamente, da elaboração teórica de Maquiavel, nasce o interesse do Estado em administrar os ideais públicos, com o objetivo primordial de evitar a ocorrência de abusos por parte daqueles que possuíam o poder. Desta forma, Maquiavel criou três poderes, o Executivo para administrar, o Legislativo para legislar e o Judiciário

[1] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para um teoria geral da política*. 9 ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2001. p. 60-61.
[2] MORAES, Emanuel de. *A origem e as transformações do Estado*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1996, p. 17.

para julgar, cada um com uma função específica, de forma que entre eles existisse a fiscalização da eficiência, criando assim uma balança para mediar o emprego do poder perante a sociedade. [3]

Para Wolkmer[4], o Estado surgiu como uma edificação, resultado de um novo modo de produção que surgiu nos burgos. É desse modo, um sujeito artificial, centralizador, institucionalizado, que se fortaleceu cada vez mais, na medida em que detinha o monopólio da força e da burocracia.

O Estado era visto como uma estrutura organizada e equilibrada, entretanto, essas bases estão sendo afetadas, hodiernamente, no que tange a sua característica de provedor de serviços. Essa situação trouxe um certo desequilíbrio, principalmente porque permitiu a ampliação da capacidade dos mercados em moldar as estruturas administrativas vigentes e o desenho das políticas públicas, ou seja, criou-se um descompasso.[5]

Nas últimas décadas, a globalização trouxe inúmeras transformações, de intensidade a nível global, redefinido os contextos, os objetivos, os meios e as subjetividades das lutas sociais e políticas. A globalização conseguiu retirar do Estado, sem qualquer resistência expressiva o papel de gerenciador e mantededor das demandas da sociedade. O mercado passou a impor seu ritmo avassalador na vida de todo o mundo. O lucro passou a ser o objeto número um a ser buscado, e as demandas sociais passaram a ser esquecidas, ou seja, não cumpridas. A partir deste contexto, a sociedade começou a visualizar a decadência das ações estatais em prol do social. Assim, as desigualdades sociais se aprofundaram e a exclusão social passou a ser considerada como algo natural.

Em outras palavras, a globalização neoliberal constitui hoje, sem dúvida, um regime de acumulação de capital, muito mais intenso que os anteriores que visa, por um lado, dessocializar o capital libertando-o dos vínculos sociais e políticos, que no passado garantiam alguma distribuição social. E, por outro lado, submeter à sociedade no seu

[3] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 38.
[4] WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 21.
[5] CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER,M. A.; SOBREIRA, R. (Orgs). Desenvolvimento e construção nacional: políticas publicas. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 14.

todo a lei do valor, adotando o pressuposto de que toda a atividade social é mais bem organizada quando realizada sob a ótica de mercado. Sua principal conseqüência é a distribuição desigual dos custos e das oportunidades produzidas pela globalização neoliberal dentro do sistema mundial, o que acaba gerando o aumento exponencial das desigualdades sociais, entre países ricos e pobres e entre países ricos e pobres, no interior de cada país.[6]

Ademais a crise social, econômica, política e cultural, influenciada pelo progresso e pelas incertezas do amanhã acabam reduzindo o viver e um "'dia-a-dia' ou transformam o recurso ao passado em fundamentalismos ou nacionalismos fechados". E a partir disso surgem "os gigantescos problemas de civilização, demandando mobilização para humanizar a burocracia e a técnica, defender e desenvolver as convivialidades e solidariedades".[7]

Tudo isso demonstra que a sociedade evoluiu muito rapidamente e com isso, o surgimento de inúmeros problemas de cunho social, econômico, cultural, político, tanto para a coletividade quanto para o indivíduo como sujeito de direitos e deveres, pois todos estão dentro de um contexto capitalista, guiados pela economia globalizada, que não se importa com as conseqüências negativas que gera, como por exemplo a exclusão social. Assim não se pode dar destaque a um problema em si, pois aquele desencadeia muitos outros e não se constitui no objetivo desse trabalho esmiuçar tais fatores.

Ressalte-se que a existência da exclusão social e da marginalização são conseqüências de vários fatores, entre eles o fato de o Estado estar muito mais a serviço do econômico do que do social no contexto contemporâneo, fazendo com que a coletividade, ou seja, a sociedade civil, lute pelos seus direitos fazendo com que se tornem os depositários da vontade soberana popular.[8]

---

[6] SANTOS, B. de S.; Rodrigues, C. Prefácio. In: _____. SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brazileira, 2002. p. 14.
[7] MORIN, Edgar. O pensamento socialista em ruínas. O que se pode esperar? Tradução Márcio Oliveira Dorneles *In*: MORIN, Edgar. et. al. *A decadência do futuro e a construção do presente*. Florianópolis: UFSC, 1993. p. 32.
[8] LEAL, Rogério Gesta. O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46.

Diante disso, denota-se que o Estado não consegue prestar garantir à cidadania devida aos seus cidadãos, por isso, ela passa a ser buscada não só pelos indivíduos dentro de um Estado Democrático, mas pelos demais atores, como as organizações não-governamentais, associações, cooperativas. Este quadro se revela devido à situação gerada pela influência econômica, que não está inserida somente no contexto brasileiro, mas em nível mundial. A exclusão está em toda parte, não apenas da classe mais forte sobre a mais fraca, mas entre os mais fortes com os da mesma hierarquia.[9]

Portanto, a função do Estado como formulador e irradiador de políticas públicas capazes de continuar a promover o Estado de bem-estar conquistado ao longo da história e o seu retrocesso nos dias de hoje, pelo seu esgotamento de possibilidades políticas e econômicas, fez com que o mesmo repensasse o seu papel no processo de condução do desenvolvimento e na garantia do conjunto mínimo de direitos da população em geral. Pois, diante das novas exigências globais o Estado deixa de ser o protagonista principal na cena político-jurídico-institucional, e passa a compartilhar com outros atores os papéis de encaminhamento e alternativas a um novo tipo de sociabilidade, como dito anteriormente.

Diante disso, torna-se imprescindível demonstrar o poder da democracia neste contexto, bem como afirmar a necessidade de uma nova relação entre a sociedade e o Estado, remodelando o modelo organizacional de nosso país. Assim, na seqüência será elucidada a relevância dessa união de forças.

3 A Democracia Participativa e o novo papel do poder local frente à crise do Estado e de sua Administração Pública

Após anos de autoritarismo devido ao período militar, começou a se repensar sobre uma nova forma de governabilidade. A partir daí buscou-se um país mais livre, mais solidário, mais justo, ou seja, um país democrático, no qual a liberdade e a igualdade são efetivamente garantidas.

[9] MORIN, Ibidem, p. 101.

Na década de 70, foi iniciada uma tendência na sociedade civil de se pensar e analisar a política por uma nova ótica. Foi a partir daí que os movimentos sociais foram se corporificando com a intenção de representação da sociedade, e neles foram depositadas todas as esperanças de luta, contra o populismo dos partidos e dos sindicatos, capazes de lutar legitimamente a favor das demandas sociais.[10]

Com a promulgação da nossa Constituição Cidadã de 1988, a democratização foi implantada em nosso país, com um fim bem específico, melhorar em muito as condições sociais, econômicas, culturais e políticas.

Importante também referir, que o conceito de democracia variou muito de acordo com o período histórico em que era empregado, esse termo desde a idade clássica até os dias atuais, foi usada sempre com o objetivo de designar uma das formas de governo, ou seja, um dos vários modos que o poder político pode ser exercido, mas especificadamente, aquela forma de governo em que o poder político é exercido pelo povo.[11]

Dessa forma, um Estado Democrático só se torna efetivo quando as relações de poder estiverem estendidas a todos os indivíduos, no qual todas as regras e procedimentos estejam demarcados, para que deste modo, alcancem tanto a participação e interlocução com todos os interessados, inclusive pelas ações governamentais, como assegurem "o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, (...)"[12]

Logo,

> [....] a concepção de poder e de governo atrela-se à figura do indivíduo/cidadão e às condições de possibilidades do seu desenvolvimento econômico e social, o papel do cidadão é o mais elevado a que um indivíduo pode aspirar. O exercício do poder pelos cidadãos, nos estritos termos da Lei e neste período histórico, é a única forma legítima pela qual a liberdade poder ser sustentada e efetivada.[13]

[10] MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006. p. 32.
[11] BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para um teoria geral da política. 9 ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2001. p. 135.
[12] LEAL, 2006, ibidem, p. 27.
[13] LEAL, ibidem, p. 21.

Isso demonstra que a democratização resulta no fortalecimento da sociedade civil e de suas organizações, pois a ela é dado o poder de decisão sobre o gerenciamento das ações da administração pública.

Em razão disso, pode-se notar que o poder deve ser uma das maiores preocupações dos cidadãos em um Estado democrático, pois o mesmo deverá ser despersonalizado. A democracia opera na prática como um mecanismo de modernização, filtração e decantação dos processos do poder, por isso, ela é um procedimento mais lento quanto às tomadas de decisões, esse é o preço a ser pago.[14]

Logo, a democracia não trouxe somente o fortalecimento do poder de decisão da sociedade frente ao Estado, mas também a reestruturação econômica, que traz consigo a crescente liberalização e as privatizações. A economia exige do Estado a necessidade de aumentar a eficiência. Isso leva a administração se tornar cada vez mais burocrática e obsoleta, sendo obrigada a implantar o sistema gerencial, baseada na "descentralização, no controle de resultados e não no controle de procedimentos, na competição administrativa, e no controle social direto." [15]

Logo, Leal preceitua que o Estado Democrático Brasileiro passa por inúmeras crises dentro as quais a da legitimação das instituições tradicionais da democracia contemporânea, pois sua intervenção não consegue acompanhar as evoluções da sociedade. Ela surge "quando as demandas crescem mais rapidamente do que as recompensas ou respostas". Ao lado da crise de legitimação, ainda existem pelo menos duas, a de identidade e a da eficácia. As duas se encontram entrelaçadas, pois a identidade das instituições públicas ou privadas não conseguem mais

> distinguir quais suas funções originárias e efetivamente públicas, servindo como meros instrumentos de assalto ao poder por interesses e corporações pouco representativas da sociedade como um todo; em nível de eficácia, por terem perdido sua legitimidade e sua identidade, não conseguem - e sequer priorizam -, atender as demandas efetivas e operacionais da comunidade que representam oficialmente.[16]

[14] SARTORI, Giovani. Teoria de la democracia: 2.Los problemas clásicos. Madri: Alianza Editorial, 1997. p. 525.
[15] SPINK, Peter; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. (Orgs). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Tradução Carolina Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: FVG, 1999. p. 11.
[16] LEAL, ibidem, p. 26-27.

Este é o contexto em que se vive, pois os problemas não são apenas da efetivação ou não, mas de como a gestão está sendo cumprida, por isso, também será necessário fazer uma reforma, dentro do âmbito das repartições públicas para que se possa atingir a verdadeira finalidade, a diminuição da burocracia, a melhora nas prestações dos serviços prestados pelo Estado, etc. Em conjunto a isso, faz-se primordial a participação efetiva da sociedade nas tomadas de decisões, buscando a efetivação de uma gestão compartilhada entre a Administração e a coletividade, assim como preceitua a Constituição pátria.

Especificamente, no que diz respeito a contextualização do tipo de democracia que se está vivenciando na prática, as contribuições de Jürgen Habermas tornam-se oportunas, porém, desde já, convém esclarecer que o seu entendimento sobre democracia sofreram algumas transformações de cunho mais aprimorado e otimista.

Logo, segundo ele a democracia não é mais determinada por seu conteúdo em relação a uma forma de vida, mas sim os interesses generalizados de todos os indivíduos. A democracia se realiza não mais somente pelo interesse na participação de auto-determinação. Agora ela torna possível a regularização da satisfação de interesse privado. E ainda se torna possível a prosperidade sem liberdade. Também não está mais amarrada em relação a distribuição de poder político, agora ela traz uma oportunidade de acesso ao poder, "igual elegibilidade para eleições rumo a condições de poder". E continua explicitando que a

> a democracia não mais tem a meta de racionalizar autoridade através da participação dos cidadãos em processo discursivo de formação de vontades. É dirigida, em vez disto, a tornar possíveis acordos entre elites dominantes. Pois, a substância da teoria democrática clássica finalmente sucumbiu.[...] Deste modo, o pluralismo de elites, substituindo a autodeterminação do povo torna o poder exercido privadamente também independente da formação racional da vontade. Conforme a nova teoria da autoridade, os pressupostos da democracia estão cumpridos: "se (a) os eleitores podem escolher entre elites competitivas; (b) as elites não têm êxito em tornar hereditário seu poder ou em bloquear o acesso de novos grupos sociais rumo aposições de elite; (c) as elites dependem do suporte de colisões flutuantes, de modo que nenhuma forma exclusiva de dominação possa ocorrer; e (d) as elites que são dominantes em diferentes esferas sociais- por exemplo, negócio, educação e arte - não podem formar aliança comum".17

[17] HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.p.155-154.

Logo, o que Habermas quer dizer que se a democracia não for exercida pela maioria dos cidadãos, ela pode ser considerada uma falácia, pois somente atenderá aos interesses das elites, ou seja, na atual conjuntura, o que nos leva a crer que a vontade geral está sucumbida pela competição de elites, que brigam por representatividade no poder.

Contudo, a idéia de Habermas[18] sobre o democracia avançou muito, pois com a criação da teoria da ação comunicativa, pois passou a aceitar a existência da razão comunicativa, que se caracteriza pela capacidade dos homens colaborarem entre si, deixando a idéia que o homem só almejava seu próprio interesse, buscando seu sucesso. Logo, de maneira superficial, sem maiores aprofundamentos poder-se-ia dizer, que com essa colaboração poderia se desenvolver um processo democrático sério e efetivo, buscando assim a concretização da cidadania, oportunizando desta forma, a construção de um novo mundo, uma nova sociedade, mas precisamente para Habermas uma conseqüente transformação do mundo da vida, ou seja, de nosso sociedade, tornando-a mais justa, diminuindo assim suas desigualdades.

Além disso, o tipo de democracia pretendida para um país como o Brasil deve incorporar à lógica social à lógica estatal. "O Estado, como ente regulador, indutor e garantidor da ordem pública não é mais um poder distanciado de seus comandados, mas se pensa pelas necessidades de seus cidadãos." É por isso que um aparelho institucional deve se adaptar a nova dinâmica social fortalecendo deste modo o processo democrático e ampliando assim a inclusão social.[19]

Por isso, na década de 90 iniciou-se a discussão no Governo de Fernando Henrique Cardoso sobre a Reforma do Estado. O então ministro Bresser Pereira era o idealizador da proposta de modernização do país, superando todos os limites da administração burocrática, almejando a implantação de uma administração pública gerenciável,

[18]HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa:* Vol. I, Racionalidade de la Acción y racionalización Social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.
[19] RUEDIGER, Marco Aurélio.; RICCIO, Vicente. O novo contrato social: desenvolvimento e justiça em uma sociedade complexa. *In:* CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER,M. A.; SOBREIRA, R. (Orgs). Desenvolvimento e construção nacional: políticas publicas. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 20-21.

eficiente, voltada à efetivação da cidadania. Segundo ele, somente assim, as políticas púbicas deixarão de ser limitadas pela rigidez e ineficiência da máquina administrativa.[20]

É um novo modo de pensar a administração pública mais flexível, com capacidade de adaptação as mudanças, superação da rigidez e a padronização da burocracia[21] [22].

Farah, fala que a solução está na dimensão democrática dos governos locais e que as experiências inovadoras no combate aos problemas deste contexto, como a inversão de prioridades na aplicação dos recursos públicos, o trabalho com auxílio da participação popular, a otimização dos recursos públicos, demonstrando preocupação com a transparência administrativa e com o acesso de informações aos seus cidadãos, dentre tantos outros que poderiam ser aqui citados[23] .

Dessa forma, o Estado apesar de possuir as condições materiais necessárias para desempenhar suas funções, não consegue e, por isso, cabe a comunidade buscar formas de resolver alguns desses problemas, pois se ficar inepta, esperando soluções imediatas por parte do Estado, contribuirá com o aumento da crise falencial por qual nosso modelo de administração pública está passando. Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde sua legitimidade ou, em outros termos, a questão da legitimidade desse Estado torna-se um problema.[24]

Assim, o Estado não pode ser visto como um órgão neutro, mas sim como um órgão diferenciado, que aceita a ajuda da sociedade civil na resolução das novas demandas da sociedade extremamente pluralista, que por meio dos novos atores políticos,

---

[20] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 52-53.

[21] Tal prática ganhou importância graças ao concurso Inovações na Gestão Pública Federal, criado em 1996 pela Escola Nacional de Administração Pública (Enap), ligado ao Ministério de Administração e Reforma do Estado (Mare), e do Instituto Helio Beltrão.

[22] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 53-54.

[23] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 55.

[24] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 206 p. 48.

vem colaborando, fiscalizando, enfim, buscando mais efetividade e transparência na gestão pública.

Visto a necessidade de uma reforma da gestão do setor público, devido ao Programa Gestão Pública e Cidadania, programa existente devido a parceria entre Fundação Getúlio Vargas e da Fundação Ford, iniciou-se também a movimentação em relação a modificações no poder local, ou seja, do município, ambos, sendo apoiados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social com o objetivo de focalizar as experiências positivas existentes na esfera subnacional brasileira para contribuir com a revelação de alternativas que foram implementadas e alcançaram êxito frente as ações de gestão do Executivo, Legislativo e Judiciário.[25]

Portanto, após longos debates sobre a não efetivação da democracia e conseqüentemente da cidadania, iniciou-se a discussão sobre as principais mudanças na gestão da Administração Pública e de como alcançar melhores resultados. Assim, o entendimento partiu da idéia de que se deveria repassar mais poderes aos municípios, ou seja, prestigiar o âmbito local, como forma de iniciar essa remodelação da gestão.

O poder local é propicio para se alcançar de forma mais efetiva da participação da sociedade nas decisões das demandas da Administração Pública, devido a sua extensão territorial e pelos órgãos administrativos estarem mais presentes na vida de seus cidadãos. Em razão disso, se abordará as transformações pelas quais o município passou devido aos poderes concedidos ao mesmo, pela Constituição Federal.

4 A gestão municipal e as suas principais inovações no âmbito da Administração Pública frente aos novos atores políticos

Depois de muita discussão sobre a não eficiência e da não transparência das demandas da Administração Pública de uma forma geral, passou-se a questionar qual

[25] SPINK, Peter. A inovação na perspectiva dos inovadores. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 53-54.

seria a melhor alternativa. Estudos foram feitos e, a maioria deles, concluiu que se deveria repassar mais competências aos Municípios, como dito.

Com a evolução e a expansão do associativismo civil a partir dos anos oitenta, devido, principalmente a aceleração da crise econômica e a perplexidade trazida pela institucionalização, esse quadro fez com que a sociedade começasse a se organizar no âmbito do poder local, causando uma certa confusão quanto à concepção de participação, pois houve o fortalecimento de novas instituições na gestão pública, já que a partir daí a sociedade começou a se envolver mais, fiscalizando, atuando nos conselhos de saúde, de educação, nos mutirões, dentre outros setores que sofreram sua influência[26].

Nesse sentido, tem-se que a Constituição concedeu ao município o lugar de maior destaque em relação ao desenvolvimento urbano. Com a promulgação das leis orgânicas e de alguns mecanismos institucionais, de caráter permanente ou eventual, que contribuem para a democratização da gestão nas esferas locais, por exemplo,[27] alterando, portanto, o perfil federalista brasileiro, descentralizando os recursos e encargos da União para os Estados e Municípios. A partir disso, a esfera municipal ampliou significativamente suas competências, aumentando assim a participação dos governos locais na repartição dos recursos fiscais.[28]

Apesar das inovações alcançadas, a própria CF/88 possui "algumas ambigüidades na definição de competências e na escassez relativa de recursos", pois ela trouxe em seu bojo mais responsabilidades na realização do gasto público e na promoção de políticas sociais, trazendo assim, portanto, maior desenvolvimento a esfera local[29], muito embora às vezes, acabem faltando recursos para sua real implementação.

---

[26] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 43-47.

[27] MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006. p. 19.

[28] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 41.

[29] FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 42.

Dessa forma, faz-se necessário que a sociedade civil participe mais das decisões públicas como forma de exercer sua cidadania, buscando minimizar as conseqüências trazidas pela globalização no campo social, pois senão, cada vez mais, nossos direitos serão restringidos e na mesma proporção se agravará a exclusão e a desigualdade.

Vê-se que a democracia participativa abre caminhos mais satisfatórios ao poder local, pois conforme Leal, a partir desta concepção, a administração pública passa a ser chamada como gestão pública compartida, pois conta com a efetiva participação popular em todos os seus âmbitos.[30]

Desse modo, a realidade social transcende todo o mundo, inclusive nosso país. A busca pela democracia efetiva acaba gerando processos que manifestam a intenção da construção de uma cidadania aberta onde os cidadãos possam participar e controlar a gestão pública, com dimensões "não só suficientes, mas necessárias para garantir a construção democrática".[31]

Por isso, necessita-se demarcar os novos espaços de comunicação política e dos novos instrumentos de participação, pois assim alcançaremos uma melhor eficácia quanto ao exercício de gestão dos interesses da coletividade, expandindo a democracia, de forma que a construção social alcance a cidadania contemporânea, que passa a ser representada por novos sujeitos sociais, muito mais conscientes do papel a ser desempenhado[32].

Ressalte-se, nesse contexto, as palavras de Leal

> A gestão pública democrática de direito deve ter como base à participação efetiva de todos os membros da sociedade, para que todos tenham capacidade de participar, de ser parte do discurso, porque e se assim não for, acorre uma crise de identidade, legitimidade e eficácia das instituições representativas do Estado. (...) Administração Pública brasileira, fechada em circuitos de poderes institucionais (Executivo, legislativo e Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público, o que não mais ocorre em razão da própria falência do modelo endógeno de representação política tradicional vigente até hoje.[33]

[30] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 206 p. 57.
[31] Introdução. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 11.
[32] LEAL, 2006, ibidem, p. 23.
[33] LEAL, 2006, ibidem, p. 41.

Assim, a democracia, nesse diapasão, caracteriza-se como a síntese do exercício do poder político exercido pelo povo, através dos princípios da igualdade e liberdade, uma vez que a democracia não pode existir desvinculada dos Direitos Fundamentais, porque ela própria para ter eficácia necessita deles.

Diante dos acontecimentos hodiernos, o Estado brasileiro carece (como se vem destacando) de uma reforma, que tem sido compartilhada pelas entidades representativas da sociedade civil. Assim, convém demonstrar, os mecanismos que asseguram aos cidadãos o direito de participação popular.

Resulta-se neste cenário, a inserção de alguns artigos no corpo da nossa Constituição, como é o caso do artigo 14, que menciona sobre a soberania popular exercida através do direito de votar e ser votado, mediante plebiscito, referendo e pela iniciativa popular. Já os artigos 29 e 30 mencionam a necessidade da participação de seus cidadãos na feitura da lei orgânica dos municípios, através de associações populares, ou de associações civis para que o processo de organização das cidades se construa através da democracia participativa, atingindo assim um amadurecimento legislativo, onde a coletividade saia como vitoriosa.

Nestes artigos a democracia participativa está incutida, pois eles visam a inter-relação entre o público e a coletividade, a participação da sociedade civil nas decisões de gestão pública. O exercício deste direito traz, sem dúvida, maior efetividade à cidadania de um povo, pois suas decisões também estarão influenciando na gestão local.

Assim, o que a coletividade deve buscar na Administração Pública é a sua interação com a mesma, com a garantia de um espaço público de enfrentamento de todos os problemas sociais, culturais, políticos e econômicos, acolhendo desta forma, “a deliberação e a execução das políticas públicas norteadoras das ações públicas voltadas à comunidade como um corpo político orgânico e ativo”. É este viés que deve ser seguido à implementação de um “novo modelo de gestão pública compartida, criando as

condições objetivas e subjetivas para que a participação política da cidadania seja condição de possibilidade da Administração Pública Democrática".[34]

Entretanto, cabe ainda mencionar que, apesar da população estar mais conscientizada de seus direitos, ela ainda precisa de maior expressividade, somente em alguns locais, os cidadãos mais pobres e excluídos se encontram engajados a buscar melhoras sociais na coletividade. E para que isso se concretize, faz-se necessário, uma maior abordagem ou publicitação desses direitos tanto por parte do Estado como do setor privado que se encontra em número cada vez mais expressivo neste campo, através do terceiro setor.

Temos os direitos, mas não somente uma classe mais elitizada se utilize deles para a aplicação de seus interesses perante aos da coletividade. Por isso, campanhas publicitárias, encontros nas comunidades, chamamentos por parte de todos os autores envolvidos concretizará ainda mais a efetivação da participação da camada mais pobre, buscando assim diminuir as desigualdades sociais e a exclusão social, que são tão expressivas em nosso país.

Assim, com a verdadeira participação da maioria da população, as decisões compartilhadas entre a administração pública e a sociedade, o poder local estará constituído na cidadania, logo, isso resultará em políticas públicas mais eficientes, concretizando desta forma a inclusão social, que surge a partir dessa "capacidade de articulação entre os interesses públicos e privados, cujas bases filosóficas e operacionais precisam ser pensadas e executadas (...)".[35]

Portanto, através desses instrumentos foi possível a incorporação dos novos ideais culturais surgidos na sociedade, implementando, ao menos formalmente, a democracia participativa. Uma experiência bastante conhecida, exemplificativamente, que tem se mostrado muito eficaz, é o caso do orçamento participativo da cidade de Porto Alegre, através da abertura de espaços de participação pela sociedade política.

[34] LEAL, 2006, ibidem, p. 76.
[35] LEAL, 2006, ibidem, p. 56.

A concepção de Leal o orçamento participativo de Porto Alegre "foi e é fruto de um processo de mudanças de paradigmas no âmbito das políticas públicas de gestão e inclusão social, aliado a uma nova forma de reflexão sobre o Estado e a Sociedade". É uma experiência que deu certo em nosso Estado, é serve como modelo para outros Entes Federados e até para outros países. "(...) a experiência de orçamento participativo busca um novo conceito de inclusão social e de gestão pública compartilhada, a partir de um projeto descentralizador do poder e revitalizador da soberania popular (...)"[36].

Nesta seara, o papel das instituições na definição dos rumos de uma nação é de grande relevância para que as estratégias de desenvolvimento atendam sua identidade, pois organizam a vida em comunidade. Além disso, as "escolhas dos indivíduos e dos atores políticos estão baseados nos delineamentos que vinculam o comportamento público a um contexto histórico específico". Desta forma, surge uma nova concepção do contrato social, pois aqui dentro deste contexto os direitos fundamentais se tornam referencial de ação do Estado na aplicação da lei, como também no âmbito da formatação de políticas públicas.[37] Nesse sentido, é que a Constituição Cidadã de 1988 retrata a importância principiológica e a sua conformidade com o princípio da dignidade humana.

Ademais, torna-se oportuna, como brevemente pincelado, a idéia de democracia procedimental adotada por Habermas, porque envolve a coletividade e se outorga a responsabilidade no processo de construção das demandas de seus cotidianos, ou seja, de sua cidadania. Por isso, faz-se necessário que a Administração Pública seja entendida como um processo democrático, no qual os interesses públicos e privados se inter-relacionam, tornando o processo mais transparente e honesto, tendo como fundamento os direitos humanos e fundamentais, assim como a concepção republicana, ou seja, "de uma comunidade ética institucionalizada no Estado, em que a deliberação democrática se assenta num contexto cultural que garanta a comunhão de valores objetivados".[38]

[36] LEAL, 2006, ibidem, p. 157.
[37] RUEDIGER, Marco Aurélio.; RICCIO, Vicente. O novo contrato social: desenvolvimento e justiça em uma sociedade complexa. *In:* CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER,M. A.; SOBREIRA, R. (Orgs). Desenvolvimento e construção nacional: políticas publicas. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 18-19.
[38] LEAL, 2006, ibidem, p. 77.

5. Considerações Finais

Os apontamentos iniciais prestaram-se a demonstrar a contextualização dos institutos envolvidos, quais sejam, o surgimento do Estado e seus desdobramentos através do tempo. Demonstrou-se que a globalização frente ao mundo capitalista se alastrou assustadoramente, trazendo consideráveis avanços na ciência, na tecnologia e, ao mesmo tempo, trouxe inúmeros problemas sociais.

Igualmente, ressaltou-se que o Estado deixou de ser garantidor das demandas sociais e que o mercado expandiu o seu espaço, aprofundando a crise daquele. Na seqüência, ponderou-se sobre as formas de democracia, dando especial relevo à concepção participativa, devido o seu caráter transformador e otimista.

No decorrer, ponderou-se que a organização do federalismo brasileiro permite a responsabilidade do governo para com as pessoas e incentiva a participação e a responsabilidade dos cidadãos, apresentando a peculiaridade de estender aos municípios a característica de ente federado, permitindo que os governos locais elaborem e administrem suas leis. Seus encargos são, portanto, compartilhados e resguardados pela Constituição que delineia o âmbito dessas responsabilidades para cada nível de governo.

Essa descentralização de poder adveio com a CF/88 e permite que as leis locais possam refletir as preferências dos cidadãos, contudo, e importante ressaltar a necessidade de que estes cidadãos sejam pessoas que conheçam seus direitos e não se deixem manipular. Dessa forma, como o tema do presente trabalho já induz, é necessário o uso da democracia participativa para tornar eficaz a concretização da cidadania em todos os níveis de decisão.

Embora existam algumas diferenças nas várias democracias, certos princípios e práticas caracterizam o governo democrático de outras formas de governo. Dessa forma, pode-se conceituar a Democracia como o governo no qual o poder e as responsabilidades são exercidos por todos os cidadãos, diretamente ou através dos seus representantes eleitos.

Asseverou-se, ademais, que há uma crise no modelo do Estado social-burocrático, que não mais se sustenta, e que tem sido gradativamente substituído por formas de controle social direto sobre a administração pública e do próprio Estado. Essa proteção do direito à coisa pública, implica no recriamento do espaço público que torna possível a ligação do "princípio da igualdade política" com o da participação popular em prol do interesse comum, o que reforça a tese da indissociabilidade do uso da democracia para o conseqüente fortalecimento da cidadania frente aos reflexos advindos da crise do estatal.

Portanto, somente com o esforço conjunto de toda a parcela da população, bem como dos novos atores sociais e do próprio Estado, é que conseguiremos efetivar, ao menos, num nível mínimo, os direitos fundamentais dos cidadãos e a concretização da cidadania.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Jackeline Amantino de.; KLERING, Luis Roque. Inovação na gestão pública: compreensão do conceito a partir da teoria e da prática. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p.77-97.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para um teoria geral da política*. 9 ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra S.A., 2001.

CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER,M. A.; SOBREIRA, R. (Orgs). Desenvolvimento e construção nacional: políticas publicas. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

FARAH, Maria Ferreira Santos. Inovação e governo local no Brasil contemporâneo. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 41-75

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Acción Comunicativa:* Vol. I, Racionalidade de la Acción y racionalización Social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.

_____. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1980.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46.

_____.*Estado, administração pública e sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (a luz da experiência de Porto Alegre). Blumenau: Edifurb, 2006.

MORAES, Emanuel de. *A origem e as transformações do Estado*. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1996.

MORIN, Edgar. *Educação e Complexidade: os sete saberes e outros ensaios*. Maria da Conceição de Almeida e Edgard de Assis Carvalho (orgs). 3 ed. São Paulo: Cortez: 2005.

_____. O pensamento socialista em ruínas. O que se pode esperar? Tradução Márcio Oliveira Dorneles *In*: MORIN, Edgar. et. al. *A decadência do futuro e a construção do presente*. Florianópolis: UFSC, 1993.

RAVA, Ben-Hur. *A reforma do estado brasileiro e as perspectivas de sua implementação: das mudanças efetivadas ao controle necessário*. Júris Síntese IOB. São Paulo: Thomson. n. 57, Jan/Fev. 2006.. CD-ROM.(Publicada no Juris Síntese nº 44 - NOV/DEZ de 2003).

RUEDIGER, Marco Aurélio.; RICCIO, Vicente. O novo contrato social: desenvolvimento e justiça em uma sociedade complexa. *In:* CAVALCANTI, B. S.; RUEDIGER,M. A.; SOBREIRA, R. (Orgs). Desenvolvimento e construção nacional: políticas publicas. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 17-31.

SANTOS, B. de S.; Rodrigues, C. Prefácio. In: _____. SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brazileira, 2002.

SARTORI, Giovani. Teoria de la democracia: 2.Los problemas clásicos. Madri: Alianza Editorial, 1997.

SPINK, Peter. A inovação na perspectiva dos inovadores. *In:* JACOBI, Pedro.; PINHO, José Antônio. Inovação no campo da gestão pública local. Novos desafios, novos patamares. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 23-39.

SPINK, Peter; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. (Orgs). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Tradução Carolina Andrade. 3. ed. Rio de Janeiro: FVG, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Fabris, 1990.

A LEGITIMIDADE DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL: AS EXPERIÊNCIAS DE PORTO ALEGRE E BELO HORIZONTE

Gilberto Antônio Magalhães[*]

Leonardo de Almeida Oliveira[**]

Tatiana Santos de Souza[***]

RESUMO

Seguindo as novas tendências da Administração Pública Municipal, esse artigo se propõe à análise do Orçamento Participativo e de sua legitimidade como instrumento de justiça social. Com fulcro na teoria do discurso de Habermas procura-se atestar a legitimidade do orçamento participativo como um dos instrumentos de democracia participativa, dialógica, de construção do interesse público. Para alcançar o objetivo acima proposto serão feitas incursões sobre orçamento público, democracia participativa, orçamento participativo (Porto Alegre e Belo Horizonte), legitimidade do orçamento participativo e orçamento participativo como instrumento de distribuição de renda e justiça social e as considerações finais.

PALAVRAS-CHAVE: JUSTIÇA SOCIAL, ORÇAMENTO PARTICIPATIVO, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.

ABSTRACT

The paper aims to discuss the strategic use of the participatory budged as a social justice instrument to concretize the fundamental rights and public policies. According to the new tendency of public administration that considers the citizens an active subject of its actions the paper support the thesis that the participatory budged legitimates the preferences made by the public policies because of its dialogical process. Taking Porto Alegre and Belo Horizonte experiences of participatory budged the paper try to demonstrate that: (i) this practice is a good example of participatory democracy and (ii) because it reduces the inequalities of a heterogeneous society as the Brazilian one.

---

[*] Vereador aluno da disciplina Tendências do Direito Administrativo: Administração Pública Dialógica do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, área de concentração Direito Público, sendo o presente trabalho fruto das discussões realizadas em sala de aula.

[**] Advogado e aluno da disciplina Tendências do Direito Administrativo: Administração Pública Dialógica do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, área de concentração Direito Público, sendo o presente trabalho fruto das discussões realizadas em sala de aula.

[***] Advogada aluna da disciplina Tendências do Direito Administrativo: Administração Pública Dialógica do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, área de concentração Direito Público, sendo o presente trabalho fruto das discussões realizadas em sala de aula.

KEYWORDS: SOCIAL JUSTICE, PARTICIPATORY BUDGED, PARTICIPATORY DEMOCRACY

1. O Orçamento Público no Estado Democrático de Direito

O orçamento público é o meio pelo qual se valem os entes federados para arquitetarem e planejarem as metas a serem realizadas, equilibrando receita com despesa dentro de um determinado exercício financeiro.

Deste modo, refere-se ao conjunto de documentos que refletem os planos e encargos governamentais a serem promovidos em um dado período.

É também o ato destinado a avaliar e mensurar as despesas necessárias ao funcionamento público e, os possíveis meios de arrecadação de receitas aptas a custear os gastos estatais tanto para sua atividade quanto para outros interesses que lhe são inerentes.

Todavia, o orçamento não se limita a combinar o binômio receita/despesa. Deve ir além para funcionar como um verdadeiro mecanismo de administração dos negócios públicos.[1]

O orçamento público além da função de planejamento possui outra de mesma relevância que é a de ser a base a orientar as políticas sociais e econômicas do Estado, que irá refletir substancialmente no seu desenvolvimento e qualificar a gestão de modo a elevar a qualidade de vida de seu povo.

É por tal razão que o orçamento público deve ser planejado e bem estruturado, pontuando os objetivos e as opções possíveis, elegendo primeiramente as de maior prioridade, para melhor atingir a teleologia da atividade estatal.[2]

A Constituição Federal ao tratar dos orçamentos, em seu art. 165, assegura que:

> *Art. 165 – Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

I – o plano plurianual
II – as diretrizes orçamentárias
III – os orçamentos anuais."

Logo, em razão da significância que tem para o bom funcionamento da máquina estatal, a fixação dos orçamentos públicos, não deve se limitar a poucas pessoas, devendo compreender uma participação mais abrangente, preferencialmente popular, pois, os resultados vão atingir, principalmente, a sociedade.

E mais, a Constituição Federal determina ainda:

Art. 1° (omissis)
§ - Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição.

De plano observa-se o caráter democrático de nossa Carta Magna que norteia todo o ordenamento jurídico e consequentemente toda a atividade estatal.

Corroborando na fundamentação do orçamento público trazido pelo texto constitucional, a Lei Federal n° 4.320/64, dispõe sobre a forma técnica de sua criação e execução, sendo que a contabilidade deve tomar forma que alcance publicidade e entendimento, conforme disposto no art. 85:

Art. 85. Os serviços de contabilidade serão organizados de forma a permitirem o acompanhamento da execução orçamentária, o conhecimento da composição patrimonial, a determinação dos custos dos serviços industriais, o levantamento dos balanços gerais, a análise e a interpretação dos resultados econômicos e financeiros.

E mais, a Lei Complementar 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal atenta para a transparência na Administração Pública:

"Art. 48 (omissis)

§ - A transparência será assegurada mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos".

[2] SILVA, José Afonso da. Pág. 672-673

A Lei 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, que veio a regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição federal, dispõe sobre a gestão democrática da cidade, *in verbis*:

> "*Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea "f" do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal."*

A Lei de Diretrizes Orçamentárias tratará dos planos de governo a serem realizados no ano seguinte. Deverá estabelecer quais são as necessidades primárias ou essenciais que terão privilégio, devendo prevalecer em face das demais. Deverá também remeter à Lei Orçamentária anual afim de auxiliá-la, dispondo também as modificações no ordenamento tributário.[3]

Todos os orçamentos deverão também se preocupar com as questões sociais, sendo elaborados na intenção de que as desigualdades e injustiças sociais sejam minimizadas, quando suas metas deverão ser elaboradas de modo a atingir o maior número de pessoas possível, a fim de beneficiá-las. Os interesses de uma comunidade deverão, portanto, prevalecer sobre interesses individuais, sendo este um critério a ser adotado no momento de seleção das metas do programa orçamentário.

Deste modo, a elaboração do orçamento público, especialmente no que se refere aos municípios não apenas pode, porém deve acolher a participação societária como forma de discussão de questões a fim de propiciar uma visão mais abrangente e precisa de soluções, que resultará em melhor acolhimento dos interesses dos participantes e portanto, reduzindo as injustiças sociais.

A Democracia Representativa, laço robusto do Estado democrático de Direito brasileiro, é latente no artigo inaugural da Constituição Federal:

[3] MORAES. Pág. 574

> *"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e dos Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e ..." (sublinhamos)*

Quando a Constituição Federal determina em seu primeiro artigo ser o Brasil um Estado Democrático, ela nos informa que esse Estado será guiado pela vontade suprema do povo, que tem liberdade para expressar sua vontade política. A democracia, como requisito essencial deste Estado tem a finalidade de estabelecer limites ao seu poder e, fundamentalmente, preservar os direitos e as garantias de seu povo. É com base na democracia que o povo terá o direito de se expressar e participar da organização política do Estado Brasileiro.

Nas palavras do mestre constitucionalista José Afonso da Silva, *"o que dá essência à democracia é o fato de o poder residir no povo"* (1997, p. 133).

Ademais, a democracia vive daquelas pessoas que participam publicamente, realizando constantes debates até a obtenção de uma melhor solução, que seja mais satisfatória. Por sua vez, observará a sua morte quando pessoas se limitarem a criticar as omissões estatais, ou as condições sociais e econômicas.

Este mesmo tom utilizado para as democracias em geral fora citado em *"A autonomia administrativa municipal: a administração pública ao alcance do cidadão"*, de Horst Kanitz:

> *"... devemos salientar aqui que nossa democracia vive daquelas pessoas que, participam publicamente - não importa de que forma - do debate público em torno da melhor solução e que nesse debate defendem valores. Ela morre - conforme nos ensina o exemplo da República de Weimar, quando quase todos na fazem mais nada senão lamentar as circunstâncias econômicas, sociais etc. e criticar as omissões e os erros dos partidos da administração pública viram a cara na hora, na qual a virtude necessária Zivilcourage, a coragem de defender a república democrática com autêntico espírito de cidadania".*[4]

[4] KANITZ, Horst. Pág. 248

E mais, o citado texto toca claramente na mola principal da mais atual ferramenta brasileira de participação, os Orçamentos Participativos, assunto abordado em outro tópico.

A democracia direta, em que os próprios cidadãos são os responsáveis pelas atividades/funções estatais possui, sem sombra de dúvidas, notáveis princípios norteadores da excelência democrática.

Entretanto, em decorrência da realidade das sociedades atuais, que experimentam elevados índices de crescimento demográfico, trazendo com ele um significativo aumento das demandas sociais de todos os gêneros, como saúde, educação, moradia, lazer, entre muitas outras, além da diversidade e complexidade desses problemas, o exercício da democracia em sua forma direta tornou-se inviabilizado. Assim, foi necessário organizar um corpo de pessoas estruturado exclusivamente e especializado para solução dos problemas do Estado.[5]

Esta é a democracia indireta, que está associada à figura da representatividade. Por meio da representação, o povo elege seus representantes, e os eleitos receberão um mandato político, tendo a função de mediar os interesses particulares e então, levá-los ao ente estatal afim de que sejam institucionalizados, atendendo à vontade coletiva.[6]

Contudo, a democracia não pode se limitar ao voto. A democracia deve ser construída por meio do voto, mas este não pode servir de limite à participação popular. Ao contrário, deve ser apenas um dos focos de poder democrático, sendo o outro proveniente de mecanismos de participação direta. Esta combinação de poderes funciona, ao mesmo tempo como um controle do estado e do governo resultando em políticas que obtenham maior reconhecimento social.[7]

Analisando a falha da representação, Habermas demonstra ser necessário rompimento da idéia inócua de que interesse público e interesse privado se contrapõem, ditando que o primeiro é construído pelo segundo, abrindo espaços através de procedimentos, na

[5] SILVA, José Afonso da. Pág. 136
[6] SOARES, Mário Lúcio Quintão. Pág. 319
[7] GENRO, Tarso. Pág. 19

possibilidade de manifestação decisória, garantindo um sistema circular que constitua a soberania popular _ o que vale é o meio e não o fim.

Abre-se a possibilidade de democratização dos processos de formação de opinião e vontade (pública).

Portanto, a construção política não será feita unicamente pelos representantes populares, mas, terá colaboração e influência da sociedade, que irá vocalizar suas intenções normativas, não se restringindo à mera atividade eleitoral como fonte de concepção democrática. Assim, na busca do aprimoramento da democracia representativa, foram incorporados elementos presentes na democracia direta. Isto resultou em uma conexão de ambas as espécies de democracia, trazendo a figura de uma democracia mista, que será denominada democracia semidireta ou participativa, pela qual o Estado Brasileiro hoje é formado.

Por meio da democracia participativa a sociedade também terá legitimidade para opinar, o que lhe permite influenciar diretamente nas decisões da política estatal.

A democracia participativa tem início em pequenas reuniões de condomínios, em comunidades paroquiais, associações de bairro, entre outras e que então crescem formando um conselho diretor com poder de se comunicar com esferas de poder local, por exemplo, a câmara de vereadores e a prefeitura.[8]

A democracia participativa apresenta, pois, uma forma mais racional de construção normativa, que é aquela cujos ideais sociais são convertidos em lei valendo-se também de atores sociais que atuam no espaço público, debatendo questões políticas e, portanto, não deixa atividade normativa apenas aos parlamentares.

Neste aspecto, a democracia não será considerada um fim em si mesmo. É muito mais que um poder delegado ao povo. Uma sociedade fundada nesta democracia visa à erradicação das mazelas econômicas e sociais que ferem o equilíbrio da sociedade. Orienta-se por uma luta constante na defesa dos direitos do povo para dispensar-lhe garantias essenciais, que, todavia, eram-lhe veementemente negadas.

[8] SILVA, Fernando Laércio Alves da. Pág. 314

E esta democracia não tem o fim de excluir, porém, ou de valorizar a democracia representativa. Neste sentido atuará o Orçamento Participativo como um dos instrumentos da democracia participativa, adquirindo conotação de suma relevância e consistindo em fonte para uma sociedade mais moderna, mais equilibrada e em uma busca contínua para ser mais justa.

2. O Orçamento Participativo e as experiências de Porto Alegre e Belo Horizonte

O Orçamento Participativo, ou OP, consiste no processo em que o cidadão participa diretamente nas decisões e no controle do orçamento público e não apenas por representações indiretas através de entidades. Assim, a participação da população se efetiva de maneira direta, livre e universal nas assembléias públicas do Orçamento Participativo. Através dele, todo cidadão tem assegurada sua participação com peso comum no processo de decisões, independente de possuir qualquer tipo de organização. Deste modo, não há privilégios assegurados anteriormente a ninguém.[9]

Esta ferramenta é sem sombra de dúvidas um dos instrumentos dialógicos criados para unir o Cidadão à Administração na construção do interesse público, estabelecendo novos rumos para a já citada Democracia Representativa. Não basta só votar, é necessário participar. Também não é suficiente embasar decisões de cunho geral (público) em teses técnicas, estas são importantes, mas o consenso extraído entre aqueles diretamente afetados (cidadão ou comunidade) há de ser sempre almejado nessa nova tendência da Administração Pública. Aliás, a importância desta mescla de opinião técnica e popular foi citada pelo professores Orlando Alves dos Santos Júnior e Ermínia Maricato, quando tratavam de assunto distinto ao Orçamento Participativo, mas com um paralelismo prático: os Conselhos. Vejamos:

> *"A formulação prática da política urbana não dispensa o conhecimento organizado que deve manter uma relação dialética com o conhecimento que é resultante da vivência popular".*[10]

[9] Disponível em <www.galizacig.com>
[10] SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves & MARICATO, Ermínia.

No Brasil, o Orçamento Participativo teve, inicialmente, reconhecimento em Porto Alegre(RS) onde foi implantado em 1989. Durante a administração do Partido dos Trabalhadores e mantido pela administração do Partido Popular Socialista. Como proposta do Partido dos Trabalhadores visa a associar a vontade popular a propostas específicas da Administração Municipal. E especialmente em Porto Alegre a aceitabilidade do Orçamento Participativo adquiriu forte conotação, fazendo este instituto expandir-se pelos estados brasileiros e inclusive estrangeiros.[11]

Hoje o Orçamento Participativo é utilizado em inúmeros municípios brasileiros, em certos casos por outro nome, mas com a mesma essência trazida pela teoria do Discurso de Habilidade, participação popular na construção do interesse público, necessidade do diálogo frente a estagnação de legitimidade da Democracia Representativa.

O Orçamento Participativo de Porto Alegre se caracteriza por três grandes momentos prioritários: as reuniões preparatórias, rodada única de Assembléias Regionais e Temáticas e a Assembléia Municipal.[12]

Por intermédio dele os cidadãos de uma localidade definirão as prioridades orçamentárias de maneira direta permitindo orientar a atuação governamental a fim de ser mais incisiva sobre os problemas e necessidades apontadas pela própria sociedade civil.[13]

O Orçamento Participativo é um processo dinâmico que busca se adequar periodicamente às necessidades locais procurando facilitar, ampliar e aprimorar a comunicação entre governo e sociedade.

No entanto, o número de pessoas que se credenciaram para eleger as prioridades regionais e temáticas e também os conselheiros no ciclo do Orçamento Participativo 2005/2006 de Porto Alegre foi de 14.394, sendo 3.424 nas seis plenárias Temáticas e 10.970 nas plenárias regionais, o que simboliza um número ainda muito baixo de participantes em relação ao número da população de Porto Alegre, que é de 1.360.590 habitantes (fonte, censo 2000 IBGE) e estimada para 2006 em 1.440.939 (fonte IBGE).

[11] Disponível em <www.portoalegre.rs.gov.br> acesso em 03/05/07, às 13:30 h
[12] Idem
[13] SILVA, Fernando Laércio Alves da. Pág. 305

Menos de 1% decidem pelos outros 99% se pegarmos a estimativa populacional do IBGE. Este é um dos grandes, senão o maior questionamento enfrentado pelo OP.

O Orçamento Participativo de Belo Horizonte, por sua vez, teve seu início o ano de 1993 e foi resultado de um processo de mudança institucional que já ocorria no município desde fins dos anos 70, obtendo maiores avanços no final dos anos 80. Buscando criar esferas de governo mais próximas e que pudessem perceber/captar melhor as demandas da população, a Administração Municipal foi subdividida em regionais já na década de 70. Posteriormente, foram criadas outras, ao longo da década de 80. [14]

O Orçamento Participativo funciona como uma luz que une a Administração à população, principalmente onde se encontram as maiores necessidades de realização de obras e ou serviços, obviamente precedidas pelo planejamento (momento crucial da participação popular). Assim o OP consiste em uma cadeia que une o político, o democrático e o técnico. É uma atitude democrática e participativa com responsabilidade, implicando em uma construção constante de cidadania.[15]

Deste modo, o OP representa a efetivação de muitos propósitos democráticos e atualmente, em Belo Horizonte, é um processo bianual, com diversas etapas onde a população pode expressar suas pretensões e deliberar sobre planos do governo.[16]

O OP de BH se destaca por combinar a participação de associações populares com a de cidadãos avulsos o que acaba por representar um número bem mais elevado e significativo de participantes. Além desta diversidade na participação, para facilitar o acesso da sociedade ao processo de votação e na preocupação de se ter um número crescente de participantes, a Prefeitura de Belo Horizonte criou em 2006 o Orçamento Participativo Digital, e por meio deste os cidadãos puderam votar pela Internet. Esta inovação fez com que a Prefeitura obtivesse um total de 503.266 votos.[17]

Mesmo não tendo neste momento os dados corretos da participação popular nas assembléias da capital das alterosas, ao pensarmos na sociedade belo-horizontina como

[14] Disponível em <www.fundaj.gov.br>
[15] LEMOS, Maurício Borges. Pág. 24
[16] AZEVEDO, Neimar Duarte. Pág. 76

um todo, cujo número de habitantes estimado atualmente pelo IBGE é 2.399.920, é possível afirmar que o número de participantes ainda é relativamente baixo. Isto, devido à importância do Orçamento Público, que trata de questões tão relevantes, que definem investimentos essenciais no melhoramento de uma localidade e apontam os nortes a serem seguidos, que podem modificar completamente a vida dos moradores, pois trata-se de uma significativa parcela de recursos da Administração Pública Municipal.

3. O Orçamento Participativo como Instrumento de Distribuição de Renda e Justiça Social: *não injustiça quando há consentimento?*

A legitimidade do Orçamento Participativo é questão a ser levantada em detrimento de ser relativamente baixo o seu número de participantes, conforme já apontado.

Por exemplo, diante do problema, a Prefeitura de Porto Alegre, mesmo com a escassa participação dos cidadãos nas plenárias de 1990, resolveu respeitar as decisões tomadas pela sociedade. E então, ao iniciarem as obras, comentava-se nos bairros que aquelas obras haviam sido decididas com a participação da comunidade, o que teve uma conseqüência extraordinária no que se refere ao sucesso daquela iniciativa. Maior participação nas etapas subseqüentes, mesmo que ainda relativamente pequenas.

Em Belo Horizonte, por sua vez, o caráter inovador e a sua importância indicam que o OP vem obtendo aceitação da população pelo crescente número de participação ao longo dos anos, bem como introduzindo ao conceito participativo formas novas, como o OP digital. Mesmo antes desta implantação, Silberschnaider, assim afirmara:

> *"A participação quantitativa relativamente pouco expressiva, levando-se em conta que se chegou a atingir somente cerca de duas a três dezenas de milhares de participações de cidadãos para uma população de dois milhões de indivíduos, desvaloriza, por um lado, junto à opinião pública, a capacidade do processo de cumprir os objetivos de democratização que ele se postula. Entretanto, a adesão ativa e estável de entidades e lideranças, que representam, tácita ou explicitamente, os interesses de*

[17] Disponível em <www.pbh.com.br> acesso em 03/05/07, às 13:50 h

> *diversos seguimentos, movimenta positivamente a sociedade, confirmando, por outra via, os propósitos democráticos do processo participativo.*[18]

Porém, mesmo sendo número de participantes relativamente baixo em cidades com uma certa história de participação popular como Porto Alegre e Belo Horizonte, o acolhimento das decisões populares pelos gestores das funções estatais Executivo/Legislativo, ainda que inexistente obrigação legal, implica na atribuição de legitimidade a essas decisões. E ao serem implantadas, elas são convalidadas por esses gestores, uma vez que eles foram eleitos pelo povo (democracia representativa), e atuam em nome de toda a sociedade. Este processo, que combina democracia participativa e representativa é benéfico para a sociedade e afirma os ideais democráticos, obtendo reconhecimento progressivo por parte da população.

Ademais, o que generaliza a vontade não é o número de votos com que ela conta, mas o interesse comum que nela exista.[19]

Em Porto Alegre, a partir da década de 90, com a implantação das obras foi construída a consciência de que valia a pena participar das assembléias, pois, as decisões ali tomadas eram reconhecidas não só pelo governo, mas até mesmo pelo legislativo. Na experiência prática vista na maioria das cidades que utilizam o procedimento e em especial em Itabira, Minas Gerais, por depoimento próprio de um membro do poder legislativo: a decisão popular é praticamente inquestionável e gera um nível que legitimidade em patamar de qualquer outro ato vinculado trazido por lei.

Também, a maior participação do cidadão na administração municipal irá, de certa forma, gerar um compromisso com o legislativo e executivo para fundamentarem suas atividades, gerando repercussões positivas para a autonomia da administração municipal.[20]

---

[18] SILBERSCHNEIDER, Wieland. <http://www.clad.org.ve/anales3/silberw.html> acesso em 21/05/07

[19] MÜLLER, Friedrich. Pág. 26

[20] KANITZ, Horst. Pág. 244-245

Ao democratizar as decisões populares, atribuindo-lhes legitimidade e sendo implementadas, contribui-se para a efetivação da democracia e para a formação de um cidadão mais ativo e participante, bem como mais crítico e racional, apto também para atuar em coletividade.[21]

Em Belo Horizonte, a adoção das decisões do OP também foi fundamental para o sucesso deste instrumento de democracia participativa. Aproximadamente 80% das obras de infra-estrutura realizadas nos últimos dez anos foram escolhidas pelo Orçamento Participativo.[22]

Agora o OP está relacionado com setores políticos e possui nove regionais para facilitar a adoção das políticas públicas e o Executivo realiza o planejamento, que é um elemento essencial. E nesta comunicação, os textos de uma democracia se legitimam. Primeiro, por dotar de competência de decisão a minoria dos cidadãos ativos, depois pela forma, em que toda a população é atingida pelas referidas decisões. No que tange as minorias, cumpre ressaltar que nem a todos os cidadãos é permitido votar, conforme o processo eleitoral normal e nem todos os eleitores irão votar de maneira efetiva, porém, a minoria votante é legitimada pelo próprio Estado, uma vez que democrático.[23]

Assim, o Orçamento Participativo é uma demonstração de compromisso e confiança entre Estado e sociedade que permite efetivar a democracia participativa de forma a abarcar o pluralismo e a complexidade das sociedades atuais com vistas a um maior equilíbrio social.

A baixa participação, em si, em nada modifica o sucesso e a validade das decisões tomadas democraticamente pelas comunidades, reais interessadas na melhoria fática.

A legitimidade das decisões se sustenta na possibilidade da participação, na abstenção ao direito de voto, isto, na utilização dos conceitos da democracia participativa e, por que não cooperativa, onde aquele que não participa o fez por seus motivos - desinteresse, falta de conhecimento básico, relação de indiferença para com a administração pública etc. – e sua ausência participativa gera total legitimidade à

[21] GENRO/ SOUZA. Pág. 16
[22] GOMES, Maria Auxiliadora. Pág. 51
[23] Idem. Pág. 30

decisão dos demais que utilizaram de seu tempo particular para tratarem objetos coletivos, que transformaram, pela participação, o interesse particular em interesse público, não restrito à representação eleitoral.

Este conceito é utilizado, por exemplo, nas democracias onde a participação nas eleições majoritárias não é cobrada como dever, mas sim por direito. A abstenção acaba por legitimar a participação, mesmo que mínima.

Aliás, como já citado o pensamente Habermasiano, os meios é que importam, a importância está na participação, na criação de procedimentos de democratização da fala popular e do discurso como construtor do interesse coletivo.

Ao longo desses anos, as experiências do Orçamento Participativo tanto de Porto Alegre quanto o de Belo Horizonte e ainda de outros municípios do país e do exterior vem apresentando que ele é um verdadeiro instrumento de distribuição da renda pública e de democratização do Estado com efetiva construção de cidadania.[24]

Uma das razões do sucesso do OP, além da atribuição de legitimidade pelo Estado às decisões dos participantes, é a forma como traz a vontade dos setores mais marginalizados de uma sociedade para o debate público, o que demonstra suas reais e nítidas necessidades diante dos demais setores.[25]

Portanto, o OP se caracteriza por uma tentativa de reversão das prioridades de distribuição dos recursos públicos a nível de cada regional ou local. Destarte, não há como negar o caráter essencialmente democrático e racional do Orçamento Participativo, através do qual a população participa da discussão e corrobora ao decidir quais planos referentes ao orçamento serão realizados, de maneira que os recursos orçamentários tornam-se mais acessíveis à comunidade, especialmente a mais carente, que, para obtê-los valerá de sua capacidade argumentativa, demonstrando sua real necessidade, enquanto as demais, cientes dos objetivos do OP consentem na reversão das prioridades, para após, serem também beneficiadas. Neste aspecto, o Orçamento

[24] Disponível em <www.galizacig.com>

Participativo também possui vantagem por permitir aos cidadãos que o integram, abarcar determinadas demandas e necessidades da sociedade que não poderiam ser vistas exclusivamente pelo Estado.[26]

Certo é que, para viabilizar esta reversão de prioridade de forma argumentativa e racional é necessário que os participantes preencham certas condições necessárias à compreensão, o que por Habermas são denominadas "condições ideais de fala."

Isto implicaria em que todos os participantes estivessem livres de coação e em igualdade de posições. Contudo, não é possível obter a plenitude dessas condições, mas é possível aproximar-se delas.

Por intermédio dessas condições "ideais" os participantes irão sustentar suas pretensões e organizar o OP de modo racional e é exatamente este fato que o torna possível.[27]

Esta é uma característica fundamental do Orçamento Participativo e da relevância da participação social, pois, permite avaliar as reais necessidades de dada comunidade e ali atuar para possibilitar maior justiça social. Por outro lado, o olhar e a eleição dos planos de governo expulsam o anterior obscurantismo que inquinava as ações públicas passando a ouvir os atores sociais diretamente envolvidos com os problemas que clamam por sua solução.

Destarte, o OP funciona como um precioso canal de comunicação da sociedade com a Administração Municipal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideal de uma comunidade perfeita de comunicação tem sua validade na medida em que a filosofia moral tem de ser composta por uma teoria ideal que indique ao homem o caminho a percorrer.[28]

Entendemos que a práxis do Orçamento Participativo apresenta alguns aspectos semelhantes a elementos da teoria habermasiana, principalmente se considerarmos que,

---

[25] SOUZA, Tatiana Santos de.
[26] PAULINO/ JÚNIOR. Pág. 85
[27] PAULINO/ JÚNIOR. Pág. 85
[28] Travessoni: 2007, p. 70

"Habermas não está pressupondo a existência empírica do consenso ideal. [...] o consenso pressuposto é o consenso potencial, que como vimos é uma *idéia reguladora*.[29]

As discussões e os embates travados nas plenárias do orçamento participativo buscam o "consenso" real, *in casu*, o interesse público, consubstanciado nas prioridades eleitas ou consensadas, como ocorre em várias situações, nas quais uma comunidade renuncia a uma prioridade local, para apoiar outra, de outra comunidade, porém com um grau maior de necessidade de implementação de políticas públicas.

Pelo exposto, percebe-se o ideal de uma comunidade perfeita de comunicação, mesmo sendo uma idéia reguladora, mostrando-nos o caminho a percorrer, na busca da justiça social.

Quanto à legitimidade do orçamento participativo, não obstante o número reduzido de seus atores, pode-se afirmar ser este legítimo, na medida em que dá oportunidade a um grande número de cidadãos exercerem diretamente seu direito de escolha, ou em outras palavras, serem os atores na construção do interesse público.

Outrossim, pode-se dizer também legitimado pela convalidação estatal a partir do Poder legislativo, quando este referenda as prioridades eleitas no OP, ainda pelo Poder Executivo ao implementar as ações, tornando efetivas as políticas públicas, originárias da vontade popular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Neimar Duarte. **A face representativa do Orçamento Participativo**. AZEVEDO, Sérgio de; FERNANDES, Rodrigo Barroso(org.). Orçamento Participativo: construindo a cidadania. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

GENRO, Tarso; SOUZA, Ubiratan de. **Orçamento Participativo**: A experiência de Porto Alegre. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 11 ed. ampliada, revista e atualizada. São Paulo: Atlas, 2002.

[29] Travessoni: 2007, p. 70

LEMOS, Maurício Borges. **O Orçamento Participativo de Belo Horizonte e o planejamento da cidade**. AZEVEDO, Sérgio de; FERNANDES, Rodrigo Barroso(org.) **Orçamento Participativo**: construindo a democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

PIRES, Roberto Rocha Coelho. **Orçamento Participativo e Planejamento Municipal**: uma análise neoinstitucional a partir do caso da Prefeitura de Belo Horizonte. Monografia apresentada à Escola de Governo da Fundação João Pinheiro, em 2001.

ROBERTO, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros.Teoria do Estado. **Democracia e Poder Social**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

SILBERSCHNEIDER, Wieland**. ORÇAMENTO PARTICIPATIVO: Redefinindo o planejamento da ação governamental com participação popular**: a experiência de Belo Horizonte/Minas Gerais/Brasil. Disponível em <http://www.clad.org.ve/anales3/silberw.html> acesso em 21/05/07

SILVA, Eclair Franklin de Oliveira. **A soberania popular e as dinâmicas societárias**: quando a ação comunicativa articulada na esfera pública é determinante do conteúdo da norma, o caso dos perueiros. Monografia apresentada à Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, em Junho de 2005.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. **Cidadania Participativa**: o caso do Orçamento Municipal de Ipatinga-MG. Revista de Interesse Público, nº 33.

SILVA, José Afonso de. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13 ed., São Paulo:Malheiros, 1997.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Tatiana Santos de. **A Sociedade civil como agente propositivo de conteúdos normativos**: o caso do Orçamento Participativo em Pará de Minas. Monografia apresentada à Pontífica Universidade Católica de Minas Gerais, em maio de 2006.

GOMES, Alexandre Travessoni & MERLE, Jean-Christophe. **A Moral e o Direito em Kant**: Ensaios Analíticos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

KANITZ, Horst**. A autonomia administrativa Municipal:** a administração pública ao alcance do cidadão.

Sítio da Internet: <www.galizacig.com> acesso em 03/05/07, às 15:40h

Sítio da Internet: <www.wikipedia.com.br> acesso em 03/05/07, às 15:17 h

Sítio da Internet: <www.portoalegre.rs.gov.br> acesso em 03/05/07, às 13:30 h

Sítio da Internet: <www.fundaj.gov.br> acesso em 03/05/07, às 14:35 h

Sítio da Internet: <www.pbh.com.br> acesso em 03/05/07, às 13:50 h

Sítio da Internet: <www.democraciaparticipativa.org> acesso em 23/01/2006, às 19:19 horas.

Sítio da Internet: <www.democraciaparticipativa.org> acesso em 22/01/2006, às 16:50 horas.

UM DECRETO COM FORÇA DE LEI

Gustavo Merçon[*]

Gunther Araujo[**]

RESUMO

O presente trabalho destina-se a apresentar uma visão geral das espécies normativas aliado à noção de Poder Constituinte, buscando trazer à lume, neste contexto, a idéia da inconstitucionalidade material do artigo 84, inciso VI, da Constituição Federal, que permite a revogação de lei ordinária mediante decreto, onde a operacionalidade de tal decreto extraordinário representa grave lesão aos Direitos Fundamentais – em especial à Democracia e ao Estado de Direito – e ao contexto da segurança jurídica/política da sociedade brasileira contemporânea.

PALAVRAS CHAVES: PODER CONSTITUINTE, ESPÉCIES NORMATIVAS, DECRETO REGULAMENTAR EXTRAORDINÁRIO, INCONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

The present work aim to present a general vision of the normative species - allied to the notion of Constituent Power, and intends to bring to light, in this context, the idea of the material unconstitutionality of the article 84,VI, of the Federal Constitution, that allows the repeal of ordinary law by ordinance, where it´s applicability represents serious lesion to the Fundamental Rights - especially to Democracy and to the State of Law - and to the juridical/political safety's context of the contemporary Brazilian society.

KEYWORDS: CONSTITUENT POWER, NORMATIVE SPECIES, ORDINANCE TO REGULATE EXTRAORDINARY, UNCONSTITUTIONALITY.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, promulgada em 1988, estabeleceu um processo legislativo definido, onde apresenta um rol taxativo de normas primárias. Neste contexto, o Ordenamento Jurídico reconhece a existência das Emendas à Constituição, à

[*] Mestrando em Políticas Públicas e Processo na FDC/RJ.

[**] Mestrando em Políticas Públicas e Processo na FDC/RJ.

Lei Complementar, à Lei Ordinária, à Lei Delegada, à Medida Provisória, ao Decreto Legislativo e à Resolução - trata-se da Seção VIII, do Capítulo I, do Título IV, da Carta Federal. Tais normas recebem, ainda, da própria Constituição um campo normativo próprio para regular as matérias nele contidas.

Neste diapasão, denota-se que, com exceção das Emendas Constitucionais, não há hierarquia entre as espécies normativas primárias brasileiras. Em outros termos, mesmo ocorrendo processo legislativo diferenciado, onde se vislumbra diferenças de aridez, rigor e solenidade, a hierarquia torna-se impedida em razão da vedação de uma espécie normativa invadir o campo normativo de outra. Destarte, o resultado jurídico desse entendimento confirma que, salvo as Emendas Constitucionais, apenas Lei Complementar revoga Lei Complementar, apenas Lei Ordinária revoga Lei Ordinária, apenas Decreto Legislativo revoga Decreto Legislativo e, por fim, apenas Resolução revoga Resolução.

Este quadro do processo legislativo foi definido pelo Poder Constituinte Originário, que ao promulgar *Lex Legum* estabeleceu a sua vontade originária, e a protegeu como cláusula Pétrea implícita. Nesta linha de raciocínio, quis o legislador máximo estabelecer um critério de proteção da "vontade geral" inserida em cada modelo normativo primário. Buscou mais. Buscou salvaguardar as espécies normativas de ações unilaterais de órgãos públicos estranhos aos seus respectivos processos legislativos - objetivou estabelecer um padrão de segurança jurídica e a otimização dos Princípios Constitucionais da Separação de Poderes, do Estado de Direito e, em especial, da Democracia.

Em contraponto, o Poder Constituinte Reformador promulgou, em 11 de setembro de 2001, a Emenda Constitucional nº. 32, de forma que alterou a redação do inciso, VI, do artigo 84, da Carta Republicana. O resultado jurídico desta alteração constitucional resultou no surgimento de um Decreto Presidencial capaz de revogar determinadas Leis Ordinárias, tendo em vista que, diante da nova redação legislativa, o Presidente da República está autorizado a editar Decreto com poder para regular a organização e o funcionamento da administração federal (quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos) e ainda podendo extinguir funções ou cargos públicos (quando vagos).

Estas matérias são objetos normativos existentes no campo regulamentar das Leis Ordinárias, ou seja, *in casu*, podemos destacar o seguinte exemplo: a extinção de um cargo público corresponde diretamente à revogação de uma Lei Ordinária pelo Decreto em comento, haja vista que todo cargo público, necessariamente, é criado por Lei Ordinária. Considerando a inovação trazida pelo constituinte reformador, resulta o diagnóstico de um problema: em face do padrão pétreo do processo legislativo instituído pelo constituinte originário, poderia o constituinte reformador introduzir uma Emenda Constitucional implementando um Decreto com poderes especiais e extraordinários para revogação de certas Leis Ordinárias ou tal Emenda apresenta vício [1]de inconstitucionalidade?

Esta é a proposta da presente pesquisa.

1 A AÇÃO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E CONSIDERAÇÕES AO PROCESSO LEGISLATIVO

Considerando um foco clássico para a análise da práxis do poder constituinte[2], observa-se que diante da ruptura da ordem (situação grave e excepcional) tal poder em sua forma originária (genuína) sai de sua latência para impor a imprestabilidade do regime até em tão em vigência e validade e inicia a operacionalização de uma nova ordem constitucional[3]. Nesse mister, o poder constituinte originário não está adstrito, coordenado ou submetido a nenhum outro "poder" (Legislativo, Executivo ou Judiciário) – apresenta-se unitário, indivisível, inconsumível, inalienável, imensurável, inicial, incondicionado e ilimitado. A sua força é tal que inova todo o ordenamento jurídico e cria uma nova organização política para a sociedade, ou seja, cria um novo Estado.

Não obstante, por simples ato volitivo, o poder constituinte originário pode conceber um poder constituinte derivado (reformador, instituído ou constituído) que, submetido *in totum* aos seus comandos, se encarregará de reformar a constituição formal, adequando-a aos novos preceitos sociais e políticos. Por seu turno, o reformador caracteriza-se por ser derivado, condicionado e limitado, de forma que se submete a

---

[2] *In casu* a visão optada refere-se ao juspositivismo clássico, assim ficou afastada a influência do jusnaturalismo e do *jus cogens*.

[3] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 20.

uma série de condicionantes para que o seu resultado receba grau de validade jurídica. A sua atividade constituinte reformadora encontra-se inquestionavelmente vinculada aos dispositivos constitucionais que, por sua vez, determinam explicita e implicitamente os procedimentos formais de sua atuação e as cláusulas de igual natureza que estão fora de seu poder reformador, tendo em vista que a não observância de qualquer um desses dispositivos acarreta de imediato para a pretensa alteração constitucional vício insanável de *inconstitucionalidade formal e/ou material*.

Para efeito da diagnose pretendida, observa-se que, dentre as muitas restrições ao poder de reforma constitucional, destaca-se a hipótese das limitações de fundos (ou materiais) implícitas, mais precisamente a cláusula pétrea referente ao conjunto de regras do processo legislativo – por questão de lógica da segurança jurídica, esta matéria converge para formatar o parâmetro do Estado de Direito e, dessarte, localiza-se fora da área reformável. Em ponto conclusivo, pela sua natureza limitada e subordinada do poder constituinte reformador o modelo de processo legislativo adotado pela constituição brasileira não pode sofrer modificação tanto em seu contexto estrutural, quanto em sua simetria e princípios de ordem.

Superada esta fase da pesquisa, cabe a abordagem dos parâmetros constitucionais das espécies normativas positivas criadas em caráter primário pelo poder constituinte originário e relacionadas nos termos do processo legislativo da *Lex Legum* brasileira[4]. Dita o comando previsto no artigo 59 da Constituição Federal que existem sete espécies normativas primárias, a saber: as Emendas Constitucionais; as Leis Complementares; as Leis Ordinárias; as Medidas Provisórias; as Leis Delegadas; os Decretos Legislativos e as Resoluções, sendo que cada qual possui procedimento legislativo personalíssimo.

Uma importante característica das espécies normativas brasileiras é que, ressalvada a Emenda à Constituição, não existe hierarquia entre elas[5], pois cada uma

---

[4] Atos normativos primários são os previstos e submetidos diretamente à Constituição jurídica, sendo dotados de força para inovar a ordem jurídica. Os atos normativos secundários são os previstos e submetidos, formal e materialmente, aos atos primários.

[5] A questão da falta de hierarquia é ponto sedimentado pela doutrina brasileira: SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: RT, 1996. p. 208. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 233. GUERRA, Sidney, MERÇON, Gustavo. *Curso de direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 215-17.

atuara em um campo normativo próprio de matérias[6]. Vale dizer que, a falta de hierarquia entre as normas infraconstitucionais pátrias impede que haja revogação entre espécies normativas diferentes, onde só a Emenda Constitucional[7] (revogação vertical) ou outra de igual espécie e do mesmo ordenamento jurídico (revogação horizontal) poderiam produzir este efeito jurídico.

Certamente que toda a exposição demonstra uma relação de inovação do sistema jurídico entre as normas primárias, pois são estas que se originam da Constituição formal e dela recebem validade. Com este preciso norteamento, as primárias possuem plena capacidade para revogar/invalidar as normas secundárias (decretos normativos, resoluções das Agências Reguladoras, alguns casos específicos de portarias etc.), haja vista que estas últimas recebem validade das primeiras e devem assim plena submissão (*a maiore ad minus*).

No contexto lógico-analítico, o contrário é constitucionalmente impossível, ou seja, seria incabível se verificar que uma norma de espécie diferente e, ainda, de categoria inferior conteria força suficiente para revogar uma de categoria superior (uma secundária revogando/invalidando uma primária, por exemplo, ou ainda uma lei ordinária alterando o texto constitucional – outro exemplo descabido), mesmo porque uma exceção tão expressiva como esta ao quadro imposto pelo processo legislativo só seria possível pela vontade do poder constituinte originário – nunca pela manifestação do poder reformador, pois, caso assim procedesse, certamente estaria combatendo ilegitimamente cláusula pétrea.

---

[6] A lei Delegada comunga do campo de atuação da Lei Ordinária, equiparando-se a esta última. A Medida Provisória também comunga do campo de atuação da Lei Ordinária, contudo, por possuir natureza temporária, esta apenas suspende a vigência da Lei Ordinária a ela contrária, somente a revogando quando se converter em Lei Ordinária.

[7] A doutrina diverge quanto a ocorrer, *in casu*, "revogação" da lei contrária à Constituição (tanto quando a lei divergente precede à Constituição ou lhe for posterior). A divergência está na própria revogação que, para aqueles que a adotam, colocam-na como especial, em virtude de que não decorrem de conflito intertemporal entre "leis" de mesmo grau hierárquico (revogação comum), mas, sim, entre graus hierárquicos distintos. Todavia, outros indicam tratar-se de mera inconstitucionalidade, o que, por si só, resulta na automática invalidação da norma incompatível, assim, não havendo o que se falar em revogação. Por sua vez, uma terceira corrente aglutina os dois entendimentos e afirma ser caso de revogação por inconstitucionalidade. Inobstante, com brilhante conclusão, o professor SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 163., assevera que "(...) pouco importa dizer se há inconstitucionalidade pura e simples, se há revogação pura e simples ou se há revogação por inconstitucionalidade. Relevante, mesmo, é fixar a tese dessa eficácia invalidadora das normas preexistentes incompatíveis".

2 NATUREZA E CARACTERIZAÇÃO DO DECRETO NORMATIVO (REGULAMENTAR)

Os atos normativos se apresentam como sendo aqueles que contêm em sua essência um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo inicial de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração Pública, bem como pelos administrados. Ressalte-se, ainda, como bem observa Hely Lopes Meirelles, *"que tais atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas."*[8]. Igualmente, vale observar também que na categoria de atos normativos encontram-se inseridos os decretos regulamentares, os regimentos, as resoluções, deliberações e portarias de conteúdo geral.

No que pertine ao decreto, este se manifesta como ato administrativo da competência exclusiva dos Chefes do Poder Executivo, criados para prover situações gerais ou individuais, abstratamente previstas de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação. Necessário observar mais, que como ato administrativo, o decreto se encontra sempre em situação inferior à da lei, não podendo assim, contrariá-la. Neste contexto, o poder regulamentar se encontra numa posição de subjacência em relação à lei, sendo o decreto pressuposto da existência da lei, devendo ser utilizado para a sua correta explicação e aplicação desta. Uníssono, determina o dispositivo previsto no inciso IV, do art. 84, da Constituição Federal:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> (...)
> IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;

Como bem observa José dos Santos Carvalho Filho, *"ao poder regulamentar não cabe contrariar a lei (contra legem), pena de sofrer invalidação. Seu exercício somente pode dar-se secundum legem, ou seja, em conformidade com o conteúdo da lei e nos limites que esta impuser. Decorre daí que não podem os atos formalizadores criar*

[8] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., São Paulo, 1999, p. 161.

direitos e obrigações, porque tal é vedado num dos postulados fundamentais que norteiam nosso sistema jurídico".[9]

3 O SUPER DECRETO (EC 32/2001 E A NOVA REDAÇÃO DO INCISO VI, DO ART. 84, DA CF)

No ano de 2001, o poder constituinte reformador brasileiro realizou a edição da Emenda Constitucional nº. 32, sendo que de tal normatização resultou em inovação da condição redacional do dispositivo até então previsto no inciso, VI, do artigo 84, da Constituição Federal. A redação originária produzida pelo poder constituinte genuíno era, *in verbis*:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> (...)
>
> VI – Dispor sobre a organização e o funcionamento da administração Federal, na forma da lei;

Como já dito, o texto constitucional suso comentado foi inovado pelo poder constituinte reformador (Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001 – publicado no Diário Oficial da União de 12 de setembro de 2001), obtendo uma novel regração; transmutando para a seguinte redação:

> Art. 84. Compete privativamente ao 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) b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Extrai-se que da dita alteração resultou na criação de um Decreto Presidencial extraordinário e especial, em outros termos, o Decreto em apreço foi concebido pelo

[9] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo,* 14ª ed. Rio de Janeiro Lummen Juris, 2005, p. 44.

poder constituinte reformador com poderes para tratar de matéria reservada somente à lei (reserva legal) e, nesse prisma, recebeu poderes correlatos para revogar/invalidar as Leis Ordinárias que especificamente tratam da matéria correspondente.

Assim, considera-se que, doravante, o Chefe do Executivo federal passou a estar autorizado, pelo poder constituinte reformador, a editar Decretos com força normativa para regular a organização e o funcionamento da administração federal (quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos) e, também, podendo extinguir funções ou cargos públicos (quando vagos).

Indubitavelmente, essas peculiares matérias já eram tratadas supletivamente por decretos presidenciais, mas sempre com o âmbito de norma secundária, de modo que não caberia apresentar-se com comando em antinomia com os das leis ordinárias respectivas. Mas, fundou a Emenda n.º 32 uma nova topografia e natureza para os decretos convergentes ao ditame do inciso VI, do art. 84, da Constituição Federal poderia, a ponto de reconhecer aos mesmos força de revogação/invalidação de leis ordinárias específicas.

A extinção de um cargo público só era possível por lei, agora também por decreto. Isto significa necessariamente revogar uma lei ordinária, pois a criação de cargos públicos depende de lei ordinária. Pela inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 32/2001, o padrão pétreo do processo legislativo constitucional sofreu uma alteração considerável, na medida que foi obrigado a recepcionar uma medida executiva que incidirá sobre leis com poderes especiais e extraordinários para catapultar leis ordinárias para fora do sistema jurídico.

A inovação trouxe efeitos reflexo para o processo legislativo, em virtude da possibilidade de revogação/invalidação de lei por decreto alça este último a uma patente de equiparação às primárias. Em cotejo com as ordens da assembléia constituinte e do legislador reformador vislumbra-se padrão normativo desigual. Para o originário o modelo implantado trilhava coerência lógica e técnica legislativa adequada, haja vista que a sua diretriz só permitia o efeito do instituto da revogação entre normas de igual quilate e natureza.

Por sua vez, o padrão apresentado pelo legislador constituinte reformador (EC 32/2001) possui norteamento contrário, onde a lógica simétrica das relações jurídicas entre as normas ficou à margem da técnica para permitir a inclusão de uma exceção

sem parâmetros na história jurídica brasileira. Em nenhuma fase democrática do Brasil, uma norma secundária tinha o poder concentrado capaz de produzir ingerência em norma primária.

A exceção rompeu a vontade constituinte original para inaugurar um precedente perigoso para os direitos fundamentais e a segurança jurídica requerida pelo Estado de direito. Desse precedente podemos divagar a hipótese de novas emendas constitucionais autorizando situações semelhantes, como portarias com força de lei; leis ordinárias alterando diretamente o texto constitucional; ou mesmo emendas constitucionais criando um ordenamento jurídico paralelo – ora, isto é ação autocrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inquestionavelmente o prejuízo para o Princípio da Democracia é sem precedentes, em face do titular do poder constituinte originário brasileiro ser o povo (art. 1º, Parágrafo Único, da CF – "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa constituição"). O princípio da reserva legal foi restringido para garantir poderes especiais ao Presidente da República. Dessarte, a democracia recuou significativamente pela garantia do exercício do poder de legislar típico dos legisladores representantes do povo. Outrossim, a própria conveniência e oportunidade que era outrora debatida em plenário de representantes do povo, agora também se encontra na mente e na vontade de um único homem (o Presidente da República).

Não obstante, o processo hermenêutico lógico - sistemático da unidade do texto constitucional sempre reclamou condição granítica para a relação de espécies normativas positivas previstas no art. 59 da Constituição Federal, bem como para o processo legislativo decorrente. Sem observar a condição absoluta (pétrias) destas normas, a Emenda Constitucional 32/2001 ousou arbitrariamente a inserir no conjunto legislativo um ato normativo do Poder Executivo.

Nota-se que a situação é tão grave que até para os casos da Medida Provisória e da Lei Delegada o Executivo deve subordinação, *a posteriori* para a primeira e *prévia* para a segunda, ao Congresso Nacional. O Decreto previsto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal encontra-se em situação privilegiada até em

relação a Medida Provisória e a Lei Delegada, porquanto não possui qualquer ratificação ou conversão em lei pelo Poder Legislativo Federal.

A democracia hodiernamente é reconhecida como direito fundamental e na qualidade de princípio requer de nós o máximo para sua ampliação e atendimento. O Decreto extraordinário ao esvaziar a ação legislativa dos legisladores anda em rumo contrário ao ideal democrático. A força desse decreto extraordinário faz com que muitos se debrucem sobre o tema até para compreender o que aparentemente é óbvio mas diante do contexto já não se sabe, se um decreto que revogou Lei Ordinária, poderia uma nova Lei Ordinária revoga-lo e reinstituir aquilo que o decreto desfez?

Por fim, o decreto ao ampliar sobremaneiramente o Poder Executivo, a ponto de resultar em uma ingerência desmedida na esfera legiferante, desequilibra a regularidade e a harmonia do Princípio Constitucional da Separação dos Poderes. Os desequilíbrios e ingerências na ação de um poder pelo outro só é cabível como uma exceção definida pelo poder constituinte originário e, nunca pelo poder constituinte reformador – mais uma vez observa-se a inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional 32/2001.

Em suma e por todo o exposto, conclui-se esta singela pesquisa técnica/jurídica pelo reconhecimento de ter sido a obra do poder constituinte reformador, a EC 32/2001, ao modificar a redação do inciso VI, do art, 84, uma medida de inconstitucionalidade material insanável e, devido a esse gravame, não possui validade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional.* 2 ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada.* 3ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e* argumentaçã. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. manual de *direito administrativo,* 14ª ed. Rio de Janeiro: Lummen Juris, 2005.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo.* 5ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILHO, Glauco Barreira Magalhães. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo.* 7ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUERRA, Sidney, MERÇON, Gustavo. *Curso de direito constitucional aplicado à função legislativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 24 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.*18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito administrativo.* 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da constituição e os princípios fundamentais.*2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional.* Belo Horizonte: Del Rei, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica.* Rio de Janeiro:Renovar, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: RT, 1996.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 1996.

RONSANI, Dwight Cerqueira. *Direito administrativo concreto.* Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: CONTROLE JUDICIAL DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Karla Marques Pamplona[*]

Loiane Prado Verbicaro[*]

RESUMO

Em um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade de pessoa humana, o orçamento torna-se um instrumento fundamental de implementação de políticas públicas em prol da concretização dos direitos fundamentais sociais. Desta forma, todo o processo de elaboração, aprovação e, inclusive, de execução do orçamento, deve ser submetido a um controle. No entanto, vislumbra-se a deficiência dos controles interno e externo promovidos pelo Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas da União e pelo povo, o que torna imprescindível a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas previamente delimitadas no orçamento. Trata-se do fenômeno da judicialização da política pública, que surge em um contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na vida social, política e econômica do Estado brasileiro. Entende-se legítimo referido controle do Poder Judiciário sobre a execução orçamentária como uma garantia de efetivação das políticas públicas estruturais direcionadas à concretização dos direitos fundamentais prestacionais no Estado brasileiro. Neste passo, analisa-se como o Supremo Tribunal Federal vem promovendo o controle judicial da execução orçamentária.

PALAVRAS-CHAVE: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA, CONTROLE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA, ORÇAMENTO.

RESUMEN

En un Estado Democrático de Derecho que tiene como fundamento la dignidad humana, el presupuesto tornase un instrumento fundamental de implementación de políticas públicas en pro de la concretización de los derechos fundamentales sociales. De esa forma, todo el proceso de elaboración, aprovación y, incluso, de execución del presupuesto, debe ser

[*] Advogada associada do escritório Silveira, Athias, Soriano de Mello, Pinheiro, Guimarães & Scaff – Advogados, Professora da Faculdade do Pará – FAP, Especialista em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária de São Paulo e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará.

[*] Professora do Centro Universitário do Pará nas disciplinas Introdução ao Estudo do Direito e História do Direito e do Pensamento Jurídico, Graduada (*summa cum laude*) e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Pará e Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha).

sometido a un control. No obstante, conjecturase la debilidad de los controles interno e externo hechos por el Poder Legislativo, por el Tribunal de Cuentas de la Unión y por el pueblo, el que torna imprescindible la intervención del Poder Judiciário en políticas públicas previamente delimitadas en el presupuesto. Es el fenómeno de la judicialización de la política, que brota en un ambiente de mayor inserción cuantitativa y cualitativa de los tribunales en la vida social, política y económica del Estado brasileño. En ese contexto, entendese legítimo el control del Poder Judiciário sobre la execución presupuestária como una garantía de efectivación de las políticas públicas estructurales direcionadas a la concretización de los derechos fundamentales prestacionales en el Estado brasileño. En ese paso, ha sido examinado como viene sendo efectivado el control judicial de la execución presupuestaria por el Supremo Tribunal Federal.

PALABRAS-LLAVE: JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA, CONTROL DE LA EXECUCIÓN PRESUPUESTARIA, PRESUPUESTO.

INTRODUÇÃO

Na atual Constituição da República encontram-se os valores, os princípios e as regras que devem orientar e conformar as relações entre as pessoas que fazem parte da sociedade brasileira, e já no seu art. 1º, III, vislumbra-se que o fundamento do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana implica um universo moral que apenas pode ser concretizado mediante a realização de direitos vinculados à pessoa humana ou direitos fundamentais, fruto da decisão política de cada nação.[1] [2]

Deste modo, o Estado brasileiro consagra diversos direitos da pessoa humana, os quais se consubstanciam em um paradigma ou ideal a ser buscado pela sociedade brasileira. Não obstante isto, observa-se que o Estado brasileiro possui baixo índice de desenvolvimento humano - IDH, ocupando a 69ª posição em uma lista de 177 países,

[1] VIEIRA, Oscar Vilhena, *Direitos Fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63-64.

[2] Os direitos fundamentais são compreendidos, neste trabalho, como o conjunto de direitos da pessoa humana garantidos, expressa ou implicitamente, na Carta Política. São direitos que compartilham o universo moral da dignidade da pessoa humana, contudo se restringem à positividade, ou seja, reconhecimento por uma ordem constitucional em vigor. (COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1-68; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006).

consoante o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD[3] de 2006.

Isto demonstra a incapacidade do Brasil em efetivar os diversos direitos fundamentais reconhecidos em sua Carta Política, apesar de obter uma carga tributária comparada a de países desenvolvidos, como a dos Estados Unidos da América, alcançando 35,21% do Produto Interno Brasileiro – PIB, conforme relatório do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário de 2006.[4]

Neste contexto, torna-se de fundamental importância o estudo do orçamento, segundo paradigma estabelecido pela Constituição Federal vigente, elucidando o seu papel instrumental na implementação dos direitos fundamentais sociais e a necessidade do controle de sua legalidade e legitimidade pelo Poder Judiciário.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ORÇAMENTO COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O atual sistema jurídico consagra o Estado Democrático de Direito, bem como prescreve como fundamento deste a dignidade da pessoa humana, conforme o art. 1º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Assim, há uma relação indissociável entre o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual impõe ao Estado brasileiro que se organize com o intuito de garantir o exercício dos direitos fundamentais elencados na vigente Constituição da República.

O Estado Democrático de Direito brasileiro surge com o intuito de superar a ineficácia do Estado Social de Direito, acrescentando um *plus* ao introduzir o termo *Democrático*, pois estabelece diversos instrumentos e garantias que oportunizam a implementação da democracia e dos direitos fundamentais sociais.[5] Desta forma, o Estado

[3]RELATÓRIO de Desenvolvimento Humano (IDH) de 2006. Disponível em http://www.pnud.org.br. Acessado em 27/05/2007.

[4] Carga Tributária brasileira revisada – 2006. Disponível em http://www.ibpt.com.br/arquivos/estudos/2006_-_CARGA_TRIBUTARIA_BRASILEIRA_(_REVISADA).pdf. Acessado em 27/05/2007.

[5] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 164-165.

assume a tarefa modificadora do *status quo* da sociedade brasileira, o que implica o dever de consolidar, mediante prestações positivas, os direitos sociais, como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados etc. (art. 6º e outros da Carta Política de 1988).

O Estado Social preconizado pela Constituição Federal de 1988[6] tem, então, o dever de implementação e execução de determinados programas governamentais estruturais voltados à promoção dos direitos fundamentais sociais.[7]

Nesse contexto, o orçamento ganha destaque e deixa de ser um mero documento financeiro ou contábil, de caráter estático, e passa a ser um *instrumento dinâmico* do Estado perante a sociedade, através da fixação de seus objetivos e das reais funções de intervenção no domínio econômico, segundo Régis Fernandes de Oliveira [8].

O orçamento adquire aspecto instrumental, tendo como razão essencial a estipulação de ações governamentais que visem à promoção do desenvolvimento[9] do país, não se preocupando apenas com a estabilização ou o crescimento econômico, mas, sobretudo, com a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, viabilizando a liberdade política, as oportunidades nas áreas de saúde, educação, aumentando o poder de consumo, garantindo a transparência dos atos públicos e a segurança social etc.

A ordem jurídica vigente configura a concepção de *orçamento-programa*[10], que compreende o orçamento como um sistema de planejamento estrutural, o qual integra a política econômica e a política fiscal. A Constituição da República, nos arts. 70 a 75 e 165 a 169, estabelece verdadeiro Estado Orçamentário[11] que envolve o planejamento, a programação e o orçamento em sentido estrito, introduzidos, respectivamente, através dos veículos introdutores Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

---

[6] KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 72-73.
[7] FARIA, José Eduardo. Judiciário e desenvolvimento econômico. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19-25.
[8] OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*, p. 89.
[9] SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 51-58.
[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 711.
[11] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 169.

O Plano Plurianual é o projeto de ação governamental elaborado no primeiro ano de governo que deve estabelecer de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital (investimentos, inversões financeiras e transferências de capital) e outras delas decorrentes e para as relativas dos programas de duração continuada (obras, planos e ações que ultrapassam o prazo de 01 ano), obtendo vigência de 04 anos.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias, por sua vez, define a política de aplicação dos recursos públicos. Compreende as metas e prioridades da administração, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras de fomento. Deve ser o elo entre o plano plurianual e a lei do orçamento anual.

Já a Lei Orçamentária anual é o veículo em que são, efetivamente, alocados os recursos orçamentários para sua realização. É mediante a Lei Orçamentária anual que o Executivo e o Legislativo definem, efetivamente, a política fiscal, ao detalhar e especificar a aplicação da receita pública, elegendo os direitos fundamentais sociais a serem implementados preferencialmente.

As Leis Orçamentárias são, portanto, normas de conduta e de organização que delimitam os direitos fundamentais sociais a serem executados na sociedade brasileira, e, por tal motivo, constituem-se em instrumentos basilares para a concretização do Estado Democrático de Direito.[12]

É salutar ressaltar, ainda, que, segundo a atual Constituição Federal, o orçamento-programa possui caráter democrático, desta forma, a PPA, LDO e a LOA são apresentadas pelo Executivo e apreciadas pelo Legislativo e podem ter a participação direta do povo.

O orçamento deve ser um canal democrático, já que necessita retratar os compromissos políticos e o sentimento de cidadania.[13] É o povo, direta ou representativamente, que deve deliberar quais são os direitos fundamentais sociais que

[12] Neste sentido, consultar: SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais:* Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 197.
[13] SUSTEIN, Cass R. *The partial Constitution.* Massachussetts: Harvard University Press, 1994, p. 145.

serão priorizados, segundo as necessidades públicas prementes. Esse viés democrático do orçamento fornece dimensão valorativa às prestações positivas do Estado brasileiro.

Neste sentido, as políticas públicas determinadas nas leis orçamentárias passam a ser vinculantes à Administração Pública. São elas argumentos de política convertidos em princípios[14] [15]. Não executá-las promove violação à Constituição da República e ao Estado Democrático de Direito.

Essa conjuntura revela o papel importante do controle da execução orçamentária como meio garantidor da implementação das políticas públicas estruturais escolhidas pelo povo e voltadas à efetividade dos direitos fundamentais sociais.

2 A DEFICIÊNCIA DO CONTROLE INTERNO E EXTERNO DO ORÇAMENTO E A NECESSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA POLÍTICA PÚBLICA

O controle da gestão orçamentária é sistêmico e compreende o controle interno e o externo, de forma integrada e interdependente, da legalidade, da legitimidade e da economicidade do orçamento, nos termos do art. 74, VI, da atual Constituição da República.

O controle interno é o que exerce cada um dos Poderes, com a finalidade de autotutela da legalidade e da eficácia da gestão financeira. Os três Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário podem exercê-la, obtendo a mesma finalidade, objetivos e método do controle externo.[16]

---

[14] Segundo Dworkin, os *argumentos de política* "justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo", enquanto os *argumentos de princípios* "justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo". Para o autor *política* "é aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas", já o *princípio* é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou eqüidade ou alguma outra dimensão da moralidade". (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36 e 129.)

[15] Veja-se a respeito: SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais:* Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 232.

[16] TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 200.

O controle interno recebeu pouca atenção constitucional e legal no atual sistema jurídico brasileiro, o que vem dificultando a sua concretização. Desta forma, pulveriza-se através de órgãos internos nem sempre bem organizados e, em regra, corporativos, o que gera a inefetividade do controle. Além disso, há escassa bibliografia sobre a matéria, o que reforça a sua inaplicabilidade.

O controle externo, por sua vez, é o exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas; pelo povo; e pelo Poder Judiciário.[17]

Nos termos da atual Carta Política, o Congresso Nacional tem a função de analisar os pareceres prévios emitidos pelo Tribunal de Contas referentes às contas dos administradores; solicitar inspeções e auditorias para que o Tribunal de Contas as realizem; requerer informações do Tribunal de Contas sobre o resultado das auditorias e inspeções e sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; sustar diretamente os contratos irregulares; e analisar os relatórios trimestrais e anuais das atividades do Tribunal de Contas.

Cumpre, também, ao Congresso Nacional, apreciar, discutir e votar Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual e propor emendas perante a Comissão Mista, as quais serão aprovadas desde que sejam compatíveis com a PPA e a LDO, haja indicação dos recursos necessários e sejam relacionadas com a correção de erros ou omissões e com os dispositivos do texto de projeto de lei.

Há, ainda, a possibilidade de compor uma Comissão Mista permanente de senadores e deputados com a função de examinar e emitir parecer sobre os planos e programas e sobre as contas do Presidente da República, e acompanhar e fiscalizar o orçamento, sem prejuízo das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas.

Entretanto, não obstante a Constituição da República atribuir ao Congresso Nacional todas essas funções que garantem o seu poder-dever de controlar o orçamento desde a elaboração até a execução, na prática, vislumbra-se a inefetividade deste tipo de controle orçamentário.

Observa-se que o Congresso Nacional dá primazia ao critério político, de interesse pessoal, nas escolhas das políticas públicas (PPA e LDO), em detrimento do

[17] TORRES, 2004, p. 202-204.

critério democrático. As poucas discussões no processo de elaboração do orçamento-programa evidenciam que as decisões acontecem nos gabinetes, indo de encontro à transparência orçamentária e ao seu viés democrático. Ao par disso, são poucos os acessores especializados; o processo orçamentário nem sempre é informatizado; e as disposições orçamentárias ainda carecem de clareza, o que dificulta que sejam compreendidas e fiscalizadas. Verifica-se, ainda, que o Projeto de Lei Orçamentária tem curto prazo e forma técnica e burocratizada, o que torna quase impossível a análise crítica pelo Legislativo.[18]

Logo, o controle do orçamento efetuado pelo Legislativo é insuficiente para garantir a legitimidade e a execução adequada de suas disposições.

No que pertine ao Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Legislativo no controle do orçamento, cumpre elucidar que, segundo a Constituição da República, é composto por um quadro próprio de funcionários, sendo organizado de acordo com as mesmas regras aplicáveis aos Tribunais do Poder Judiciário.

O Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros ou Conselheiros, com cargo vitalício, dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos de idade. Um terço é escolhido pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal e dois terços pelo Congresso Nacional, mediante lista tríplice entregue pelo Tribunal.

Os Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios existentes são regulamentados pela Constituição estadual ou Lei Orgânica de cada ente político, sendo aplicáveis, no que couber, as disposições da Constituição da República.

O Tribunal de Contas da União tem como função analisar as contas do Presidente da República; julgar as contas dos administradores do dinheiro público; registrar os atos do pessoal, como concessão de aposentadoria e nomeações; fazer inspeções e

[18] Maria Arair Pinto Paiva, ao realizar uma pesquisa sobre o orçamento de 1994-1997 do Rio de Janeiro, evidenciou diversos problemas na concretização do controle orçamentário pelo Congresso Nacional. Primeiro, constatou que o prefeito enviava, constantemente, o projeto da LOA no último dia do prazo para a Câmara Legislativa, obtendo curto prazo para apreciá-lo; segundo, a iniciativa parlamentar na apresentação de emendas era usada como mecanismo de corrupção e atendimento de privilégios pessoais, conforme revelou a CPI do orçamento do Rio de Janeiro de 1993; e terceiro, houve mais emendas individuais, que atendem privilégios pessoais, do que emendas coletivas, as quais revelam o espírito da associação e o predomínio do interesse coletivo, efetivando a democracia. (Poder Legislativo e função de controle da atividade financeira do governo. *http://www.puc-rio/direito/revista/online/rev11_maria.html.* Acesso em 24/11/2004).

auditorias; fiscalizar as empresas supranacionais; fiscalizar o repasse de recursos entre os entes mediante convênio, não incluídas as transferências do produto da arrecadação de tributos; dever de informar; aplicar sanções; fixar prazos para regularização dos atos; dever de representar ao Presidente da República, ao Congresso Nacional ou ao Poder Judiciário sempre que apurar irregularidade; promover relatórios de suas atividades que deverão ser encaminhados ao Congresso Nacional para análise; sustar ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Apesar das diversas funções do Tribunal de Contas todas em prol do controle da legalidade, legitimidade e economicidade do orçamento, atribuídas constitucionalmente, percebe-se que nem sempre este controle é eficaz.

Há diversas falhas no controle efetuado pelo Tribunal de Contas, a principal consiste na forma de composição do Tribunal de Contas, pois a escolha é comumente política e não técnica, o que tornam os Ministros ou Conselheiros eleitos comprometidos com o Executivo. Deste modo, em regra, o Tribunal de Contas é um organismo mais político do que técnico, ao invés de prestar acessoria técnica ao Legislativo, adere à política do Executivo. Isto gera sério desvio de função, visto que o Tribunal deixa de praticar a função fiscalizadora e passa, pelo contrário, a tentar justificar as ações do Poder Executivo. Na prática, o Tribunal de Constas atua desvinculado do Legislativo.

Ademais, verifica-se que nem sempre é composto por Ministros ou Conselheiros com preparo intelectual especializado, tendo em vista o critério político de escolha, o que dificulta a implementação do controle do orçamento.

Em face do exposto, resta evidente que o controle realizado pelo Tribunal de Contas como auxiliar do Legislativo não é suficiente para garantir a efetividade do controle da legalidade, da legitimidade e da economicidade do orçamento.

A Carta Política de 1988 garante, ainda, que o povo exerça controle sobre a execução orçamentária. O art. 74, §2º prescreve que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

A democracia hodierna, além de representativa, é participativa, de tal modo que o povo, mediante associações e demais órgãos da comunidade, pode participar na

elaboração do orçamento (orçamento participativo) e até mesmo no controle de sua execução.

No entanto, tal canal democrático também está repleto de deficiências, em virtude do nível insuficiente de emancipação social e de autonomia dos indivíduos e a falta de conscientização dos direitos e de instrução técnica para fiscalizar a execução orçamentária, que, conseqüentemente, promove a pouca participação da comunidade na escolha das políticas públicas (processo orçamentário – PPA, LDO e LOA).[19] Acrescenta-se, ainda, a dificuldade que a sociedade possui em compreender as disposições orçamentárias, por ausência de clareza e informatização de dados.

Neste sentido, são necessárias mudanças no processo orçamentário, no sentido de viabilizar, não apenas formal, mas, subretudo, materialmente, a participação do povo na elaboração e na execução do orçamento.[20]

Em face de tudo exposto, conclui-se que o controle da legalidade, da legitimidade e da economicidade do orçamento realizado por cada um dos Poderes (interno), bem como pelo Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, e pelo povo (externo) não são totalmente eficazes, o que torna fundamental o controle por parte do Poder Judiciário, sobretudo, em relação à execução orçamentária.

A judicialização da política pública passa a ser uma vertente para o controle da legitimidade e implementação do orçamento e, por conseguinte, para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA: VERTENTE PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, que estabelece controles recíprocos entre as várias estruturas estatais, sofreu variações ao longo do desenvolvimento

[19] Neste sentido, veja: PAIVA, Maria Arair Pinto. Poder Legislativo e função de controle da atividade financeira do governo. *http://www.puc-rio/direito/revista/online/rev11_maria.html.* Acesso em 24/11/2004.
[20] Ana Maria Pellini sugere proposta interessante de inclusão de indicadores sociais ao lado dos financeiros para melhor orientar as decisões quanto à aplicação dos recursos públicos. (*Os sistemas de planejamento, execução e controle da gestão* pública: uma nova proposta. *http://www..ufrgs.br/necon/sumario4.htm* Acesso em 24/11/2004).

do constitucionalismo e da consolidação do Estado de Direito. Surgiu e consolidou-se como uma teoria jurídico-formalista (teoria de Montesquieu), mas passou, posteriormente, por reformulações estruturais que proporcionaram a valorização da normatividade do texto constitucional e a inserção do Poder Judiciário no cenário político (supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais).[21]

Dada essa alteração nas diretrizes teóricas da evolução dos poderes do Estado, da ampliação do poder normativo e político do Poder Judiciário, verifica-se um processo de expansão do Poder Judiciário na proteção aos direitos fundamentais e na intervenção e/ou proteção de políticas públicas do Estado não realizadas pelo Executivo e Legislativo.

Percebe-se, assim, que a nova ordem constitucional reformulou o paradigma de neutralidade do Poder Judiciário ao reconhecê-lo como instituição estratégica à preservação da Constituição e dos direitos fundamentais – preservação ao núcleo essencial valorativo do texto constitucional. Para cumprir referido mister, precisou-se superar a sua postura (apolítica) de neutralidade e de insensibilidade às demandas sociais, para inseri-lo em questões essencialmente políticas do Estado e, assim, contribuir para a consolidação das instituições democráticas.

Tal configuração se estabelece uma vez que as políticas públicas realizadas pelos poderes políticos competentes (Executivo e Legislativo) podem não ser compatíveis à proteção aos direitos fundamentais da comunidade. Daí a necessidade de intervenção do Judiciário para ajustar as diretrizes políticas a um núcleo essencial de direitos fundamentais.

Inúmeras questões de índole estritamente política agora são trazidas ao seu exame. Em face dessa realidade, as decisões oriundas de processos democráticos de formação da vontade política (maioria político-parlamentar) passam a ser controladas pelo poder judicante.[22] Tal ocorre porque uma irrestrita autonomia na condução da política de

[21] Na proposta federalista, Hamilton, no artigo nº. 78, aborda sobre o direito que têm os tribunais de declarar a nulidade dos atos legislativos por serem contrários à Constituição. Trata-se do questionamento acerca do poder que têm as cortes de decidir sobre leis formuladas por representantes eleitos e de interferir em assuntos políticos através da interpretação e da declaração de (in) constitucionalidade da lei. HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480.

[22] Sobre o assunto, ver: COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997, pp. 19-21.

governo poderia representar um eventual enfraquecimento das instituições democráticas constitucionalmente estabelecidas.

Sob essa diretriz institucional, compete ao Poder Judiciário a realização dos direitos fundamentais, em respeitabilidade aos preceitos constantes na Carta Constitucional. A exigibilidade e a eficácia dos direitos fundamentais não estão adstritas única e exclusivamente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Compete ao Poder Judiciário participar desse processo de reconhecimento e de implementação dos direitos constitucionais, sob pena de se desvirtuar a própria finalidade estrutural da organização dos poderes do Estado, que é assegurar as liberdades públicas, o controle sobre os excessos e omissões dos outros poderes do Estado e a tutela aos direitos elevados ao âmbito constitucional. A esse fenômeno de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política – ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica – chama-se *judicialização da política*.

Esta expressão é comumente utilizada para designar fenômenos distintos. Em alguns casos, utilizam-na para retratar a imposição de políticas públicas pelo Judiciário, em outros, para denominar a fiscalização e/ou controle das políticas públicas exercido pelos órgãos do Poder Judiciário a fim de assegurar a integridade da Constituição e dos direitos fundamentais nela materializados. A presente análise pautar-se-á no segundo conceito, é dizer, judicialização como sinônimo de controle judicial das políticas públicas traçadas pelos poderes políticos do Estado, ou seja, a atuação do Judiciário na implementação da política pública já delimitada pelo Executivo e Legislativo, afastando qualquer questionamento quanto à legitimidade democrática da intervenção do Judiciário[23], visto que os argumentos de política já foram convertidos em princípios.

A política se judicializa com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado. [24] A atuação do Judiciário na arena política não é, pois, uma distorção institucional, mas legítima, uma vez que decorre

[23] Neste sentido, veja DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.132-135.
[24] MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises***.** In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, n. 57, 2002, p. 117.

dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na Carta Constitucional de 1988 e representa um reforço à lógica democrática.[25]

C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder, ao investigarem a judicialização da política, analisaram os fatores que impulsionaram a expansão do protagonismo judicial. Segundo eles, a expansão do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, resultado do desenvolvimento histórico das instituições democráticas, está associada ao fim do comunismo no leste europeu e à conseqüente queda da União Soviética; à hegemonia dos Estados Unidos da América, que propiciou a difusão do funcionamento institucional do sistema jurídico norte-americano de revisão judicial (*judicial review)*. Dessa forma, o modelo de revisão judicial contemplado neste país tornou-se o paradigma de controle judicial a ser seguido por outros países, especialmente, pelas novas democracias.

Neal Tate[26] dispõe que as condições necessárias ou facilitadoras ao surgimento do processo de judicialização da política são: a institucionalização de uma ordem democrática; a separação dos poderes do Estado e a independência do Judiciário; a universalização do acesso ao sistema de justiça; a existência de uma Constituição (política de afirmação de direitos) que explicite direitos e valores, os quais possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos que se sintam lesados pela vontade da maioria; o uso dos tribunais por grupos minoritários de interesse para a realização de seus direitos; o uso dos tribunais pela oposição para frear e controlar as deliberações majoritárias da arena política e a ineficácia das instâncias majoritárias de formação da vontade política (tal ineficácia materializa-se na ausência e/ou insuficiência das políticas públicas acertadas na arena política).

Mas, ressalta que esse fenômeno possui características diversificadas de acordo com as especificidades vivenciadas em cada país, não possuindo, pois, uma moldura inflexível ou fórmula genérica capaz de acolher todas as formas possíveis de manifestação da judicialização da política no interior de uma estrutura una, modular e hermética. Cada país possui as suas peculiaridades próprias (estrutura institucional, formação história,

[25] FARIA, José Eduardo Faria. *O Supremo e a judicialização da política.* O Estado de São Paulo, 06/novembro, 1999.
[26] TATE, C. Neal. Why the expansion of Judicial Power? In: TATE, Neal; VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power. *New York: New York University Press*, 1995, pp. 27-36.

configuração da Carta Constitucional), não sendo capaz de seguir linear, simultânea e sincronicamente o modelo de judicialização seguido por outros países de tradições espaço-temporal distintas.

Nos países cujo sistema jurídico tem origem no direito romano-germânico da *Civil Law,* (América Latina e Europa Continental), o papel atribuído ao Judiciário sempre foi mais restrito. Essa origem (romano-germânica) gera uma tradição cultural essencialmente caracterizada por uma tendência à auto-restrição dos juízes, por um mecanicismo interpretativo e por uma concepção formalista da ciência jurídica. Por isso, fala-se em um juiz funcionário (burocrata estatal) que realiza, simplesmente, um mecânico processo de aplicação de normas abstratas, gerais e impessoais a casos concretos, a fim de garantir a certeza nas relações jurídicas.

No contexto brasileiro, grande parte das condições facilitadoras da judicialização da política pode ser identificada, especialmente a partir do processo de redemocratização e reconstitucionalização do Brasil, após sucessivos períodos de autoritarismo. Aliado aos fatores globais que contribuem à judicialização da política como fenômeno empiricamente verificável nas democracias contemporâneas, outros, decorrentes de condicionamentos e peculiaridades vivenciadas na ordem política, econômica e social brasileira, bem como de transformações sofridas pelo próprio sistema legal na função jurisdicional, propiciam o surgimento e a consolidação desse processo de intervenção do Poder Judiciário em assuntos políticos.

Dois fatores, típicos da realidade brasileira, que contribuíram à consolidação deste fenômeno são: 1) A promulgação da Constituição Federal de 1988 que trouxe mudanças valorativas ao direito; atribuiu crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a existência e os fundamentos do Estado Democrático de Direito. A existência de uma Constituição social, democrática e compromissária que explicite direitos e valores a serem resguardados pelo Estado e que possam ser invocados em defesa dos indivíduos e grupos sociais que se sintam lesados pelo descumprimento de seus direitos, é um marco a justificar um Judiciário capaz de inserir-se na arena política (jurisdicização dos conflitos sociais e políticos), a fim de proteger os núcleos substanciais do texto constitucional; 2) A ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal,

que passou a participar da arena política de resolução de conflitos constitucionais através do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Essa dimensão da capacidade dos tribunais em efetuar o controle de constitucionalidade das leis é de fundamental importância no que se refere à inserção do Poder Judiciário no sistema político.[27] [28] Trata-se de um importante indicador da relevância atribuída ao Poder Judiciário no interior do sistema político de poder.

Nessa conjuntura político-jurídica, sustenta-se que o Poder Judiciário tem legitimidade para efetuar o controle judicial, concentrado e abstrato, do orçamento, abordando o aspecto formal e material. Desta forma, determina o exame judicial da legalidade do orçamento-programa em relação às leis PPA, LDO e LOA e aos programas e planos nacionais, bem como a adequação do orçamento às normas e princípios constitucionais, sobretudo, os direitos fundamentais sociais.

Neste trabalho, afasta-se, completamente, a antiga argumentação da doutrina alemã, representada por Laband[29], que influenciou diversos países, como Alemanha, Itália, França e, inclusive, o Brasil, de que a Lei Orçamentária tem natureza formal, por isso não poderia ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Em contraposição à argumentação de Laband, e com fundamento na doutrina de J. J. Gomes Canotilho[30] e de Antônio Lobo Xavier[31], defende-se que, na atual ordem jurídica, a Lei Orçamentária é uma norma jurídica em sentido estrito, a qual inova o

[27] Segundo Hélcio Ribeiro, um dos aspectos centrais do fenômeno da judicialização da política refere-se ao controle de constitucionalidade, uma vez que "coloca o Poder Judiciário acima do Legislativo e do Executivo". Segundo o autor, "a amplitude e eficácia deste controle está sempre baseada na supremacia da Constituição, mas pode ser potencializado pela ampliação dos direitos fundamentais." (*Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura.* Porto Alegra: Síntese, 2001, p. 50).

[28] A judicialização da política refere-se ao "crescente controle efetuado por órgãos judiciários sobre as decisões políticas. Esse fenômeno, em menor ou maior grau, integra a paisagem dos Estados Constitucionais contemporâneos, a ponto de ser considerado uma conseqüência da adoção de formas de controle judicial de constitucionalidade". (MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. *Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos.* In: Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 07).

[29] LABAND, Paul. *El derecho pressupuestario*. Madrid: Instituto de Etudios Fiscales, 1979.

[30] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A lei do Orçamento na Teoria da Lei.* Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979 (separata), p. 03-14.

[31] XAVIER, Antônio Lobo. *O Orçamento como Lei:* contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português. Coimbra, 1990

ordenamento jurídico, não obstante possuir conteúdo administrativo-financeira, sendo instrumento essencial para a garantia e a implementação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, no atual sistema jurídico brasileiro, a judicialização da política pública, ora concebida como o controle do orçamento pelo Poder Judiciário, sobretudo, sobre a sua execução, é legítima e necessária para efetivação do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais sociais.

3 DO CONTROLE DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA PELO STF

O controle da execução orçamentária pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da Constituição Federal de 1988 sempre foi tímido e restrito, tendo em vista a utilização de argumentações jurídicas tradicionais sobre o tema, como a separação de poderes, natureza formal do orçamento, lei de efeito concreto, lei temporária etc.[32] [33]

Neste sentido, o STF em sede do julgamento da ADI n. 1640-7[34], em 12/02/1998, deixou de analisar a constitucionalidade da lei orçamentária anual da União, alegando questão de ordem, sob a justificativa de que a referida lei, que destinava a receita da CPMF para pagamento de dívidas e encargos da máquina administrativa, não tinha natureza material e gerava efeitos político-administrativos concretos, logo, não estava sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade.

Tal argumentação do STF, baseada, claramente, na doutrina tradicional de Paul Laband, totalmente inaplicável na ordem jurídica brasileira vigente, não pode prosperar. O orçamento, hodiernamente, possui papel relevante de implementador dos direitos fundamentais sociais, o que afasta, por completo, a antiga noção do orçamento como mero ato administrativo de registro de despesa e receita.

Ademais, no que pertine a possibilidade da norma orçamentária possuir efeito concreto, impende expor que tal situação não pode ser óbice para o controle concentrado pelo STF, sob pena de afastar a efetividade do Estado Democrático de Direito e dos direitos

[32] SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais:* Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 223.
[33] STF, ADPF 45/DF; RE 436.996/ AgRSP; Pet 2.836 QO/RJ.
[34] ADI n. 1.640-7, Rel. Min. Sydney Sanches.

fundamentais sociais. Como dito alhures, o Poder Judiciário, no atual contexto jurídico-político, tem função primordial de preservação do núcleo essencial valorativo do texto constitucional, para tanto, deve superar a sua postura apolítica, de neutralidade e de insensibilidade às demandas sociais.

Não obstante o exposto, o STF vem, paulatinamente, mudando seus paradigmas, conforme ocorreu na decisão da ADI n. 2925/DF, de 19/12/2003, em que se questionava o desvio dos recursos da CIDE-combustíveis para outras atividades não determinadas constitucionalmente pela Lei Orçamentária da União. Nesse julgado, o STF chegou a analisar a Lei n. 10.640/2003 – Lei Orçamentária da União e, no mérito, aplicou uma interpretação *conforme a Constituição*, a qual adequou a Lei à finalidade prevista na norma constitucional de competência tributária (art. 177, §4º, II, a, b e c, da CF/1988), demonstrando uma provável mudança na jurisprudência desse Tribunal em relação ao controle concentrado da Lei Orçamentária.

No entanto, em relação ao aspecto temporário das leis orçamentárias, o STF continua mantendo posicionamento conservador, pois vem decidindo que o controle concentrado somente pode ser realizado enquanto não perderem a sua vigência, conforme ADI n. 612/RJ.

Ocorre que existem situações, em que a lei orçamentária já perdeu sua vigência, mas o programa governamental, manifestamente, inconstitucional continua produzindo efeitos, o que vai de encontro à efetividade do Estado Democrático de Direito.[35]

Nesses casos, seria mister o STF realizar o controle concentrado da norma orçamentária, no intuito de tornar eficaz a Constituição da República. Tal argumentação vem sendo utilizada por alguns Ministros na tentativa de analisar leis que não mais possuem vigência, consoante ADI-QO n. 1.244/SP, de 23/04/2003.

Por fim, entende-se que nas hipóteses em que há a mera inexecução das políticas públicas definidas no orçamento, é legítima a intervenção do Poder Judiciário, quando há prova de que os recursos públicos foram arrecadados. Nesta situação, não se pode alegar a teoria da reserva do possível ou da impossibilidade material para não cumprir a lei

[35] SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais:* Leis Orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007, p. 233-235.

orçamentária, sendo pertinente a atuação judicial para implementação da ação governamental estabelecida.[36]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da atual Constituição da República, vislumbra-se o orçamento como instrumento essencial para implementação dos direitos fundamentais sociais, assumindo, por conseqüência, papel relevante para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Ao par disso, constatou-se que o controle interno, exercido por cada Poder, e o externo, promovido pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas, e pelo povo, não são plenamente eficazes para a garantia da legalidade e legitimidade na elaboração e execução do orçamento, sendo mister a atuação do Poder Judiciário, judicializando a política pública já delimitada.

Assim, o controle judicial do orçamento torna-se necessário como garantia de efetividade do próprio Estado Democrático de Direito e de mudança do *status quo* da sociedade brasileira.

Neste passo, defende-se que o STF, como principal intérprete da Lei Maior, deve adotar paradigma de interpretação vinculado a valores éticos e morais consagrados constitucionalmente, no sentido de permitir o controle judicial concentrado e difuso das leis orçamentárias, afastando as teses conservadoras de natureza formal, efeito concreto e aspecto temporário, utilizadas para restringir a análise do conteúdo do processo orçamentário.

Esta conclusão é resultado da aplicação do atual paradigma constitucional que prescreve que todas as proposições jurídicas devem ser construídas no sentido de concretizar a dignidade da pessoa humana, sendo uma exigência do Estado Democrático de Direito e ainda uma condição para que este se efetive.

[36] SILVA, 2007, p. 243.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Lei do orçamento na Teoria da Lei.* Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1979, (separata).

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmação histórica dos direitos humanos.* 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Judiciário e desenvolvimento econômico. Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, p. 11-29, 2002.

_____. *O Supremo e a "judicialização da política."* In: O Estado de São Paulo, 06/novembro, 1999.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LABAND, Paul**.** *El derecho pressupuestario.* Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. In: Lua Nova. Revista de Cultura e Política, n. 57, 2002.

MAUÉS, Antônio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. *Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos.* In: Constitucionalizando Direitos – 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. SCAFF, Fernando Facury (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho *et al*. *Responsabilidade fiscal*: Lei Complementar 101 de 04/05/2000. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de Direito Financeiro*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAIVA, Maria Arair Pinto. *Poder Legislativo e função de controle da atividade financeira do governo*. Disponível em http://www.puc-rio/direito/revista/online/rev11_maria.html. Acesso em 24/11/2004.

PELLINI, Ana Maria. *Os sistemas de planejamento, execução e controle da gestão pública: uma nova proposta.* Disponível em http://www.ufrgs.br/necon/sumario4.htm. Acesso em 24/11/2004.

RIBEIRO, Hélcio. *Justiça e Democracia. Judicialização da Política e Controle Externo da Magistratura.* Porto Alegre: Síntese, 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade.* Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais:* leis orçamentárias como instrumento de implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica:* uma nova crítica do direito**.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 164-165.

SUSTEIN, Cass R. *The partial Constitution.* Massachussetts: Harvard University Press, 1994.

TATE, Neal; VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power.* New York: New York University Press, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário.* 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena, Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006

XAVIER, Antônio Lobo. *O orçamento como lei:* contributo para a compreensão de algumas especificidades do Direito Orçamental Português. Coimbra, 1990.

ESTADO E SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA: NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO ENTRE O ESTADO E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

Leonardo Alves Corrêa[*]

Marcele Fernandes Dias[**]

RESUMO

Atualmente existem várias correntes do Direito Público que estudam a evolução, função e a importância da democracia participativa em todo o mundo. Não é possível identificar, entretanto, um aprofundamento de estudos da comunidade jurídica sobre os atores sociais que participam do processo de deliberação política. Nesse sentido, o objetivo do artigo é apresentar a evolução dos movimentos sociais no Brasil a partir da segunda metade do século XX e, principalmente, o atual fenômeno da organização em rede dos movimentos sociais.

PALAVRAS CHAVES: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, MOVIMENTOS SOCIAIS, REDES

ABSTRACT

Actualmente existen diversas línea de investigación del Derecho Público que estudian la evolución, función y la importancia de la democracia participativa en todo lo mundo. No es posible identificar, entretanto, un detallamento del estudios de la comunidad juridica sobre los actores sociales que participan del proceso de decisión política. Nese sentido, lo objetivo del artículo cientifico es presentar la evolución del movimientos populares en el Brasil a partir de la según mitad del siglo XX, y, principalmente, lo actual fenómeno de la organización en red del movimientos populares.

KEYWORDS: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, MOVIMIENTOS POPULARES, RED

[*] Especialista em Direito Público pela PUC MINAS; Pós graduado em Gestão Ambiental pelo IETEC e integrante do NUJUP – Núcleo Jurídico de Políticas Públicas - vinculado ao programa de pós-graduação em Direito da PUC-Minas..

[**] Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) e graduada em direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

INTRODUÇÃO

A atual crise da democracia representativa vivenciada nos últimos anos pelos países desenvolvidos – principalmente EUA e na Europa – e nos países subdesenvolvidos – ou, em uma nomeclatura mais moderna, em "vias de desenvolvimento" – estimulou uma importante discussão sobre a adoção de modelos alternativos para o exercício da soberania popular. A proposta de uma nova forma de democracia, por sua vez, que permitisse a abertura de canais diretos de participação popular, constitui o âmago dos recentes debates sobre o Estado Democrático de Direito.

A idéia da institucionalização de espaços públicos não estatais como um *locus* no qual o debate político é realizado de forma aberta, plural e democrática é um tema extremamente relevante em um mundo caracterizado pela diminuição do papel do Estado após a forte onda neoliberal dos últimos 25 anos.

No Brasil, grandes foram os avanços da democracia participativa no âmbito de uma dogmática e da implementação prática dos referidos canais de participação.

No âmbito teórico, por exemplo, a academia brasileira tem sido um fértil terreno para o desenvolvimento e, principalmente, a (re) construção das idéias de grandes autores como Canotilho, Habermas, Boaventura, dentre outros.

Do ponto de vista da práxis administrativa é possível também identificar avanços na concretização de espaços públicos voltados para a condução de um processo dialógico entre os diversos atores sociais. São os casos dos conselhos de política pública, os orçamentos participativos, as audiências públicas no Legislativo e no Executivo, etc.

Por outro lado, podemos também identificar a reestruturação da forma de atuação dos movimentos sociais a partir da década de 90. O processo de globalização e o avanço tecnológico geraram uma nova forma de organização entre as organizações: o associativismo e a formação de REDES sociais.

A academia jurídica, entretanto, não obstante o aprofundamento dos estudos sobre a democracia participativa nos últimos anos, não se envolveu de forma mais consistente na análise e compreensão dos movimentos sociais que participam dos processos de tomada de decisão política. Ao estudar o fenômeno da democracia participativa, o pesquisador do Direito não pode cometer o equívoco metodológico de fracionar o objeto da investigação. Em outras palavras: não seria possível proceder a uma consistente pesquisa científica sobre a democracia participativa desvinculada de uma identificação, classificação, contextualização e análise dos atores sociais que participam do processo democrático.

Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo apresentar a hipótese para os seguintes questionamentos: Como a atual forma de organização dos movimentos sociais influencia na democracia participativa?

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O MOVIMENTO SOCIAL.

O surgimento dos movimentos sociais no Brasil remete ao início do processo de colonização (resistência antiescravista, revolta no Maranhão, guerra dos emboabas, guerra dos mascates, revolta de Filipe dos Santos) pelo Estado Português. Entretanto, somente a partir da segunda metade do século XX inicia-se no Brasil uma multiplicação dos movimentos sociais principalmente nos grandes centros urbanos.

A consolidação do regime ditatorial militar a partir do final da década 60 não significou um enfraquecimento dos movimentos sociais até então existentes. O ambiente repressor e o enfraquecimento (ou “desaparecimento”) dos canais institucionais de participação popular foram fatores que produziram estímulos para a discussão e debates em determinados grupos sociais.

A ausência de um espaço democrático, aberto e plural para a discussão e deliberação de temas que a sociedade considerava importante naquele determinado período histórico

provocou uma efervescência de contestações e questionamentos – ainda que informais ou implícitos em formas de manifestações culturais – que exigiram uma reformulação dos movimentos sociais.

São exemplos reais dos movimentos sociais na década de 70: a) Movimento pela anistia (1977-1978); b) Ciclo de greve generalizado (1978-1979); c) "Custo de vida – CARESTIA" Movimento nacional contra alto preços dos alimentos (1974 – 1980); d) Movimento pelo Transporte público (1976 – 1982); e) Movimento de luta por creche (1974 – 1982).

A relação entre os movimentos sociais e o regime militar – como em todo Estado de exceção – é caracterizada pela intensa fiscalização dos movimentos, perseguição dos líderes, repressão violenta em caso de confronto com o aparato estatal. Os movimentos sociais eram interpretados pelo regime militar como ações de grupos de esquerda que possuíam como objetivo principal desestabilizar o Estado e a ordem social, econômica, jurídica e política instituída pelo Estado.

> "A relação dos movimentos com o Estado era visto em termos de antagonismo e oposição. Enfatiza-se o caráter extra-institucional das práticas populares – e por isso elas não estavam contaminadas pelos vícios da política oficial –assim como sua autonomia em face de partidos políticos e dos aparelhos do Estado em geral". (GOHN, 2006)

O início do processo de redemocratização e a transição para (re)construção de um novo projeto de Estado de Direito viabilizaram a institucionalização de novos espaços públicos de discussões e deliberações de políticas públicas.

> "Esses movimentos (...) ocuparam de forma criativa o escasso espaço público que restou depois que os militares eliminaram ou restringiram duramente os canais de participação e representação existentes. Além disso, foram capazes de criar novos espaços públicos onde os excluídos social, político e culturalmente pudessem reconstruir suas identidades, necessidades, interesses, e desafiar o autoritarismo na política e na sociedade." (DAGNINO 2002)

Um fenômeno importante de reformulação da estrutura dos movimentos sociais no Brasil começa a ser percebido pelos estudiosos do tema a partir de meados da década de 70. Duas são as principais mudanças identificadas nos movimentos sociais.

- Multiplicação de focos de interesse: A partir da década de 70 é possível perceber o surgimento de uma ampliação de áreas ou temas abordados por diferentes movimentos sociais. Percebe-se aí uma forte influência dos movimentos mundiais, tais como, o feminismo, ambientalismo, direitos humanos, etc.

- Mudança no objeto de reivindicação: Surge também na década de 70 um novo objeto de demanda entre os atores sociais. O fenômeno da multiplicação de focos de interesse influenciou diretamente na transformação do pleito dos movimentos sociais: a reivindicação que antes era apenas de bens e serviços públicos se transformou em um tipo de requisição mais ampla de direitos fundamentais: igualdade entre o sexo, raça; respeito à natureza; liberdade política etc.

O processo de discussão pública e democrática entre os diversos atores e grupos sociais envolvidos na constituinte no final da década de 1980 é um exemplo da nova forma de relacionamento entre o Estado e os movimentos sociais. Trata-se de uma importante alteração na percepção estatal: de grupos subversivos e ilegais existentes durante o período da ditadura militar, os movimentos sociais passam a ser visto como relevantes atores na construção do novo projeto de Estado Democrático. Percebe-se aí o surgimento de um novo tipo de organização social que determinaria uma reformulação na relação do Estado e sociedade civil a partir dos anos 90: as organizações não-governamentais – ONGs.

2. O NOVO CONTEXTO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS A PARTIR DOS ANOS 90: CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E OBJETIVOS.

O processo de globalização exerceu grande influência no novo desenho dos movimentos sociais a parir da década de 1990. Segundo o Prof. Mário Lúcio Quintão:

> "A nova ordem internacional e a globalização econômica entronizam, no atual momento, modelo de Estado mínimo, priorizando ordem e segurança pública e, de forma apenas subsidiária, a educação e a saúde, i.e., segundo a ideologia neoliberal, a transferência do ônus das prestações do Estado para a sociedade civil. O modelo neoliberal pretende, assim, em termos de legitimidade, romper com a natureza participativa do processo de decisões políticas, no qual um critério de racionalidade material afere publicidade dos conteúdos substantivos destas decisões democráticas." (SOARES 2001)

Um outro fenômeno social foi também determinante na configuração de um novo formato dos movimentos sociais, a saber: o avanço da tecnologia da informação e a popularização da rede mundial de computadores.

A expansão comercial e o desenvolvimento tecnológico da rede mundial de computadores a partir de 1995 permitiram a existência de um novo fluxo de informações entre os movimentos sociais e uma nova dimensão de atuação independentemente dos limites territoriais dos atores sociais. Se por um lado a evolução tecnológica da informação e comunicação serviu ao processo de globalização, sob outra perspectiva parece ser responsável também por uma nova forma de organização e atuação dos movimentos sociais.

Conforme relatado anteriormente, um novo ator surge no final da década de 80 e conquista um *status* diferenciado a partir de 1990: as organizações não-governamentais – ONGs.

> "No Brasil, esse papel passou a ser desempenhado pelas ONGs, que fazem a mediação entre aqueles coletivos e organizados e o sistema de poder governamental, como também entre grupos privados e instituições governamentais. Uma nova institucionalidade se esboçou a partir desta visão de mundo, na qual se observa a reformulação da concepção de esfera pública e do que lhe pertence. Isso resultou na construção de uma nova esfera, ou subesfera, entre o público e o privado, que é o público não-estatal, e no surgimento de uma ponte de articulação entre estas duas esferas, dada pelas políticas de parceria". (GOHN 2006)

Assim, um novo formato de atuação das ONGs adquiriu força e legitimidade a partir dos anos 90: a condução das atividades e do relacionamento inter-institucional em REDES.

A atuação em redes se define como uma nova forma de atuação dos movimentos sociais baseada no entrelaçamento de ações e na troca do fluxo das informações e conhecimentos.

3. DOS MOVIMENTOS SOCIAIS À FORMAÇÃO DE REDES - O ATUAL PAPEL DESSES MOVIMENTOS NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA.

Após um breve histórico dos movimentos populares que ocorreram no Brasil, conclui-se que esses movimentos contribuíram para a formação de uma sociedade civil mais consciente, democrática, organizada e pluralizada, que busca participar da definição das políticas públicas e da concretização de seus interesses.

O surgimento e a consolidação de vários movimentos e organizações sociais permitem além de uma democracia representativa seja também exercida uma democracia direta, onde a sociedade atua como sujeito ativo nas definições de interesses públicos e estabelecimento de suas prioridades.

Alguns autores entendem que a partir da década de 90 houve uma diminuição de participação e atuação dos movimentos sociais nos espaços públicos de discussão, como conseqüência da grande expectativa não correspondida pelos resultados práticos obtidos pós Constituição de 1988.

A questão a ser analisada é se o que ocorreu na verdade não foi uma alteração nas práticas associativistas. Gohn (1997, p.285), pontua como alguns fatores dessa crise o desgaste das práticas participativas, a expansão do associativismo institucional, o surgimento de grandes centrais sindicais e de entidades aglutinadoras dos movimentos

sociais, a profissionalização das lideranças, e, principalmente o surgimento e a expansão das organizações não governamentais (ONGs).

Segundo Godinho (2007), o que possivelmente se verificaria no estudo empírico dos movimentos sociais não coincidiria com o extremo otimismo e normatividade da maioria das produções teóricas. Por essa razão, o problema que hoje parece saltar aos olhos dos pesquisadores, sendo identificado como uma crise da sociedade civil em sua capacidade de se organizar nos anos 90, pode estar se apresentando como uma reconfiguração.

Outra hipótese, que nos parece a mais acertada, aponta para a possibilidade das teorias e abordagens construídas pelo fenômeno da mobilização e do associativismo da sociedade civil terem encontrado seus próprios limites, na medida em que suas postulações não teriam dado conta da realidade encontrada.

Fato é que os movimentos sociais possuem uma realidade bastante dinâmica, que aumentou e se diversificou com o movimento da globalização, possibilitando o surgimento de novos sujeitos sociais e uma maior inter-relação entre aqueles já existentes.

Conclui-se que, na atualidade, os movimentos sociais longe de terem encerrado sua contribuição para a consolidação de uma sociedade participativa e consciente, civil e politicamente, redefiniram suas formas de atuação buscando enfrentar os novos desafios advindos das transformações resultantes dos anos 1970 em diante.

O que não se pode negar é que como conseqüência das trajetórias dos movimentos sociais houve o fortalecimento de articulações entre si, unindo pessoas e movimentos com participação popular, constituindo verdadeiras redes sociais, que congregavam pessoas e instituições para a participação de movimentos reivindicativos, como parte de valores comuns.

4. CARACTERÍSTICAS E FUNCIONAMENTO DAS REDES SOCIAIS

A formação de redes sociais, considerada como uma nova prática de cooperação entre organizações sociais, tem por fim a busca de meios para atuação eficiente, para atingirem seus objetivos, buscando o fortalecimento e a prevalência de seus ideais, para que dessa forma possam intervir na atual realidade social complexa. Nesse sentido, a rede é um espaço de construção coletiva, que se define a medida que é realizada.

Segundo Godinho (2007), a metáfora das redes (ou teias) ajudaria a expressar os múltiplos níveis de entrelaçamento dos movimentos sociais com outros territórios "político-institucionais e cultural-discursivas", além de auxiliar a pensar o alcance deles para além de seus elementos constitutivos.

A autora aponta ainda algumas das características principais da nova forma de atuação da sociedade civil fundamentada na cooperação entre os atores:

CARACTERÍSTICA	DESCRIÇÃO
1 – Relações não hierárquicas (estrutura horizontal)	Igualdade de poder nas discussões e na tomada de decisão, porém não significa igualdade na capacidade articulatória dos atores envolvidos.
2 – Relações independentes	Existência de autonomia entre os atores que compõe a rede, havendo liberdade para discordâncias sem possibilidade de retaliações ou penalidades.
3 – Diversidade em sua composição	Presença de representantes de diversas organizações, ainda que não necessariamente a origem de suas organizações seja de uma mesma ideologia ou objetivo.

4 – Interesse comum em relação a uma política	A formação de rede se justifica por um objetivo comum, ainda que esse objetivo não seja comum na origem de cada componente da rede.
5 – Intercambiam recursos	Troca e compartilhamento de recursos existentes e conquistados de forma mais ou menos igualitária e com discussão de todos.
6 – Transnacionalidade	Relação de parceria e troca entre as organizações ou redes que vão além do território nacional.
7 – Pluralismo orgânico e ideológico	Possibilidade de coexistência e parceria entre entidades com diferentes organizações internas (atores) e diferentes componentes ideológicos.
8 –Atuação no campo cultural e ideológico	Busca por transformações mais amplas, sociais, ainda que existam demandas pontuais e diferenciadas, ou de cunho reivindicatório.
9- Informalidade relativa	Inexistência (ou não necessidade de existência) de mecanismo de regulação da rede, tais como, formalidades jurídicas, formas oficias de encaminhamento, sedes, atas, documento e prenome de tratamento.
10- Não centralidade/Policentrismo	Inexistência de ator ou organização que centralize pautas, decisões, ações, objetivos ou ideologias.
11-Funcionamento por auto-regulamentação	Existência de regras de funcionamento (informais) próprias a cada rede, adaptáveis, rediscutíveis e decididas de forma horizontal.

12- Modo espontâneo de ação	As ações da rede estão relacionadas às suas próprias decisões, ações, objetivos ou ideologias.
13- Parceria voluntária	A entrada e saída na rede voluntária, espontânea.
14- Manutenção da autonomia e da identidade, com prosseguimento das atividades específicas de cada unidade integrante da rede.	Composta por entidade e atores que de alguma forma compartilham algum objetivo e ações, mas que por outro lado não interferem na autonomia, organicidade e ideologia das organizações que compõe a rede.

A constituição de uma rede não é rápida nem imediata, é o de uma seqüência de interações que se formam na consolidação de vínculos entre os sujeitos sociais, cujo objetivo é a coesão da rede para maior eficiência de atuação. A figura de uma agência ou de um sujeito central pode existir, mas sua função se restringirá a de conduzir, unir, informar e integrar, tendo autoridade mais moral do que legal, no intuito de organizar os participantes a um determinado tipo de atuação. É sempre importante assegurar a autonomia, o diálogo e a cooperação na rede social.

Para Migueletto (2002) as redes possuem um *modus operandi* próprio. Os elementos estratégicos à disposição para a ação administrativa são os atores (sujeitos ativos que interagem), as percepções (visões de mundo), as relações (tipos de vínculos), os recursos (de diversas naturezas) e as regras (expressam padrões de comportamento). A autora propõe a seguinte definição de rede:

> É um arranjo organizacional formado por um grupo de atores que se articulam com a finalidade de realizar objetivos complexos, inalcançáveis de forma isolada. A rede é caracterizada pela condição de autonomia das organizações e pelas relações de interdependência que estabelecem entre si. É um espaço no qual se produz uma visão compartilhada da realidade, se articulam diferentes tipos de recursos e se conduzem ações de forma cooperada. O poder é fragmentado e o conflito, inexorável, por isso se

> necessita de uma coordenação orientada ao fortalecimento dos vínculos e ao impedimento da dominação (MIGUELETTO, 2002).

Ainda na visão da autora, um modelo administrativo geral para as redes deve levar em consideração as duas dimensões de gestão: uma voltada à *cooperação dos autores* (dimensão dialógica); outra orientada para a *efetividade dos projetos* (dimensão estrutural). Assim, as redes sinalizam com uma possibilidade de evolução na administração, uma vez que se ocupam da gestão de uma forma compartilhada e democrática, da autonomia e opinião dos atores envolvidos (Migueletto, 2002).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – TENDÊNCIAS E DESAFIOS DOS MOVIMENTOS DE REDES SOCIAL NO BRASIL.

A nova sociedade civil, sujeito ativo que interage e reivindica com o Estado, é composta de inúmeras organizações sociais que se comunicam, constituindo uma trama diversificada de atores coletivos, autônomos e espontâneos, com o objetivo de se fortalecerem e mobilizarem seus mais ou menos escassos recursos associativos para ventilar e problematizar questões de interesses gerais (comuns, nacionais ou mundiais) ou mais específicos (locais ou com maior enfoque em determinada causa).

Os movimentos sociais mostram seu papel na ampliação e aprofundamento da concepção de democracia; mas isso inclui a inserção de uma democracia que transcende o nível institucional formal e debruça-se sobre o conjunto de complexas relações sociais perpassadas por questões políticas, ideológicas, culturais e econômicas.

As redes, como expressão e forma de atuação adotado pelos movimentos sociais, provocaram mudanças, ampliando-se e fortalecendo-se por meio de cooperação entre si, passando a atuar de modo mais operacional e propositivo, abrangendo outros temas além do político, tais como moradia, cidadania planetária, ambientalistas, das mulheres, direitos humanos, etc.

Segundo SCHERER-WARR (2006) a nova sociedade civil organizada, consciente e participativa, tende a ser uma sociedade de redes organizacionais, de redes inter-

organizacionais e de redes de movimento e de formação de parcerias entre as esferas públicas e privadas, criando novos espaços de governança com o crescimento da participação cidadã. As redes de movimentos sociais possibilitam, nesse contexto, a transposição de fronteiras *territoriais*, articulando as ações locais às regionais, nacionais e transacionais; *temporais*, lutando pela indivisibilidade de direitos humanos de diversas gerações históricas de suas respectivas plataformas; *sociais* em seu sentido amplo, compreendendo o pluralismo de concepções de mundo dentro de determinados limites éticos, o respeito às diferenças e a radicalização da democracia por meio do aprofundamento da autonomia relativa da sociedade civil organizada. Essa é a nova utopia do ativismo: mudanças com engajamento com as causas sociais dos excluídos e discriminados e com defesa da democracia na diversidade.

REFERÊNCIAS

GODINHO, Lena de Lacerda. **Cooperação Interorganizacional e Redes Sociais: um estudo de quatro redes centradas em Belo Horizonte**. Belo Horizonte, PUC, 2007. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais.

GOHN, Maria da Glória. **Teorias dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. São Paulo, 1997. Loyola.

LAVALLE, Adrián G. Sem pena nem glória: o debate sobre a sociedade civil nos anos 1990. **Revista Novos Estudos**, CEBRAP, jul. 2003, n.º 66.

LAVALLE, Adrián G. Espaço e vida públicos: reflexões sociais e sobre o pensamento brasileiro. Tese de Doutorado em Ciência Política Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, 2001.

MIGUELETTO, Danielle. Gestão de organizações em rede: desafio para a administração contemporânea. Rio de Janeiro, FGV, mimeo. 2002.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Cidadania sem fronteiras: ações coletivas na era da globalização**. São Paulo, Hucitec, 1999.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Das Mobilizações às Redes de Movimentos Sociais**. Sociedade e Estado, Brasília, 2006.

SOARES, Mário Lúcio. Teoria do Estado. Belo Horizonte. Del Rey; 2006

SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS, FONTE DE CUSTEIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Manoel Messias Peixinho*

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar que é inconstitucional o Estado impor aos concessionários a prestação gratuita de serviços públicos sem que haja a correspondente previsão da fonte de custeio.

PALAVRAS-CHAVES: SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS, FONTE DE CUSTEIO, DIREITOS FUNDAMENTAIS, GRATUIDADE DE SERVIÇO PÚBLICO, SERVIÇOS PÚBLICOS INERENTES À CIDADANIA, INCONSTITUCIONALIDADE.

RÉSUMÉ

Ce travail a l'objectif de démontrer qu'est inconstitutionnel l'État d'imposer aux concessionaires la prestation gratuite de services publics sans laquelle y ait correspondant prévision de la source de financement.

MOT-CLÉS: SERVICES PUBLICS DELEGUES, SOURCE DE FINANCEMENT, DROITS FUNDAMENTAUX, GRATUITE DE SERVICES PUBLICS, SERVICES PUBLICS INHERENTS A LA CITOYENNETE, CONSTITUTIONNALITE.

* Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RIO. Professor do Mestrado da Faculdade de Direito de Campos, do Mestrado da Universidade Cândido Mendes e do Departamento de Direito da PUC-RIO.

INTRODUÇÃO: DELIMITAÇÃO DAS PREMISSAS FUNDAMENTAIS DESTE TRABALHO

Este trabalho tem o objetivo de demonstrar que é inconstitucional o estado impor aos delegatários a prestação gratuita de serviços públicos sem que haja a correspondente previsão da fonte de custeio prevista em lei ou ato normativo. Para defender esta tese, valho-me de cinco premissas: (1) Os serviços públicos prestados por delegatários exigem a contrapartida financeira por parte do usuário, requisito fundamental para a preservação do equilíbrio financeiro do contrato celebrado entre o poder concedente e o concessionário. 2) A gratuidade de serviços públicos delegados pode ser instituída na constituição, pelo legislador infraconstitucional e por autoridade administrativa competente. 3) A concretização dos direitos fundamentais exige a plena fruição dos serviços públicos pelos usuários como garantia fundamental inerente à cidadania (art. 5º, LXXVI)[1]. 4) É inconstitucional a criação de serviços públicos gratuitos pela legislação infraconstitucional, ou por ato normativo sem que haja previsão da respectiva fonte de custeio. 5) A alternativa jurídica para afastar a inconstitucionalidade e garantir a gratuidade dos serviços públicos delegados é o estado oferecer a contrapartida pecuniária, para compensar a prestação graciosa ou, então, estabelecer outras formas de compensação para os concessionários de serviço público.

1. SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS

A definição de *serviço público* é, por si só, uma das maiores dificuldades que enfrenta a doutrina quando inicia o debate sobre o tema.[2] A razão para o dissídio doutrinário está no fato de que a expressão *serviço público* tem natureza eminentemente ideológica.[3] Os critérios adotados pela doutrina são insuficientes para precisar o conteúdo.

---

[1] Art. 5º. LXXVI - São gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito.

[2] COLSON, Jean-Fhilipe. (Org). *Droit public économique*. Paris. L.G.D.J, 1996, p. -45.

[3] Registra Cármen Lúcia Antunes Rocha que o Principado de Mônaco tem "como base de sua economia um serviço público de natureza amoral – O Cassino de Monte Carlo, fonte de toda a sua receita e empregando 80% de seus servidores." Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Concessão, permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 21. De outro lado, o autor francês Marcel Waline afirma que

Na gênese histórica, os serviços públicos eram exclusivamente prestados pelo Estado. A denominada Escola de Serviço Público surge na França com a IIIª República (1870-1940), quando se impõe o intervencionismo estatal e começa a se desenvolver a idéia de que a solidariedade social justifica a intervenção do Estado na esfera privada. Porém, a partir de 1947, a noção de *service public* entrou em crise (*crise du service public*)[4] em razão da ausência de precisão jurídica do próprio conteúdo e das deficiências advindas das funções do estado mas, principalmente, de novos desafios decorrentes das privatizações.[5]

A noção de serviço público, portanto, não oferece sentido preciso, uma vez que muitas atividades privadas, ainda que não recebam a qualificação de serviço público, são consideradas de interesse geral a partir do binômio interesse da coletividade e satisfação das necessidades individuais.[6] A despeito da insuficiência dos conceitos e das classificações adotadas pela doutrina, pode-se, com finalidade exclusivamente didática, definir serviço público como *prestação material reconhecida como serviço público, criada por ato normativo de autoridade pública competente (constituição, lei em sentido formal e ato administrativo) e pela jurisprudência, que visa à satisfação de determinado bem ou valor considerado de interesse coletivo, prestado pelo estado ou por delegatário*.

O direito comunitário teve papel de destaque na redefinição do próprio conteúdo de serviço público ao compreender, na sua extensão, a categoria de serviço público industrial e comercial. Pela nova sistemática, estes serviços passaram a denominar-se *serviços de interesse econômico geral*. No âmago do novo paradigma - superioridade do direito comunitário - as regras exorbitantes do direito comum somente são subsistentes se forem necessárias para garantir o cumprimento do interesse geral.[7]

---

no conceito clássico de serviço público resta um núcleo essencial reconhecido pela jurisprudência francesa, qual seja: não é qualificada de serviço público a atividade estranha ao interesse público, a exemplo da exploração de cassinos. Cf. WALINE, Marcel. *Précis de droit administratif*. Paris: Éditions Montechrestien, 1995, p. 457.

[4] Sobre a crise do serviço público, ver os comentários de BURDEAU, François. *Histoire du Droit Administratif*. Paris: Puf, 1995, pp.473-400.

[5] COLSON, Jean-Fhilipe. (Org). *Droit public économique*, pp. 43-45.

[6] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 16e. édition. Paris: Dalloz, 1996, p.408.

[7] MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit public économique*. 2ª édition reveue augmentée. Paris: Puf,1996, pp.72-73.

A Constituição brasileira discrimina o rol dos serviços públicos que tem assento constitucional[8] sem, não obstante, vedar a possibilidade de que o legislador ordinário crie outros serviços públicos. [9] Na França, por seu turno, a Constituição de 1958 não atribui competência ao legislador para a criação de serviços públicos, com exceção de duas situações: (a) instituição de categorias de estabelecimentos públicos[10] (b) e a nacionalização de empresas privadas que pode preceder a geração de um serviço público. À exceção destes casos, hodiernamente, a criação de serviço público se dá pela competência regulamentar. Observa-se, outrossim, neste país, que se a instituição de serviço público depender de fonte de custeio haverá necessidade de autorização do Parlamento.[11]

Contemporaneamente, o referencial de serviço público expandiu o seu conteúdo tradicional para atender às constantes reivindicações pautadas na implantação de política públicas provocadas pelas transformações advindas da globalização, o que ocasionou sensível mutação no processo de regulação da economia e do marcado.[12] Este cenário impôs a redefinição do papel do Estado, que passou a se exonerar da atuação diretiva para garantir o fomento, o incentivo e a regulação da ordem econômica.[13]

Não há consenso entre os países sobre quais os serviços devem ser prestados diretamente pelo estado ou por seus delegatários. A escolha entre a prestação

[8] Artigos 21-30 da Constituição Federal de 1988.

[10]Estatui o artigo 34 da Constituição da França de 4 de outubor de 1958: 'La loi fixe également les règles concernant: (a)la création de catégories d'établissements publics'; (b) les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.'

[11] WALINE, Marcel. *Précis de Droit adminsitratif*. Paris: Éditions Montechrestien, 1995, p. 472. Sobre a necessidade de previsão de fonte de custeio para a criação de serviços públicos, cf. o artigo 34 da Constituição da França de 4 de outubor de 1958: La loi détermine les principes fondamentaux: (a) *Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'Etat dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique*. (b) *Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique*.

[12] Cf. o art. 174 da Constituição brasileira de 1988: "Art. 174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

[13] DI PLINIO, Giampiero. *Diritto publico dell´economia*. Milano: Giuffrè Editore, 1998, p.654.

direta ou indireta se dá no campo da discricionariedade.[14] Se o estado entender que o atendimento do interesse público exige que o serviço seja prestado diretamente por ente público, a iniciativa privada estará interditada de prestá-lo. Pode, ao contrário, considerar o poder público que a atividade privada está autorizada a executar o serviço público[15] de acordo com as leis do mercado[16]. Nesta hipótese, a administração pública se vale do instituto da descentralização[17] (décentralisation). O que ocorre, nas duas hipóteses (centralização e descentralização), é a assunção de decisões político-administrativas fundadas em escolha axiológica. Porém, regra clássica que continua a ser observada é que os serviços públicos devem ser criados por autoridade competente e de acordo com a tradição adotada pelo ordenamento jurídico do país instituidor do serviço.

As pessoas jurídicas de direito privado incorporaram papel de relevo na execução de serviços públicos que eram exclusivos de pessoas governamentais pela razão dos recursos orçamentários destinados à execução terem escasseados. O direito constitucional brasileiro admite que os serviços públicos sejam executados de forma descentralizada mediante autorização[18], permissão, concessão, [19] o que não desnatura o qualificativo de serviço público, de acordo com a redefinição histórica do próprio conceito.[20]

2. SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

[14] Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. Séptima edición. Madrid: Civitas, 2000,p.74.

[15] Descentralização por serviço (*décentralization par service*) é a terminologia que se emprega na França. Significa a transferência de uma autoridade administrativa a outra pessoa pública ou privada para a gestão autônoma do serviço público. Cf. DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit public*. Paris, Puf, 1995, pp. 282-283.

[16] DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l´économie*. Paris: Dalloz,1998, p. 162.

[17] A Constituição brasileira diferencia, contudo, os serviços privativos de cada ente federativos (art.21, VII, X XXII, art.25, §2º, art.30, III e V, CF) daqueles serviços que podem ser prestados pelos entes federativos em comum (artigo 23).

[18]Art. 22 da Constituição Federal de 1988.

[19]Art. 175 da Constituição brasileira de 1988: "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos."

[20]DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*.Tome 2. *L' action et le contrôle de l'administration*. 4e. édition refondu. Paris: PUF, 1998, p.63.

Os serviços públicos são prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais e indispensáveis à dignidade da pessoa humana, quer sejam prestados pelo Estado ou por delegatário. A escolha dos serviços públicos a seres prestados depende de decisão política. Somente o estado pode decidir quais as demandas dos cidadãos que devem ser satisfeitas e quais os meios a serem utilizados para a concretização das políticas públicas. [21]

No caso especifico dos serviços públicos delegados, os direitos fundamentais se identificam com os direitos dos usuários. Dentre os mais relevantes, destacam-se os seguintes: "receber serviço adequado"; "receber do poder concedente e do concessionário informações para a defesa de interesses individuais e coletivos"; "obter e utilizar o serviço com liberdade de escolha entre vários prestadores quando for o caso".[22] Conforme observa Agustín Gordillo[23], o usuário tem "direito à eleição da tarifa mais justa[24] e razoável", o que se aplica, em contrapartida, aos concessionários. Ressalta, ademais, o jurista argentino, que a pessoa que utiliza o serviço público não é cliente, mas usuário, porque no serviço público delegado se estabelece relação obrigatória e não facultativa. Não existe, no caso, liberdade de contratar o usuário. O serviço público só poderá ser prestado por delegatário específico. O que chama mais atenção quando se comparam os direitos dos usuários de serviços públicos no Brasil e na Argentina, é que neste país, segundo Agustín Gordillo, exige-se realização de audiência pública com a presença do Defensor do Povo (*Defensor del Pueblo*) para assegurar a defesa dos direitos dos usuários. Este imperativo se dá por imposição de lei em matéria de gás e energia elétrica, mas se aplica em todos os setores privatizados, exista ou não norma regulamentar. Desta forma, a exigência de audiência pública é princípio cogente de caráter geral consagrado, inclusive pela

[21] DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*, p. 64.
[22]Os direitos dos usuários estão consagrados, ainda que de forma tímida, no artigo 7º da lei 8987/1995. Contudo, tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei que cria o Estatuto do Usuário.
[23] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Quinta edición. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. VI-20-VI-21.
[24] A noção de tarifa justa é no direito brasileiro um dos componentes do serviço público adequado, conforme se pode ver da definição de serviço adequado previsto no parágrafo primeiro do artigo 6º da Lei 8.9787/1995: "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". (Grifei)

jurisprudência.[25] No Brasil, o modelo de privatização dos serviços públicos foi concebido de forma autoritária, sem que houvesse a participação dos principais interessados: os usurários dos serviços públicos. O modelo neoliberal, imposto em nome do princípio da eficiência, ignorou o pleno debate popular porque prevalece no Brasil a presunção de que a democracia representativa é excludente da participação popular.

3. SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS E FONTE DE CUSTEIO

A compreensão de fonte de custeio está atrelada inexoravelmente ao financiamento da seguridade social[26], uma vez que o parágrafo 5º do artigo 195 prevê que "*nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*." [27] Num prisma mais abrangente, a exigência de fonte de custeio numa norma específica tem o objetivo de obstar que as finanças da seguridade social sejam deficitárias por uso desvirtuado de benefícios ou serviços de interesse público. [28] A idéia central de fonte de custeio é a previsão de receita para financiamento de certa despesa. Em matéria orçamentária há uma equação simples: "o orçamento deve ser elaborado de tal forma que todas as despesas nele previstas sejam cobertas pelas receitas." [29] A meta primordial do orçamento público é viabilizar o princípio do planejamento ou da programação, cuja principal característica é realização do equilíbrio entre as receitas[30] e as despesas.[31] O orçamento resulta da fixação ordenada das receitas

[25] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. VI-20-V-21.

[26] A atuação do poder público na seguridade social abrange a saúde, a previdência social e a assistência social. Desta forma, vários são os órgãos da administração direta ou indireta no âmbito federal, como o Ministério da Saúde, o Ministério da Previdência, por meio do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério do Desenvolvimento Social, além dos Estados e Municípios, de acordo com a Constituição Federal, no caput do art. 194.

[27]MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição anotada*. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 1986, p.512. Na Constituição de 1969, a redação era diferente. Dispunha o parágrafo único do artigo 165: Nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a respectiva fonte de custeio. Comentando este artigo, José Celso de Mello Filho entende que a imposição da fonte de custeio se dá porque as contribuições previdenciárias têm natureza tributária.

[28]*A Constituição do Brasil comparada com a Constituição de 1967 e comentada*. Price Waterhouse. Departamento de assessoria tributária e empresarial. São Paulo: Price Waterhouse, 1989, p. 777.

[29] FRANCO, António Luciano de Souza. *Manual de Finanças e Direito Financeiro*. Vol. I. Lisboa: Almedina, 1974, p.673.

[30] As receitas podem ser tributárias e não tributárias. As receitas não tributárias são aquelas que decorrem do "Estado e submetidas ao direito privado, como, por exemplo, receitas decorrentes de contrato, de herança jacente, de doações, legados etc.". As receitas tributárias estão positivadas "no art. 145 da Constituição, que

fiscal e patrimonial que, por sua vez, autoriza (tem a finalidade) a realização (despesas) das políticas públicas mediante a outorga de prestações sociais, a exemplo de educação, saúde, seguridade e transporte etc. a projetar sempre a realização do desenvolvimento econômico, do equilíbrio da economia e da redistribuição de renda.

O financiamento dos serviços públicos se dá de duas formas: os considerados essenciais são financiados por recursos próprios derivados dos tributos arrecadados. A possibilidade de outros financiamentos está vinculada ao atendimento das carências individuais. Quanto à outorga pelo estado de serviços públicos gratuitos, somente se admitirá para aqueles destinados a resgatar as situações de exclusão social e de concretização da cidadania concebidos na ampla moldura do interesse da coletividade. Neste caso, não há fonte de custeio, porque o estado reconhece que há necessidade de ações de inclusão social[32], a exemplo do que ocorre com o benefício assistência social previsto no artigo 204, inciso V, da Constituição Federal[33], bem como os serviços públicos de saúde[34] e educação[35], quando prestados diretamente pelo estado. Na França, a Constituição garante o acesso gratuito e igualitário da criança e do adulto à educação, à formação profissional e à cultura[36], em concomitância com a exploração da educação por escolas privadas. [37]

---

são os seguintes tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria."Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, pp. 115-116.

[31] Para Aliomar Baleeiro há dois conceitos de despesas públicas: O primeiro "é o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos". "O outro é a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo." BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª edição. Atualizadora: Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: 2000, p.127.

[32] RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. Ob. cit.,p. 403.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

[34] Art. 196, caput da Constituição Federal de 1988 e parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

[35] Segundo a Constituição Federal são gratuitos os ensinos fundamental e médio (caput, art. 208, I e II) Segundo o parágrafo primeiro do art. 208, "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.".

[36] FAVOREU, Louis et al. *Droits des libertés fondamentales*. 2ª édition. Paris: Dalloz, 2002, p.254.

[37] Cf. ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. *Droits de l´homme et libertés fondamentales*. 7ª édition. Paris: Montchrestien, 1999, p.616.

No caso dos serviços públicos executados por pessoas de direito privado, a idéia de fonte de custeio está umbilicalmente relacionada com a finalidade do negócio privado. Ainda que o objeto da execução dos serviços seja público, a empresa tem o risco inerente ao empreendimento. Neste caso, impõe-se a observância de regras pertinentes à gestão equilibrada. Os serviços públicos devem ser remunerados pelos usuários aos concessionários na observância da legislação específica[38] e do contrato de concessão[39]. Neste se estabelecerá, dentre outras cláusulas, a tarifa a ser cobrada do usuário. A estimativa da contraprestação pecuniária ao concessionário se baseia nas receitas suficientes à remuneração e à amortização do capital investido. Não há margem de negociação das tarifas no contato de concessão porque todos os critérios de reajustamento e revisão de preço são previamente acordados pelas partes no edital e no contrato. [40] Se, porém, houver necessidade de alteração das cláusulas de execução do contrato[41] (*clauses contractualles*), a lei exige que o poder concedente negocie com o concessionário a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato[42] (*equilibre financier du contract*). As cláusulas exorbitantes, que autorizam prerrogativas de alterar os contratos administrativos

[38] Lei 8.876/95. Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[39] Na definição de Daniel Edgardo Maljar, "*la concesión se configurará, como la transferência de funciones y tareas cuya titularidad corresponde priamariamente al Estado, de actividades que no eran intrínsicamente públicas, que no formaban parte de los fines históricos del Estado, de sus fines esenciales, pero que quedaban publificadas. Lo que la Administración cede en la concesión no es la titularidad de la atividad, sino su ejerciocio*." Cf. MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005, p.76.

[40] O art. 9º da lei 8987/1995 dispõe que "a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato".

[41] As cláusulas contratuais, como se denominam no direito francês, podem ser alteradas unilateralmente por parte da Administração. São todas as cláusulas que definem a remuneração do concessionário e, de modo geral, o equilíbrio financeiro da concessão. Cf. VEDEL, Georg. *Droit Administratif*. 6ª édition. Paris: Presses Universitaire de France, 1976, p.837.

[42]Lei 8.987/95. Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

unilateralmente, não abrangem as cláusulas financeiras, mas somente as cláusulas regulamentares (*clauses réglementaires*) pertinentes à execução do contrato. [43]

No caso de haver alteração das cláusulas financeiras sem o consentimento do concessionário ou sem a outorga de contrapartida pecuniária, o poder concedente viola o princípio da isonomia contratual, uma vez que há igualdade entre as partes no que tange ao respeito das cláusulas financeiras.

Nessa linha de raciocínio - reafirme-se o poder concedente não pode alterar unilateralmente as cláusulas financeiras -, os concessionários não são obrigados a cumprir o novo encargo fora do rol de obrigações previsto no contrato. Na hipótese de o estado instituir por ato normativo serviço público gratuito, para ser prestado pelo delegatário, deverá haver concomitante e obrigatoriamente ao ato, previsão da correspondente fonte de custeio, seja para majorar a tarifa paga pelo usuário, seja para celebrar acordo que viabilize a compensação remuneratória. A única hipótese que impõe a assunção onerosa não prevista no contrato por parte do concessionário é a previsão constitucional dos serviços públicos considerados fundamentais à realização da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 estatuiu, expressamente, a gratuidade para as pessoas reconhecidamente pobres de transporte urbano aos maiores de 65 anos.[44] A intenção do constituinte foi outorgar ao idoso o direito fundamental de ir e vir e lhe conferir o reconhecimento de um direito fundamental à própria dignidade humana. Neste caso, os concessionários de serviços públicos terão de suportar o gravame de transportar gratuitamente os cidadãos de terceira idade. Não foi, por conseguinte, debalde que a garantia desonerada dos referidos serviços está positivada no artigo 5º da Constituição Federal, que é o assento constitucional de primazia dos direitos fundamentais.

---

[43] Cf. VEDEL, Georg. *Droit administratif*, pp. 836-837. Ensina o autor, nas mesmas páginas, que 'les conséquences de cette notion de clause réglementaire sont importantes: tout d´abord, il en résulte la mutabilité de ces clauses. Le concessionnaire est soumis aux règlement du service et a l´Administration pourra valablement, en cours de contrat, les modifier.'

[44] Art.230, §2º da Constituição Federal de 1988.

Na França, prevalece o princípio da ausência de gratuidade nos serviços públicos delegados (*l'absence de gratuité des services publics*), porque se reconhece a inexistência de um princípio de gratuidade geral aplicado aos serviços públicos. [45] Quando, todavia, a desoneração pecuniária é reconhecida, a gratuidade desaparece em função da presença de prestações específicas.[46] É importante salientar que na França o usuário não tem direito à gratuidade dos serviços públicos industriais e comerciais (*services publics industriels et commerciaux*)[47]. Não há, inclusive, nenhuma objeção jurídica à cobrança de taxas para a contrapartida de serviços públicos administrativos. [48]

Quanto à prestação gratuita de serviços públicos imposta aos delegatários, não vislumbro qualquer mácula de inconstitucionalidade. Explico: não há inconstitucionalidade quando um ato normativo cria serviços graciosos, por uma razão muito singela: a criação de serviços públicos se insere no elenco das competências político-administrativas governamentais, de acordo com os princípios constitucionais da supremacia do interesse público e da autonomia administrativa dos entes federados. [49]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gratuidade de serviços públicos delegados não prescinde da fonte de custeio, ou seja, os delegatários deverão ser ressarcidos pelos serviços não cobrados que venham a prestar. De outra forma, haveria violação ao princípio do equilíbrio financeiro dos contratos celebrados entre o poder concedente e o concessionário. A Constituição do Estado do Rio de Janeiro prevê que "não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da fonte de

[45] LACHAUME, Jean-François. *Les grandes decisions de la jurisprudence. Droit administratif*. Paris: Puf, 1995, p. 266.
[46] DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*, p. 94.
[47] CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tome I. 6ª édition. Paris: Montchrestien, 1992, pp. 460-461.
[48] AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*. Paris: Litec, 1992, pp. 182-183.

[49] Artigo 18 da Constituição Federal de 1988: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

custeio.” [50] Este artigo apenas reproduz, no plano da competência estadual, a proibição de alteração das cláusulas financeiras sem que haja a contrapartida remuneratória. [51]

O que quero destacar, neste trabalho, é que a gratuidade para serviços públicos delegados sem a correspondente indicação da fonte de custeio é inconstitucional, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando apreciou a constitucionalidade da lei estadual nº. 4.460/2004[52] e a lei estadual 3.650/2001. [53] Nestas decisões, o Tribunal considerou que a criação de serviços públicos estaduais prestados de forma indireta deve apontar a respectiva fonte de custeio. O Supremo Tribunal Federal tem

---

[50] §2º do Artigo 112, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. É de se observar que o § 2º deste artigo foi impugnado por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3225) no Supremo Tribunal Federal, sem que tenha havido, porém, julgamento.

[51] Lei 8.987/95. Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. §4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[52]Representação por inconstitucionalidade da lei estadual nº. 4460/2004 que isenta de pedágio as motocicletas e similares nas estradas do Estado do Rio de Janeiro -- norma eivada de inconstitucionalidade por violar não só o art. 112, § 2º da Constituição estadual, mas, também, o princípio da razoabilidade - representação que se acolhe, rejeitando-se a preliminar argüida de impossibilidade jurídica do pedido. De inicio, de se rejeitar a questão prévia suscitada, porquanto não há qualquer vedação no ordenamento em vigor quanto ao pedido formulado na presente Representação por Inconstitucionalidade. No mérito, realmente, a Lei Estadual nº. 4460/2004 ofende o disposto no artigo 112, § 2º da Constituição Estadual que assim estabelece: "Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da **fonte** de **custeio."** In casu, a norma impugnada concede gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da **fonte** de **custeio.** Por outro lado, na hipótese, não se justifica o favorecimento, tão só, de uma categoria de usuários em detrimento das outras. Assim, a Lei Municipal teria que seguir a Lei Maior Estadual e não o fez. Não obedecido os mandamentos constitucionais suso transcritos, de se declarar a inconstitucionalidade da Lei nº. 4460/2004. Representação por Inconstitucionalidade, pois, que se tem como procedente, acolhendo-se como razões de decidir o Parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça, rejeitando-se a preliminar argüida de impossibilidade jurídica do pedido.

[53]Representação por Inconstitucionalidade nº. 2002.007.00060. Lei n. 3.650, de 21/09/2001. Regulamentação do art. 14, da Constituição Estadual. Violação do processo legislativo. Art. 112, pars, da Constituição Estadual. Conseqüência. Relator Des. Marlan Marinho - Julgamento: 03/05/2004 - Órgão especial representação por inconstitucionalidade lei estadual n. 3650, de 2001. Transporte coletivo passe especial. Procedência da ação. Direito administrativo brasileiro. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.312. Em outro julgado, o mesmo Tribunal reiterou o entendimento de que a outorga de gratuidade para serviços concedidos depende da respectiva menção de fonte de custeio, sob pena de vício de inconstitucionalidade formal. Mandado de Segurança nº 2002.004.00782. Rel. Des. Roberto Wider - Julgamento: 25/02/2003 - Quinta Câmara Cível. Concessão de Transporte Coletivo Municipal. Transporte Gratuito. Falta de indicação da fonte de custeio. Ilegalidade. Mandado de Segurança concedido.

reafirmado que os benefícios criados pelos entes federativos devem prever a respectiva fonte de custeio. [54] Na França, Conselho Constitucional firmou jurisprudência no sentido de que a gratuidade de serviços públicos não tem *status* de princípio constitucional e que não há um princípio de gratuidade geral aplicado aos serviços públicos.[55]

Passo a concluir, adotando as seguintes premissas:

(1) Não há inconstitucionalidade quando o legislador impõe ao legatário a prestação gratuita de determinado serviço público delegado.

(2) Há, todavia, vício de inconstitucionalidade quando a instituição de um serviço público delegado não indique a correspondente fonte de custeio.

(3) A solução para legitimar e garantir a existência de serviços públicos graciosos é a criação de um Fundo de Compensação para a garantia desses serviços, a exemplo do que prevê o art. 8º da lei 10.169/2000.

(4) Se não houver um Fundo Garantidor, poderão os entes federativos acordar com os concessionários outros mecanismos de compensação para a prestação de serviços não onerosos, como incentivos fiscais e até prorrogação dos contratos para manter o equilíbrio financeiro do pacto.

(5) A exigência de previsão de fonte de custeio para os serviços públicos delegados é um imperativo de justiça. Se, por um lado, as pessoas excluídas e marginalizadas precisam da assistência do estado para serem incluídas socialmente, aos delegatários de serviço público também é justa a contraprestação pelos serviços prestados.

REFERÊNCIAS

AUTIN, Jean-Luis; RIBOT, Catherine. *Droit administratif général*. Paris: Litec, 1992.

[54] RE 260445 AgR / MS - Mato Grosso do Sul Ag. Reg. no Recurso. Extraordinário. Relator (a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 15/04/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 09-05-2003 PP-00057 EMENT VOL-02109-04 PP-00699.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª edição. Atualizadora: Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: 2000.

BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. Paris; Puf, 1995.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tome I. 6ª édition. Paris:1992, Montchrestien, 1992.

COLSON, Jean-Fhilipe. (Org). *Droit public économique*. Paris. L.G.D.J, 1996.

DEBBASCH, Charles. *Institutions et droit administratifs*.Tome 2. L' action et le contrôle de l'administration. 4e. édition refondu. Paris: PUF, 1998.

DELVOLVÉ, Pierre. *Droit public de l´économie*. Paris: Dalloz,1998.

DI PLINIO, Giampiero. *Diritto publico dell´economia*. Milano: Giuffrè editore, 1998.

DUVERGER, Maurice. *Eléments de Droit public*. Paris, Puf., 1995.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. Séptima edición. Madrid: Civitas, 2001.

FAVOREU, Louis et al. *Droits des libertés fondamentales*. 2ª édition. Paris: Dalloz, 2002.

FRANCO, António Luciano de Souza. *Manual de Finanças e Direito Financeiro*. Vol. I. Lisboa: Almedina, 1974.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Quinta edición. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LACHAUME, Jean-François. *Les grandes decisions de la jurisprudence*. *Droit administratif*. Paris: Puf, 1995.

MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2005.

[55] LACHAUME, Jean-François. *Les grandes decisions de la jurisprudence*. *Droit administratif*. Paris: Puf,

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição anotada*. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 1986.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. *Droit public économique*. 2ª édition reveue augmentée. Paris: Puf,1996.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. *Droits de l´homme et libertés fondamentales*. 7ª édition. Paris: Montchrestien, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Concessão, permissão de serviço público no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

WALINE, Marcel. *Précis de Droit administratif*. Paris: Éditions Montechrestien, 1995.

1995, p. 266.

LIBERDADE E TOTALITARISMO: OS MOVIMENTOS TOTALITÁRIOS MODERNOS E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO SEU INSTRUMENTO

Milton Carlos Rocha Mattedi*

RESUMO

A liberdade, sendo atributo essencial ao ser humano, deve ser exercida em seu conceito mais amplo, a liberdade política. Para tanto é necessário à manutenção dos espaços públicos e do livre embate de idéias. Os movimentos totalitários, como nova forma de dominação, tendem a eliminar os espaços públicos e o pensamento crítico dos indivíduos para formar uma sociedade massificada e amorfa. Tais movimentos baseiam-se em uma ideologia apenas superficialmente lógica que se utiliza como instrumento o estado de exceção como forma justificante para a prática de diversas atrocidades. Dessa forma, somente o encontro da liberdade do ser humano pode desmascarar tal ideologia e trazer para o indivíduo sua verdadeira função no mundo como agente criador de sua própria realidade.

PALAVRAS-CHAVES: LIBERDADE, TOTALITARISMO, ESTADO DE EXCEÇÃO

ABSTRACT

Freedom, as the humane essential attribute, must be practiced in its most ample concept, the political freedom. For that, the maintenance of the public spaces and the free impact of opinions are necessary. The totalitarian movements, as a new way of domination, tend to eliminate the public spaces and the critical thoughts of the individuals to build an amassment and amorphous society. These movements are based on one ideology superficially logical that uses the exception state as a justificatory way for the practice of several atrocities. From that, only the encounter of humane freedom can dismast such ideology and bring to the individual his real function in the world as a creator agent of his own reality.

KEYWORDS: FREEDOM, TOTALITARIANISM, EXCEPTION STATE

* Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais do 2º subdistrito do 1º distrito de Campos dos Goytacazes-RJ, Especialista em Direito Registral Imobiliário pela PUC Minas e Mestrando em Direito pela UNIFLU.

INTRODUÇÃO

Não se poderia falar do princípio da liberdade sem mencionar Hannah Arendt. A busca da preservação do indivíduo e o respeito pela sua individualidade são traços marcantes em todas as suas obras. Porém, tal posição não tornava seu pensamento individualista, pelo contrário, Arendt poderia ser considerada uma defensora aguerrida do pluralismo em toda a sua extensão.

A liberdade é pressuposto fundamental da existência humana digna. É o ponto de partida para o pleno desenvolvimento do indivíduo e de sua construção social. E, como tal, o ser humano é essencialmente livre desde o seu nascimento. A crença no homem como guia e formador de seu próprio destino é expressiva no legado de Arendt.

Cada ser humano possui capacidade de modificar, alterar e até mesmo criar sua própria realidade. Nesse diapasão, importante ressaltar o abismo que separa os conceitos de liberdade e de causalidade. O homem é pessoa complexa com suas características e peculiaridades próprias. Diferentemente dos demais animais, não se encontra sujeito ao determinismo das situações impostas. Isto equivale a dizer que, perante o ser humano, uma serie de acontecimentos não necessariamente leva a uma conseqüência pré-determinada ou antevista. Ele é capaz de chegar a uma situação limite parar e voltar ou guiar-se para rumo diverso, sem que dados nove passos o décimo seja pré-determinado. É agente produtor de seu próprio destino. Com isso, deve-se desprezar a possibilidade de que os fatos e acontecimentos seriam meras conseqüências, ou em outras palavras simples causalidades.

1 LIBERDADE, ESPAÇO PÚBLICO E AÇÃO

Ao criar o homem e coloca-lo no mundo, Deus visava à introdução de um novo aspecto: a possibilidade do começo e da renovação. Dessa forma, independentemente da situação existente e, por pior que em que ela se encontrasse, o homem poderia sempre renascer. O homem tornava-se mola–mestre para sair do caos, mesmo quando se estreitasse o campo de atuação da ação política e o espaço público se encontrasse deteriorado. Ainda assim, a liberdade seria o sopro de inspiração oculto para o

recomeço da produção humana.[1] O homem tendo a liberdade como mecanismo de construção do próprio mundo a qualquer tempo, sendo ele o ponto de partida e de chegada. Em outras palavras, era o indivíduo controlador do início, meio e fim do próprio processo criador.

O conceito de liberdade é algo de difícil apreciação. É um termo que foi regado de ideologias e interesses, que distorceram em muito sua essência. Dessas, as mais importantes foram a tradição cristã com a busca de uma atitude intima e desinteressada como forma de desprendimento e bondade; e a filosofia antiga apolítica onde o filósofo encontraria sua liberdade de dentro de uma vida contemplativa e de valores interiores.[2] A liberdade é levada para o campo do pensamento e da vontade, distanciando-se da ação.

A distorção do conceito de liberdade levou-a a uma noção do indivíduo solitário e contemplativo dentro de si. É marcante a figura do filósofo totalmente introspectivo e absorvido dentro de seus próprios pensamentos, como símbolo de liberdade e pureza de pensamento. No pensamento cristão, um dos maiores exemplos de liberdade como fé encontra-se no Livro de Jó, na Bíblia, dentro do antigo testamento. Jó era servo de Deus, reto e integro cujos bens e familiares foram tirados como prova de sua fé e libertação de todas as coisas mundanas. Sua liberdade consistia na abdicação intima de tudo frente à opção pela fé em Deus. A liberdade em ambas as concepções fundamentava-se internamente ao individuo, na sua intimidade.

Ao contrário desse pensamento dogmático, a liberdade nasce da política e do diálogo com os outros indivíduos. Tem seu campo de atuação e desenvolvimento na ação. Para Arendt, a liberdade não comportava tão somente a noção filosófica de ir e vir, ou de agir conforme a sua própria vontade. Esta liberdade interior somente é buscada no momento em que o indivíduo perde a liberdade dentro do espaço público, quando deixa de ter o contato livre com os seus pares. É um refúgio intocado e seguro do ser. A liberdade arendtiana também tinha uma dimensão muito maior, o campo político. Na há nenhuma possibilidade de se conceber política sem liberdade. Arendt

---

[1] SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e o paradigma do anti-Estado *in*** AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 104.

[2] BIGNOTTO, Newton. **Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hananh Arendt** *in* MORAES, Eduardo Jardim de, BIGNOTTO, Newton (org.). **Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 115.

afirmava, *in verbis*: "*A raison d'être da política é a liberdade, e seu domínio de experiência é a ação.*"[3]

Essa importante liberdade política é ressaltada nas palavras de Bignotto, que corrobora a existência do conceito de liberdade cristã como ato de vontade e o conceito greco-romano de liberdade do cidadão como agente transformador de seu mundo. Para o exercício desta liberdade política seriam necessários indivíduos que se interagem e um espaço público comum para o embate das idéias. A liberdade surge com a ação em um ambiente politicamente organizado.[4]

A política tem por pressuposto a liberdade do indivíduo. Não há a menor possibilidade de haver uma discussão ou um debate político sem que os seus partícipes sejam homens livres. Como já afirmava o grande pensador Aristóteles, o homem é um ser político. O convívio com seus demais semelhantes torna-se condição para que o ser humano desenvolva-se e complete-se em sua essência. Dessa forma, para Arendt, o conceito de liberdade encontra-se estreitamente ligado ao de política. O homem, para que sua liberdade seja completa, necessita do espaço público e do pensamento plural.

Dessa forma, surgem os importantes conceitos de espaço público, discurso e ação, que são bastante discutidos por Hannah Arendt. Tais conceitos encontram-se intimamente correlacionados e formam o verdadeiro traço diferenciador nos homens, a verdadeira quintessência humana. Pode-se afirmar de forma bastante sucinta que os homens somente exercitam suas faculdades humanas em sua essência na ação por meio do discurso e das palavras em um espaço público politicamente organizado. Para tanto, torna-se imprescindível que sejam homens dotados de liberdade conforme exposto supra.

Em seu livro 'A condição Humana', Arendt traça as três atividades essenciais da vida ativa dos seres humanos, quais sejam, o trabalho, a fabricação e a ação. O labor está diretamente relacionado com a sobrevivência do homem como um ser integrante da natureza. Aquilo que o homem busca para suprir suas necessidades fundamentais. A fabricação é a transformação do mundo pelo homem para sua melhor comodidade e adaptação ou por um termo afirmado por Arendt é a "mundanidade". E a ação ocorre

---

[3] ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro.** 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972, p. 192..
[4] BIGNOTTO, Newton. **Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hananh Arendt** *in* MORAES, Eduardo Jardim de, BIGNOTTO, Newton (org.). **Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 115.

nas relações dos homens entre si, no livre embate de pensamentos e idéias dos seres humanos.[5]

Dentre essas três atividades, sem qualquer sombra de dúvida, a ação é aquela exclusivamente humana. Não há ação em qualquer outro grupamento vivo no planeta no qual vivemos. A ação tem inicio e fim no livre embate de idéias, sendo atividade inerente e essencialmente humana. É nela que o ser humano, necessariamente, sai de dentro de sua individualidade e de seu mundo íntimo e passa ao mundo político. Nestes termos afirmava Arendt, *in verbis*: "*Esta relação especial entre a ação e a vida em comum parece justificar plenamente a antiga tradução do 'zoon politikon' de Aristóteles como 'animal socialis'*." E prosseguindo Arendt no pensamento aristotélico, afirmava que somente duas atividades eram consideradas políticas: a ação, também conhecida como *práxis*, e o discurso, chamado *lexis*. [6]

Na ação é que se encontra o espaço público, onde as relações entre os indivíduos são formadas. Somente no espaço público e na política, que o homem deixa de ser um simples animal e transcende a sua existência para a formação de sua realidade e criação do seu destino, transformando o mundo ao seu redor, juntamente com seus pares.

Pode-se entender os contornos do espaço público com base na definição do que era a *polis* grega. A *polis* não se constituía de um território com suas edificações, ou mesmo das leis vigentes. Era um espaço intelectual, completamente imaterial onde homens considerados iguais e livres discutiam sobre assuntos de maior relevo, a política. A verdadeira *polis* nunca foi uma cidade, mas um espaço público politicamente organizado. E justamente aí é que se encontrava sua importância e o orgulho da comunhão por seus cidadãos em participar desta coletividade. A *polis* era o espaço público propriamente dito.

A noção de convencimento pelo discurso e pelas palavras era considerada pelos gregos uma superioridade facultada somente aos homens. O embate de idéias e o livre convencimento era a forma humana mais evoluída, ao contrario da brutalidade dos povos bárbaros que tinham que recorrer à força e à violência, tal como animais, para conseguir seu objeto de desejo.

---

[5] ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 15.
[6] ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 32-34.

Arendt afirmava que a ação por meio do discurso mostrava paradoxalmente a igualdade e a semelhança entro os homens. Resumia essa situação com a utilização de um termo muito simples, mas de grande valia em sua obra, a pluralidade. Todos os seres humanos são inicialmente iguais e por isso formam uma coletividade, contudo no espaço público por meio do discurso é que se diferenciam, revelando-se a si mesmo e aos outros integrantes como seres únicos e formadores de sua própria realidade e contribuindo para a realidade do grupamento social a que pertencem. Através do discurso os homens diferenciam-se, igualando-se aos seus semelhantes.[7]

Somente em um espaço público livre o homem está apto a desenvolver-se plenamente como tal. A faculdade de começar e recomeçar como um ser criativo e essencialmente novo é a expressão máxima da liberdade humana. Só respeitando-se esse potencial de liberdade e unicidade é que se pode considerar o homem como ser humano, diferenciando-o do restante da natureza e inserindo-o no mundo como senhor e formador de seu próprio destino.

Souki expõe a importância crucial da realização da ação e da política em um espaço próprio, afirmando que a ação política é dotada de plena liberdade. Decorre dessa liberdade a sua novidade e criatividade, ameaçando constantemente as instituições a sua destruição ou modificação, e ao mesmo tempo constituindo novas. Na política o indivíduo sai de sua intimidade e busca o entendimento de seu semelhante para alcançar algo maior. Transcende a si mesmo para atingir um acordo e um diálogo, somente possível no espaço da política e da ação[8]

O espaço público politicamente organizado é precedente às varias formas de organização e de governo mais complexas. Contudo, conforme já dito supra, esse espaço não é físico, delimitado e indestrutível. Tem existência tão certa quanto à liberdade humana, mas que, da mesma forma que esta, pode ser completamente suprimida. È uma teia de relações, um ambiente de discurso altamente mutável e perene.

A maravilhosa experiência da liberdade advém justamente do fato de que não há limites aos homens em um espaço público organizado. O ser humano, diferentemente de todos os outros animais na natureza, tem o dom de coletivamente ser ilimitado e infinito

---

[7] ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 188.

[8]SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e o paradigma do anti-Estado *in*** AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 105.

a partir de seu semelhante. Da mesma forma os homens podem iniciar algo novo e alterar o mundo em que vivem a partir do espaço público. Nada é fixo e determinado e todas as posições também são ser modificadas de forma constante.

O poder surge justamente desse espaço político e da união dos homens em torno de um ideal comum. Um homem livre pode, por meio do discurso e do livre convencimento dos demais, em um espaço público, dirigir uma ação em busca da formação de uma organização política que possua uma grandeza e poder tão grande quanto todos os homens juntos. Nestes termos importante a citação das palavras de Arendt ao afirmar:

> (...) o poder, como ação, é ilimitado; ao contrário da força, não encontra limitação física na natureza humana, na existência corpórea do homem. Sua única limitação é a existência de outras pessoas, limitação que não é acidental, pois o poder humano corresponde, antes de mais nada, à condição humana da pluralidade.[9]

Apesar de parecer indestrutível, o poder é dissolvido com tanta facilidade quanto é extinto o espaço público, porque é deste decorrente. Quanto os seus integrantes são separados ou não há mais o espaço para o diálogo entre os homens, o poder se desfaz como se nunca tivesse existido, voltando-se ao estado da força individual de cada homem. Lembre-se sempre que diferentemente da força, que é atributo do indivíduo isoladamente, o poder é a união livre dos homens em busca de um objetivo comum.

2 TOTALITARISMO E OS MOVIMENTOS TOTALITÁRIOS

E é justamente na destruição desse espaço publico que surge uma nova forma de dominação, o totalitarismo. Este se baseia na difusão de pensamentos e ideais superficialmente lógicos, perante uma coletividade massificada, acrítica e despolitizada para a mobilização destas em busca do poder, utilizando-se da imposição da lógica sobre os princípios e do extermínio e da violência gratuita como meio de extinção do espaço público e da liberdade de questionamento para a manutenção do sistema.

A ideologia totalitária é tão frágil que não se apóia sobre outra coisa que não em si mesma. Os princípios e as finalidades perdem-se dentro da imposição da lógica do sistema. O próprio sistema retira dos seus integrantes a faculdade de pensar e a sua

[9] ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 213.

liberdade política. O sistema totalitário limita de forma impressionantemente a capacidade das pessoas de o questionarem. Ele sufoca seus próprios partícipes por meio da extinção da ação e do discurso.

O totalitarismo tem como pedra de toque o controle e o extermínio dos espaços públicos. Ele faz uma inversão de valores onde a partir da ação e da liberdade do homem é criado um espaço de negação da própria liberdade. Nesses temos Kohn[10] dispõe sobre o pensamento de Arendt, afirmando que após um estudo aprofundado sobre os regimes totalitários na Alemanha e na União Soviética, Arendt não os classifica como mais um regime equiparado à ditadura ou as tiranias até então conhecidas. O totalitarismo vai muito além, alcançando a destruição do mundo comum (ação e discurso) e da consciência critica do indivíduo como formador da realidade social.

O totalitarismo tem por escopo a separação dos indivíduos uns dos outros (atomização) e a eliminação de sua capacidade de pensamento crítico (raciocínio massificado) para a destruição de seu bem maior e essencial: a liberdade. Corrobora-se tal posição com as palavras de Bignotto que diz que o regime totalitário busca a destruição não só das relações entre os homens por meio do espaço público, mas vai além, desejando a dominação do próprio indivíduo em sua esfera privada e sua intimidade. Nestes termos, o regime retira do indivíduo, além de sua liberdade, a sua própria existência no mundo como seu criador.[11]

Kohn também adere a esse pensamento citando os três níveis de destruição do ser humano pela ideologia totalitária, *in verbis*:

> Em primeiro lugar, havia a destruição do homem jurídico ou político, colocando-o fora da lei; em segundo lugar, a destruição da pessoal moral tornando sua consciência impotente; e em terceiro lugar, eliminando a sua singularidade e espontaneidade, o indivíduo humano estava destruído, como se o significado de sua vida não era ter sido um começo, mas ter-se tornado um cadáver.[12]

---

[10] KOHN, Jerome. **O mal e a pluralidade: o camiho de Hananh Arendt em direção à vida** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 10.

[11] BIGNOTTO, Newton. **Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hananh Arendt** *in* MORAES, Eduardo Jardim de, BIGNOTTO, Newton (org.). **Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 113.

[12] KOHN, Jerome. **O mal e a pluralidade: o camiho de Hananh Arendt em direção à vida** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 19.

A ideologia totalitária transforma a condição do ser humano de criador para a criatura, de sujeito para simples objeto do mundo. Com isso, torna os seres humanos autômatos e supérfluos (fabricação de cadáveres), como meras engrenagens descartáveis. O homem sai da condição de sujeito iniciador e transformador da sua própria realidade e passa a ser um simples objeto, uma máquina a serviço do regime. É impressionante a facilidade com que essa ideologia retira a capacidade critica dos indivíduos de se indignarem e reagirem contra tais movimentos.

Importante ressaltar as observações de Kohn quando descreve de forma sucinta e clara o processo de transformação de todos os seres humanos pelo totalitarismo, desde os oprimidos, quanto os opressores e integrantes do regime, transformando-se ao final todos em vítimas do mesmo processo autodestrutivo.[13] Os soldados e organizadores do campo de concentração eram tão destituídos de senso crítico quanto os prisioneiros. Em um trocadilho pode-se dizer que estavam tão presos e acorrentados à realidade na qual viviam tanto quanto os que estavam dentro das celas. Eram objetos do regime como todos os demais e não faziam qualquer juízo de valor sobre a realidade da qual participavam.

Neste diapasão imprescindível o desenvolvimento sobre os conceitos de a massificação social e a ideologia lógica, para a melhor compreensão do mecanismo de funcionamento do regime totalitário.

Saliente-se a exposição que Arendt faz sobre a formação e o conteúdo das massas humanas. A autora afirma de forma bastante sagaz que a classificação de massas somente faz-se quando de um grupo de pessoas faz-se indiferente perante a ação e não integram qualquer espaço público. Elas simplesmente por indiferença não fazem parte de partido político, organização profissional ou sidicatos ou mesmo de qualquer grupamento para fins políticos. Orgulham-se de serem neutras e de não se envolverem com assuntos políticos, sem terem qualquer senso crítico ou formação da realidade social, vivendo como autômatos.[14]

Bignotto, esclarecendo esse pensamento, chega a afirmação de que o ponto central da discussão de Arendt sobre o papel das massas não é sua inutilidade ou sua

---

[13] KOHN, Jerome. **O mal e a pluralidade: o camiho de Hananh Arendt em direção à vida** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 19.

[14] ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 361.

posição fora do processo político, mas, pelo contrário, é a sua participação no cenário político como seres facilmente manipulados pela ideologia e os movimentos totalitários.[15] No que tange as massas humanas, pode ter duas fonte de sua formação: a primeira de forma passiva e a segunda por meio de opressão exterior.

A produção de massa de forma passiva é aquela exposta por Arendt no pensamento citado logo acima. É formada pela própria despolitização do indivíduo social que por alienação ou desinteresse não possui qualquer pensamento crítico ou posição política relevante. O ser humano torna-se atomizado quase que voluntariamente. Em outros termos, a valoração da vida privada e seu conseqüente isolamento do mundo, distanciando-se do outro leva a formação do fenômeno de "massa da solidão".[16]

Tal afirmação é baseada nas palavras de Souki que dispõe sobre as massas, *in verbis*:

> O primeiro traço da dominação totalitária é, segundo Arendt, a destruição das redes de comunicação que prendem a um tecido sóciopolítico, com o objetivo de promover a mobilização das massas despolitizadas. (...) O solo fértil para fazer brotar o terror totalitário foi adubado pelo isolameto. Podemos dizer que o isolamento é pré-totalitário e que dele resulta a impotência: isolados, os homens são impotentes por definição.[17]

Já o segundo meio de formação de massas, por opressão, é aquele imposto aos indivíduos de maneira coativa. Tal produção é concebida inicialmente pelo isolamento do indivíduo aliado a propaganda incisiva e a forte influencia dos líderes sobre as massas. Essa segunda forma de produção das massas envolve-se diretamente com o segundo conceito importante a ser observado no totalitarismo que é a sua Ideologia lógica.

Com a massa social amorfa e sem qualquer senso crítico, basta ao líder totalitário apresentar uma ideologia, ainda de que fundada em princípios errôneos, mas que se justifique por sua própria lógica. Tal pensamento apóia-se no pensamento de Magalhães que afirma ser a ideologia o principio motor dos movimentos totalitários. E prossegue dizendo que o aspecto de maior relevo na ideologia totalitária não é o seu

---

[15] BIGNOTTO, Newton. **O totalitarismo hoje?** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 39.

[16] ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 68.

[17] SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e o paradigma do anti-Estado *in*** AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 108-111.

conteúdo e sua materialidade, mesmo porque este não resistiria a uma análise de maior profundidade, mas tão somente a sua lógica superficial e sua autodedução interna.[18]

Com fundamento na lógica pela lógica, o discurso se torna aparentemente verdadeiro e fundamentado, contudo baseado em princípios errôneos. Dessa forma, a ideologia totalitária consegue se alimentar de si própria, não podendo se questionada a nível superficial. Essa conclusão é apoiada pela extinção do espaço público e pela falta de seres humanos que preservaram sua capacidade crítica, sua liberdade política.

O totalitarismo une, de forma inteligente e sagaz, os elementos necessários, não só para a sua criação, como para a sua manutenção com regime dominante, estirpando qualquer possibilidade de questionamento por seus próprios integrantes. Nesse ponto torna-se importante mencionar a estrutura de dominação do totalitarismo feita por Arendt e exposta por Souki como uma cebola onde as camadas formadas por simpatizantes e adeptos se sobrepõem ao líder. Assim, as camadas filtram a realidade e passam a noção de normalidade, enquanto torna-se cada vez mais gritante a diferença entre o mundo interno e externo.[19]

È relevante esclarecer a noção de movimentos totalitários. Estes se tornam importantes não como condição precedente ao totalitarismo, pois pode haver governos totalitários que tenham seus movimentos depois da tomada do poder como ocorreu no passado no caso da Rússia. Sua importância se deve como configuração de alguns fatores indicativos da existência de condições para a formação de tal regime. Isto é, a presença de uma grande comunidade de seres humanos isolados de si mesmos sem vida política (*bios politikos)*, configurando a perda do espaço público e da liberdade política.

Tal fenômeno ocorre através de uma falta de senso crítico coletivo e uma massificação de pensamento amorfo que pode ser apropriada e dirigida por um líder totalitário. Nesse diapasão torna-se fundamental expor os alcances desses movimentos totalitários afirmados por Bignotto.[20]

---

[18] MAGALHAES, Theresa Calvet de. **A netureza do totalitarismo: o que é compreender o totalitarismo** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 49.

[19] SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e o paradigma do anti-Estado *in*** AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 108.

[20] BIGNOTTO, Newton. **O totalitarismo hoje?** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 39.

Esses movimentos são de fundamental importância no sentido da comprovação da desnecessidade de adoção por um Estado do regime totalitário para que seja considerado como tal, mas que mesmo nas atuais sociedades democráticas podem ser desenvolvidos movimentos totalitários ou grupos extremistas que geram circunstâncias totalitárias.[21] Ressalte-se, ainda, que em um Estado democrático tais movimentos devem ser observados, mas não impedidos em virtude da democracia e da liberdade de seus integrantes.

3 ESTADO DE EXCEÇÃO

Observando esses fatos expostos supra, pode-se fazer uma extrapolação do pensamento de Arendt no que tange a existência de movimentos totalitários modernos.

Para o melhor desenvolvimento da ideologia totalitária um dos instrumentos de maior eficiência utilizados foi, sem qualquer sombra de dúvida, o estado de exceção. Pode-se afirmar que o estado de exceção foi um "presente" aos líderes totalitários que buscavam de uma forma de justificação para os seus objetivos e atos, conforme se verá no decorrer de sua exposição a seguir.

Há algumas circunstâncias excepcionais que podem gerar grande comoção social ou uma insegurança generalizada perante a população. Ou, conforme afirmado por Agamben, a configuração do *tumultus* como situação de grande desordem e agitação. Tais movimentos são pressupostos do estado de exceção. Os romanos definiam que em tais circunstâncias era declarado o *iustitium* que significava, de forma sucinta, a interrupção ou suspensão do direito como um todo. [22]

---

[21] Alguns autores com Heuer citam vários exemplos que se aproximam de movimentos totalitários na sociedade contemporânea. Ele indica alguns movimentos que se aproximam do terror do totalitarismo no mundo atual, in verbis: *"También el terror de Al-Qaida se parece al terror totalitario, es sostenido por intelectuales desarraigados y superfluos em sus sociedades, que proceden de una clase media bien acomodada y que fueron influenciados por la guerra de Abghanistan em los años 80. La propaganda religiosa fundamentalista, em sus declaraciones contra el occidente y los EEUU, em favor del establecimiento de un Califato Pan-arábico, desempeña em el fondo el mismo papel secundario frente a las masas."* – HEUER, Wolfgang. **Poder, Violência, Terror: la Republica Imperfecta y sus peligros** *in* DUARTE, A.; LOPREATO, C.; MAGALHÃES, M. (org.). **A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p. 76.
A afirmação da possibilidade do surgimento de movimento totalitários em países ocidentais e ainda nas experiências da China e do Cambojna é feita por Bignotto em um de seus trabalhos. BIGNOTTO, Newton. **O totalitarismo hoje?** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 40.

[22] AGAMBEN, Giorgio. **Stato di eccezione.** Torino, Bollati Boringhieri, 2003. [Ed. bras.: **Estado de Exceção.** Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 68..]

Mommsen é citado por Agamben ao fazer a afirmação de ser o estado de exceção um direito de legitima defesa do Estado em busca da preservação de sua própria existência.[23] Com isso, poder-se-ia adotar todas e quaisquer medidas necessárias, em caráter excepcional, a manutenção da integridade do Estado. O estado de exceção ultrapassa todos os limites jurídicos. Funda-se num ordenamento jurídico que ele mesmo exclui. Torna-se contraditório e quase incompreensível que o direito tente se resguardar sob sua própria negação.

Os movimentos totalitários julgam-se agentes da justiça e do direito. Alegam de forma contraditória que a suspensão dos direitos tem o fim de proteger os mesmo contra sua supressão. Salienta-se as palavras de Bignotto, *in verbis*:

> (...) não é um fato que nos regimes totalitários não se tenha a idéia de da lei, mas sim que a 'legitimidade totalitária, desafiando a legalidade e pretendendo estabelecer diretamente um reino de justiça na terra, executa a lei da História ou da Natureza sem convertê-la em critério de certo e errado que norteiem a conduta individual'.[24]

Em virtudes de situações excepcionais, é atribuído ao chefe de governo decidir sobre a suspensão de diversos direitos. A atuação do órgão executivo passa a usurpar a função legislativa e influenciar de sobremaneira no órgão judiciário ou jurisdicional. O equilíbrio dos governos baseado na teoria dos órgãos do poder de Montesquieu é esfacelada, cabendo a um só indivíduo legislar, executar e julgar de maneira ilimitada.

Nesse tocante faz-se imprescindível a doutrina de Agamben[25] que afirma a decorrência destas distorções sociais geradas inicialmente pelos Estados. Dentro destes há uma quebra provisória dos limites entre as funções legislativa, executiva e jurisdicional e conjuntamente com a limitação dos direitos dos indivíduos. Afirma tal autor que *"O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo"*.

E prossegue Agamben em importante colocação sobre a aplicação do estado de exceção como forma de técnica de governo nos estados modernos. Afirma ser o totalitarismo moderno intaurado por meio do estado de exceção onde a eliminação dos

---

[23] AGAMBEN, Giorgio. **Stato di eccezione.** Torino, Bollati Boringhieri, 2003. [Ed. bras.: **Estado de Exceção.** Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 69..]
[24] BIGNOTTO, Newton. **O totalitarismo hoje?** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 40.
[25] AGAMBEN, Giorgio. **Stato di eccezione.** Torino, Bollati Boringhieri, 2003. [Ed. bras.: **Estado de Exceção.** Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 13.]

adversários e das camadas sociais indesejáveis podem ser inteiramente eliminados com o fundamento na proteção do Estado. E, ainda, que tais práticas vêm se tornando comuns nos estados contemporâneos, inclusive naqueles classificados como democráticos.

Nos movimentos totalitários modernos, em momento algum há uma situação de ilegalidade flagrante, mas uma utilização cotidiana e duradoura de medida provisional e excepcional, distorcendo as finalidades do instituto do estado de exceção. Agamben de forma precisa traz o elo entre o totalitarismo e o estado de exceção dentro do Estado Nazista, *in verbis*:

> Tome-se o caso do Estado Nazista. Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o 'Decreto para a proteção do povo e do Estado', que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos.[26]

Da mesma forma que o Estado Nazista utilizou-se desse artifício de suspensão da ordem jurídica alegando a proteção e garantia de direitos, outros movimentos totalitários contemporâneos já mencionados supra também o fazem. Assim, tal movimento não se restringe à ditaduras e aos Estados semelhantes, mas invade os Estados Democráticos atuais, inclusive o Estado brasileiro. Em busca da preservação e integridade desses Estados, os direitos fundamentais dos seus integrantes, fonte precípua da existência do Estado, são tolhidos.

O poder soberano ultrapassa todos os limites, inclusive jurídicos, sobrepondo-se até mesmo aos indivíduos formadores desse Estado, os quais deveria proteger. Consequentemente, a lei torna-se mera formalidade, criando uma realidade artificial onde os indivíduos sobrevivem como marionetes ou atores de uma ficção social. Pode-se afirmar que o estado de exceção é um vácuo jurídico.

Nesse diapasão pergunta-se: Havendo a configuração do estado de exceção e dado uma extensão enorme sobre o poder do soberano, inclusive a suspensão da própria ordem jurídica, que garantias e proteções restarão ao indivíduo em face a esse Estado?

---

[26] AGAMBEN, Giorgio. **Stato di eccezione.** Torino, Bollati Boringhieri, 2003. [Ed. bras.: **Estado de Exceção.** Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 12..]

Assim, faz-se salutar a mobilização social em prol da liberdade dos indivíduos e contra tais movimentos.

O Estado moderno, ocultando-se em ideologias de massa, invade cada vez mais a esfera do indivíduo para a suposta proteção do próprio indivíduo e do Estado. Busca-se a proteção dos direitos do indivíduo retirando dele seus próprios direitos. Cada vez mais, situações excepcionais tornam-se regra. Cria-se um estado de exceção permanente, onde em prol da lei a mesma é violada. Nesse termos Heuer afirma sobre a conclusão a que chega Arendt, nesse particular, *in verbis*:

> A ambos, a los partidarios de movimientos sociales como a los del liberalismo, objetó Arendt su pensamiento político: del sentido común, del espacio público, de la amplia participación y de las instituiciones de la república. Para ésto elaboró lãs distinciones y los llamados 'ejercicios del pensamiento político', es decir sus ensayos. Los peligros de la república no comienzan com el nacimiento de la violencia y del terror, sino mucho antes. Cuando la violencia o el terror entran em escena, quiere decir que ya, desde hace mucho tiempo, los abusos de la comunidad se encuentran em um estado alarmante.[27]

CONCLUSÃO

Apesar dos regimes totalitários terem chegado a seu fim, suas conseqüências e seqüelas transformaram profundamente a forma de pensamento e de se enxergar a realidade humana. Mais do que em qualquer outro tempo o ser humano se redescobre como ente iniciador contínuo do mundo em que vive. O poder ilimitado da coletividade é saboreado, ainda que de forma tão amarga. Contudo tal experiência deve ser observada como forma de aprendizagem para que o homem não utilize o dom da liberdade, recebido de Deus, para tornar a si mesmo um escravo de seu próprio mundo.

O homem é o princípio e o fim do próprio homem. Arendt acredita que a faculdade de julgar e alterar os rumos do mundo e do seu próprio destino é essencial ao ser humano. A defesa da liberdade como manutenção da dignidade do ser humano é ponto irrefutável e aspecto fundante da natureza humana. Dessa forma afirma que o homem é o símbolo do novo, do improvável, sendo único e singular perante o mundo.

---

[27] HEUER, Wolfgang. **Poder, Violência, Terror: la Republica Imperfecta y sus peligros** *in* DUARTE, A.; LOPREATO, C.; MAGALHÃES, M. (org.). **A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p 82.

Assim, apesar da força das probabilidades e das estatísticas o novo sempre surge sob o disfarce do milagre.[28]

Deve-se concluir que para Arendt a luta contra o totalitarismo deve-se fundar na própria condição do homem, em sua liberdade de pensamento filosófica e política como ponto de partida para a criação de uma nova realidade social. Nas sábias palavras de Arendt:

> Mas permanece também a verdade de que todo fim na historia constitui necessariamente um novo começo; esse começo é a promessa, a única 'mensagem' que o fim pode produzir. O começo, antes de tornar-se evento histórico é a suprema capacidade do homem; politicamente, equivale à liberdade do homem.[29]

Aquilo que torna o ensinamento de Arendt especial e único não é a luta contra o regime totalitarista, mas a forma como ela compreende o ser humano. Não busca estudar o homem como objeto e não aceita que tal tratamento lhe seja atribuído. Busca sim a compreensão da pluralidade e o respeito pelas diferenças. Nas palavras de Kohn, *n verbis*:: "*Trata-se de recuperar a grandeza humana, a capacidade de interromper e ultrapassar a mera naturalidade e criar mundos como componente essencial ao conceito de dignidade humana*." [30]

O ser humano, como agente criador de sua própria realidade encontra a si mesmo no outro pela ação e pelo discurso, dentro do espaço público politicamente organizado e livre. Somente dessa forma o homem encontra sua verdadeira liberdade. Por fim, somente o respeito a pluralidade por meio do livre embate de idéias e pensamentos como ação garante a liberdade como bem humano essencial e ponto de partida para a criação e transformação do mundo em que vive.

REFERENCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

[28] ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 191.
[29] ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 531.
[30] AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001, p. 08.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer – Il potere sovrano e la nuda vita I.** Torino, Giulio Eunaudi, 1995. [Ed. bras.: Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.]

_____, **Stato di eccezione.** Torino, Bollati Boringhieri, 2003. [Ed. bras.: Estado de Exceção. Coleção Estado de Sítio. São Paulo: Boitempo, 2004.]

AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001.

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

_____. **Entre o passado e o futuro.** 2. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

_____, **Origens do Totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BIGNOTTO, Newton. **O totalitarismo hoje?** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001.

_____. **Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hananh Arendt** *in* MORAES, Eduardo Jardim de, BIGNOTTO, Newton (org.). **Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

DUARTE, A.; LOPREATO, C.; MAGALHÃES, M. (org.). **A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

DUARTE, André. **O pensamento à sombra da ruptura: política e filosofia em Hannah Arendt.** São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HEUER, Wolfgang. **Poder, Violência, Terror: la Republica Imperfecta y sus peligros** *in* DUARTE, A.; LOPREATO, C.; MAGALHÃES, M. (org.). **A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

KOHN, Jerome. **O mal e a pluralidade: o camiho de Hananh Arendt em direção à vida** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001.

MAGALHAES, Theresa Calvet de. **A netureza do totalitarismo: o que é compreender o totalitarismo** *in* AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001.

MORAES, Eduardo Jardim de, BIGNOTTO, Newton (org.). **Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

SOUKI, Nadia. **Hannah Arendt e o paradigma do anti-Estado *in*** AGUIAR, Odílio Alves ... [et al.] (org.). **Origens do Totalitarismo: 50 anos depois.** Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2001.

GESTÃO PÚBLICA SOCIOAMBIENTAL E OS NOVOS DIREITOS: UMA ANÁLISE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Ricardo Stanziola Vieira [*]

Rejane Esther Vieira [**]

RESUMO

O presente artigo objetiva tratar das questões referentes ao contexto socioambiental apresentado à Administração Pública, considerando o aspecto da Democracia Participativa e o Estado de Direito no Brasil do Século XXI. Pretende-se fazer uma avaliação do papel que a Constituição de 88 exerce para a realidade do cenário brasileiro. Neste sentido, busca-se estudar a questão socioambiental à luz da última Carta Magna brasileira. O atual modelo institucional do Estado brasileiro representa a corporificação jurídica da mudança que saiu da concepção do eixo individualista, partindo para uma concepção da dimensão capaz de respeitar a pluralidade cultural em um universo multifacetado. Desta forma, se há inovação em matéria jurídica, há inovação em matéria administrativa, isto é, no que concerne à gestão pública participativa e democrática.A Constituição de 88 significou um avanço na legislação e gestão administrativa pública do país, sabe-se que o caminho ainda é árduo. Enquanto não houver conscientização política das e nas coletividades, não haverá cobrança de direitos. Necessita-se da construção da cultura política brasileira. Enquanto essa realidade preponderar na grande massa, as desigualdades ainda gritarão por providências.

PALAVRAS-CHAVES: GESTÃO PÚBLICA, SOCIOAMBIENTALISMO, ESTADO DE DIREITO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

ABSTRACT

This work aims to deal with the referring questions to the socio-environmental context presented to the Public Administration, considering the aspect of the Participative Democracy and the Rule of law in Brazil in the 21st century. It is intended to make an evaluation of the role that the 1988 Brasilian Federal Constitution exerts on the reality of the Brazilian scene. In this sense, this work is going to study the socioenvironmental issue, according to the last Brazilian Magna Letter.The current institucional model of the Brazilian State represents the legal corporification of the change that left the conception

[*] Docente do Curso de Administração Pública (Esag/Udesc), nas disciplinas de Ciência Política e Politicas Públicas.Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Docente/pesquisador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, da disciplina de direito ambiental e desenvolvimento econômico.

[**]Acadêmica do Curso de Administração Pública. (ESAG/UDESC).Bacharel em História (UFSC).

of the individualism, in order to change to a conception of the dimension capable to respect the cultural plurality in a multifaceted universe. The 1988 Constitution meant an advance in the legislation and administrative management in our country, Brazil. While it will not have political awareness of people, they will not fight for their rights. It is necessary to construct the culture of the Brazilian politics, until this does not happen, it will continue having inaqualities.

KEYWORDS: PUBLIC MANAGEMENT; SOCIO - ENVIRONMENTALISM; RULE OF LAW; PUBLIC ADMINISTRATION.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 88 significou um avanço na legislação e gestão administrativa pública do país. O presente artigo objetiva trazer à tona as questões referentes ao contexto socioambiental à luz da Constituição Federativa do Brasil de 1988. Estuda-se os temas do socioambientalismo, desenvolvimento sustentável, modelos de gestão pública, responsabilidade social, democracia participativa e Estado de Direito no Brasil do século XXI

Com estes dados, o artigo pretende fazer uma avaliação do papel que a Constituição de 88 exerce para a realidade do cenário brasileiro. Desta forma, este trabalho pretende avaliar a questão socioambiental à luz da última Carta Magna brasileira.

Em primeira instância considerar-se-á os vários conceitos de gestão e políticas públicas alicerçadas no Estado de Direito no Brasil, contrapondo os referidos pontos de vista, de diferentes autores, com o que entende-se por socioambientalismo.

Pretende-se estabelecer uma visualização do espaço geopolítico real que assola o país. Neste ponto objetiva-se estabelecer as diferenças existentes entre as clientelas das localidades, como classificam-se as classes socioambientais mais discriminadas.

Vencida esta etapa, estima-se analisar historicamente a evolução administrativa das políticas públicas brasileiras, elaboradas com o fito de atender à demanda socioambiental com base na Constituição de 1988 para então concluir as temáticas.

1. O Estado de Direito: o contexto brasileiro

O Estado de Direito garante em lei - na carta Maior, Constituição de 1988, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político. Assim como, o exercício dos direitos sociais (educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados) e individuais (a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos).

O Estado de Direito garante ainda, que todos brasileiros ou estrangeiros domiciliados no país, estejam submetidos ao mesmo regime de direito, ou seja, ao mesmo conjunto de regras.

Entende-se que esta forma jurídica consagra-se pelo princípio da legitimidade na modernidade, onde existe subordinação do poder às leis gerais. BORTOLI expõe a esse respeito:

> O Estado de Direito é fruto de um processo histórico e expressão da legitimidade que consagrou a modernidade. Caracteriza-se o Estado de Direito pelo princípio da legitimidade em sentido estrito, onde o poder está subordinado as leis gerais e a atividade do Estado é submetida a controle, característica de legitimação formal, e em sentido lato, através da funcionalização dos poderes a serviço da garantia dos direitos fundamentais, característica de sua legitimação substancial.[1]

Para PEREZ, o Estado de Direito na atualidade não pode ser considerado simplesmente organizado com base na lei. Destaca que o Estado de Direito é "aquele que possui sua atuação pautada no Direito" [2], sendo pela Constituição, pelos princípios gerais do Direito, pelas leis e regulamentos.

Conforme CANOTILHO, o Estado de Direito deve possuir a promoção da liberdade, a realização dos direitos humanos e se serve de um Direito renovado por

[1] BORTOLI, Adriano de. *A Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro entre a eficiência administrativa e garantia dos direitos fundamentais.* Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Direito).2000.p.*175.*

[2] PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública.* Belo Horizonte: Fórum, 2004.p.61.

ferramentas de atuação que aproximem a sociedade e o Estado, que rompa com as fronteiras que os separam e que possibilitem a participação do cidadão. [3]

O Estado Democrático de Direito é o exercício da democracia e da participação dos cidadãos de maneira plena e clara, onde o povo é dono do poder político e participa de forma livre de acordo com seus ideais. Neste sentido, questiona-se a existência de um Estado Democrático de Direito no Brasil.

Fazem parte da realidade sociambiental brasileira as populações envolvidas e atingidas em situações de injustiça socioambiental. São elas: as crianças, mulheres, populações indígenas, populações litorâneas e ribeirinhas (pescadores e caiçaras, populações urbanas marginalizadas, quilombolas e afrodescendentes, trabalhadores/as e populações rurais, trabalhadores/as extrativistas, trabalhadores/as industriais e urbanos(as) entre outros.

Para BOBBIO, "O Estado de direito é o Estado dos cidadãos." [4] No Estado de Direito o indivíduo tem uma maior amplitude em relação aos modelos anteriores de Estado porque envolve os direitos privados e públicos.

O Estado de Direito pode ser entendido como uma evolução dos modelos de Estado liberal e social porque envolve em torno de si princípios de proteção da liberdade humana, com o princípio de justiça social, os quais correspondem às ambições do Estado Social. O Estado de Direito nasce, a partir da incapacidade do modelo liberal, diante da exclusão social acelerada nas sociedades pós-industriais, assim como a negação de um modelo de Estado Social que venha limitar, a expansão do capital. Em seu eixo, agrega-se a proteção de uma concepção de democracia, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser concretizados pelo Estado a partir das diretrizes da Constituição Federal de 1988.[5]

Neste sentido, observa-se que o Estado de Direito tem correlação com conteúdo Estado Social, porque esse tem através dos direitos sociais, identificados como os direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida, uma via, um caminho por onde a sociedade entra no Estado modificando sua estrutura formal, promovendo transformações. Entende-se que houve um processo de integração

[3]Cf.CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª.ed.Coimbra: Livraria Almedina.1993. p.395.

[4] BOBBIO, Noberto. *Dicionário de Política*. Trad. Cramem C. Varrialle. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.p.401.

[5] Cf. APPIO, Eduardo Fernando; *O controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Florianópolis, 2004.p.73.

do Estado político com a Sociedade Civil alterou-se significativamente a forma jurídica do Estado , assim como os processos de legitimação e a estrutura da administração. [6]

Verificando-se os conceitos acima, observam-se a complexidade e a abrangência da legislação. Contrapondo os posicionamentos supramencionados, questiona-se o que distancia a teoria da legislação da prática real do cenário brasileiro?

2. Os Modelos de Gestão e Políticas Públicas

Os modelos de gestão públicas estão correlacionados com o conceito de "o que fazer" o pensar soluções viáveis para os problemas socioambientais, assegurado em lei e as políticas administrativas, resumem-se no "como fazer", isto é, o agir operacional das elaborações organizadas.

A questão da Gestão Pública ultrapassou a área acadêmica e criou força na concepção de sociedade organizada, formalizando o reconhecimento indiscutível de que tanto os desafios contextuais do cenário da realidade brasileira quanto às condições de funcionamento gerencial e operacional dos Estados — principalmente aqueles em desenvolvimento —, exigem ações no sentido de buscar-se um fortalecimento institucional.

No Brasil, os contextos político, econômico e social impõem transformações macro-institucionais, que afetam o papel do Estado. Cada um destes elementos supramencionados, por sua vez, exige significativas transformações nas instituições públicas, posto que comprometem o Poder Executivo do Estado brasileiro.

> Significativas transformações na gestão pública serão necessárias para que se reduza o déficit institucional e seja ampliada a governança, alcançando-se mais eficiência, transparência, participação e um alto nível ético. A incapacidade do Estado em assegurar os direitos civis e sociais básicos tem, como conseqüência, a marcante e crescente desigualdade social, a exclusão e a insegurança que assolam a sociedade brasileira. O déficit institucional é resultado de um processo histórico de construção nacional, que produziu um Estado incompleto, cujas lacunas vão sendo progressivamente preenchidas pelo "não-Estado"— desde o crime organizado, que afronta a cidadania, ao mercado, que ignora a eqüidade. (Plano de Governo do Presidente Lula 1 Gestão- 2003)[7]

[6] Cf.BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. p.210.

O quadro de desigualdades socioambientais clama por um Estado ativista, promotor da justiça social; capaz de diminuir a escassez de recursos. O cenário brasileiro grita por esforços de otimização; o quadro global competitivo requer um Estado regulador e uma gestão econômica consistente; capaz de garantir a democracia pautada no Estado de Direito.

A atual realidade exige um novo padrão de deliberação que considere o cidadão como o foco da ação pública. O processo institucional de diferenciação e de complementaridade de funções entre Estado, mercado e sociedade civil organizada é um processo essencialmente político, que tem reflexo nas competências constitucionais, nos grandes objetivos de governos legitimados pelas urnas e nas demandas identificadas pelo sistema político e pela burocracia governamental.

O debate que aqui propõe- se, ainda que fundamentado nestes balizamentos macro-institucionais, é em torno da qualidade do Estado — e da qualidade e produtividade do gasto público —, na perspectiva micro-institucional do processo de modelagem e fortalecimento das instituições que compõem o Estado, para incrementar seu desempenho em benefício do cidadão.

O agravamento dos problemas sociais, que vem se tornando cada vez mais ostensivo em todo o país, por um lado e a insolvência generalizada, que tem caracterizado o Setor Público brasileiro, nos últimos anos, por outro, têm levado os pesquisadores da área a procura de formas alternativas de Gestão Pública, caracterizadas por uma acentuada descentralização dos serviços essenciais.

A substituição da ação centralizadora dos governos, pela atuação participativa de cidadãos e de suas representações coletivas, tem sido uma experiência que vem se generalizando nos anos recentes, no Brasil.

> O Plano Gestão Pública para um Brasil mais justo deve constituir uma proposta ousada de revitalização da Administração Pública.
> Primeiramente, porque será o resultado de um processo singular, participativo, abrangente e metodologicamente adequado — estruturado em torno de problemas socioambientais. Trata-se de um processo de alta complexidade logística — mobiliza e envolve mais de duas mil pessoas, entre agentes públicos e da sociedade, e mais de 300 organizações públicas — e política, na medida em que busca a formação estruturada de consenso sobre temas de alta sensibilidade e importância para a implementação de um projeto de governo. (Plano de Governo do Presidente Lula- 2003)[8].

[7] Ministério da Previdência Social – Relatório de Gestão 2003-Plano de Governo do Presidente Lula.
[8] Ministério da Previdência Social – Relatório de Gestão 2003-Plano de Governo do Presidente Lula.

O próprio Governo Central tem, como fundamento da reforma do Estado, estimulado essa atuação conjunta: Estado/Sociedade local. As experiências recentes têm revelado resultados satisfatórios em alguns casos e em alguns setores. Resta saber, até que ponto as ações assim conduzidas podem resultar em conquistas sociais efetivas.

A gestão pública na busca pela *e*ficiência é a situação em que, no contexto organizacional, agregam-se ao conceito de eficiência, de eficácia e efetividade, que, entretanto, nem sempre têm sido usados uniformemente. Há diversas concepções sobre tais termos, embora não discrepem excessivamente.

Falar em Gestão e políticas públicas é admitir que ambas compreendem as decisões de governo em diversas áreas que influenciam a vida de um conjunto de cidadãos. São os atos que o governo faz ou deixa de fazer e os efeitos que tais ações ou a ausência destas provocam na sociedade. É importante explicitar que Política Pública não é o mesmo que decisão política, pois Política Pública envolve mais que uma decisão política e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas, sobretudo no que concerne ao Estado de Direito.

3. A Constituição de 1988 e evolução política-administrativa do contexto brasileiro

A Constituição de 1988 institucionalizou princípios pautados em conceitos como participação e controle social. O texto constitucional exerceu influência determinante no formato e conteúdo das políticas públicas que se seguiram no debate sobre participação e espaços público no Brasil.[9] Constata-se no texto constitucional aprovado em 1988, um conjunto de aspirações da sociedade civil no tocante à participação e à transparência na gestão pública, sendo o resultado dos processos de mobilização e das pressões exercidas por vários segmentos da sociedade.

O texto constitucional, aponta para o exercício da soberania popular através da adoção de uma teoria democrática participativa. No art.14,da Constituição Federal prevê a utilização dos mecanismos diretos de participação popular, iniciativa popular, referendo e o plebiscito, na soberania popular. A partir da utilização desses instrumentos, possibilita-se a implementação inicial e gradual da democracia

[9] SANTOS, Ailton Dias Dos. *Metodologias Participativas: caminhos para o fortalecimento de espaços públicos socioambientais.* IEB- Instituto Internacional de Educação do Brasil. São Paulo: Peirópolis, 2005.p.35.

participativa, reestruturando o modelo de delegação de poderes, instaurado pelo Estado Liberal. [10]

Faz-se mister a análise individual das características e das implicações positivas e negativas de cada instrumento, procurando resgatar a cidadania, uma vez que recolocam o sujeito como 'participante ativo' na elaboração de projetos de interesses locais e também na 'tomada de decisões', implicando maior responsabilidade política por parte dos cidadãos.

Neste sentido, vale lembrar que na Carta Maior está presente o direito de participação, assim como importantes elementos que abrem caminho para a gestão pública democrática participativa no Brasil. É importante reforçar que a Constituição de 1988, traz consigo fundamentos do Estado brasileiro caracterizados como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a crença nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.[11]

Observa-se com freqüência que as palavras 'participação', 'democracia participativa', 'os novos direitos' estão cada vez mais presentes no contexto da atualidade. Faz-se mister uma 'nova cidadania'. É uma 'outra mudança', para uma 'outra democracia'. Uma 'democracia participativa' com o respaldo da Constituição brasileira.

No Brasil assim como em outros países, o Direito Constitucional e o Administrativo consagram o princípio da participação de maneira expressiva. A Constituição Federal brasileira avançou a mera enunciação dos princípios da Democracia e do Estado de Direito, estabelecendo uma série significativa de normas voltadas a respaldar a adoção de institutos participativos na Administração Pública. [12]

Pode-se identificar várias passagens na Constituição Federal de 1988 referentes as normas de institutos participativos na Administração Pública: no art.10 da Constituição Federal, que determinou ser assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos orgãos públicos em que os interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. Essa regra é completada pelo art. 194, inciso VII, que assegura o caráter democrático e descentralizado de sua gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

[10] Constituição da República Federativa do Brasil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
[11] Cf. Constituição da República Federativa do Brasil. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
[12] PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública.* p.213.

A participação, no caso das atividades de seguridade social desenvolvidas pela Administração, é elemento da própria definição dessa função administrativa, conforme se percebe pela redação caput do art. 14, que define como conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade; O art.19, X, da Constituição Federal, por sua vez, ao tratar das normas básicas de organização dos Municípios, prevê expressamente a cooperação das associações representativas no planejamento municipal, ou seja, direciona genericamente a adoção de institutos de participação popular pela Administração Pública dos Municípios.

No art. 198, III, da Constituição Federal, determina que as políticas, ações e serviços públicos de saúde devem ser organizados tendo como diretriz a 'participação da comunidade'. No art.204, II, da Constituição Federal, estabelece que os serviços públicos de assistência social devem ser organizados e executados mediante participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis. No art.205, da Constituição Federal, a educação é afirmada como atividade que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, completamentarmente, dispõe o art.206, VI, que o serviço público de ensino contará com ' gestão democrática', na forma da lei.

No tocante ao art.225, da Constituição Federal, impõe a conjugação de esforços do poder público e da coletividade na defesa do meio ambiente. O art.227, 1º, da Constituição Federal, estabelece que o Estado admitirá a participação de entidades não governamentais na execução de programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. E por último, o art.37, 3º, fruto da Emenda Constitucional nº.19 (conhecida como emenda da reforma administrativa), introduziu uma norma geral sobre a participação popular na Administração Pública, ao estabelecer que: a regulamentação das atividades da Administração Federal, quanto a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm notabilizando os institutos de participação. Conselhos, comissões e comitês participativos, audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, o referendo e o plebiscito são importantes referências entre nós de instrumentos concretos para a implementação do diálogo entre Administração e sociedade.

Compreende-se que a participação é um processo de construção lento e gradual, é uma conquista contínua. Conforme PEREZ:

> (...) A participação serve justamente para romper com o distanciamento entre a sociedade e a Administração, aproximando-se dos conflitos sociais e políticos e proporcionando aos administrados uma gestão responsiva, dinâmica, atenta à

> pluralidade dos interesses sociais, com vistas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, fator essencial para a eficiência das atividades de bem-estar que devem ser conduzidas pela Administração e para a legitimidade, tanto em função da adesão racional da sociedade a um conjunto de medidas concretas, políticas ou programas que esta ajudou a formular, decidir e muitas vezes executar, como razão da eficiência dessa atuação conjunta. Portanto participação é um princípio jurídico de organização da Administração Pública. Princípio implícito em nosso ordenamento constitucional. (...) A participação da sociedade na Administração Pública é o princípio de organização, pois implica na estruturação de processos de tomada de decisão pela Administração Pública ou de divisão de tarefas entre a Administração e os administrados.[13]

Devido ao processo excludente da globalização, aumentando a marginalização dos países da periferia, que tem seus destinos decididos pelo mercado, pela bolsa de valores e pelo Banco Mundial, promoveu um forte impacto nesses países devido à instabilidade de suas economias. Verifica-se um intenso processo de transformação das necessidades sociais e econômicas, dos meios de produção obrigando o Estado a modificar sua forma de exercício político. O mundo está num sistema atual não responde às demandas populares gerando uma lacuna de legitimidade e uma enorme indiferença política, temos o posicionamento da democracia participativa de maneira efetiva, introduzindo novos mecanismos de participação.[14]

4. Gestão Socioambiental Pública Brasileira

A realidade da gestão socioambiental pública brasileira atual está muito distante do próprio conceito de socioambientalismo, porque existe um abismo entre as questões sociais, isto é, a dura realidade das minorias e ambientais no que concerne ao conceito social.

Pensar a gestão socioambiental significa compreender que o socioambientalismo é o desenvolvimento não só da sustentabilidade de ecossistemas, espécies e processos ecológicos, mas também a sustentabilidade social e cultural. de coletividades específicas, por exemplo, os indígenas. A primeira refere-se à sustentabilidade baseada na biodiversidade e a segunda refere-se à questão do reconhecimento do sujeito no Estado de Direito da sociodiversidade existente no Brasil.[15]

---

[13] PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*.p.223.
[14] Cf. MÜLLER, Friedrich. *A democracia, a globalização e a exclusão social.* Anais. Salvador, 11-15 de nov. 2002. Volume I. Brasília: 2003.p.264.
[15] Cf. SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos. São Paulo: Peirópolis, 2005.p.35.

A palavra socioambientalismo não está inserida na Constituição de 1988. O que existe é a compreensão dos direitos socioambientais a partir de direitos coletivos (meio ambiente, patrimônio cultural), inscrito na Constituição. Inicialmente, identifica-se o socioambientalismo como um processo histórico de redemocratização do país, iniciado com o fim do regime militar, em 1984, e consolidado com a promulgação da nova Constituição, em 1988, e a realização de eleições presidenciais diretas, em 1989.[16]

Sua emergência baseou-se no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só funcionam com eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e eqüitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.[17]

É fundamental amadurecer a visão socioambiental pois desta forma amplia-se a percepção de que as políticas públicas para o meio ambiente e desenvolvimento sustentável devem levar em consideração as demandas e os contextos socioculturais das populações locais em sua diversidade. Além disso, passa-se a considerar que a sustentabilidade deve ser tanto ambiental quando social e econômica.

Sabe-se que no Brasil, a cultura dos povos tradicionais, indígenas e quilombolas fazem parte nossas raízes e principalmente da nossa história, produzem conhecimentos e inovações nas artes, literatura e ciências. Manifesta-se por meio de desenhos, danças, lendas, músicas, técnicas de manejo dos recursos naturais, de caça e pesca, a utilização das propriedades medicinais e alimentícias das espécies existentes nas regiões onde vivem. Verifica-se que tais conhecimentos, considerados bens intangíveis, vem ganhando 'atenção' nas sociedades industriais, pelo potencial de exploração econômica, em destaque a área de biotecnologia. Porém não reconhecem os direitos associados desses povos.[18]

Desta forma o socioambientalismo originou-se na idéia de políticas públicas ambientais envolvidas com as comunidades locais detentoras de conhecimentos e de práticas de caráter ambiental. O socioambientalismo permite desenvolver a sustentabilidade de maneira mais ampla possibilitando que num país denominado pobre,

[16]Cf.SANTILLI, Juliana. "A *distribuição socialmente injusta dos ônus gerados pelas políticas de criação e implantação de unidades de conservação ambiental em áreas ocupadas por populações tradicionais"* Universidade de Brasília. 2005.
[17] SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos.p.35.
[18] Cf. SANTILLI, Juliana. Socioambientalismo e Novos Direitos. p.35.

com diferenças sociais, desenvolva-se a sustentabilidade social, além da sustentabilidade ambiental, de espécies e ecossistemas.[19]

O socioambientalismo abrange uma ampla variedade de organizações não-governamentais, movimentos sociais e sindicatos, que envolve a questão ambiental e social como uma dimensão de importante atuação.[20]

Ele inclui diversos movimentos sociais, tais como: movimento dos seringueiros, a interação com grupos ambientalistas permite-lhes elaborar o progama das reservas extrativistas, de relevância internacional depois do assassinato de Chico Mendes; os movimentos indígenas, a interação com grupos ambientalistas que abordam de forma mais ampla a questão da proteção ambiental de sua luta e pela demarcação de reservas; o movimento dos trabalhadores rurais sem-terra que em algumas regiões tem avançado na direção da "reforma agrária ecológica"; setores dos movimentos de moradores tem incorporado a proteção ambiental através de diversos mecanismos (questionamento de fábricas poluidoras, demanda de saneamento básico ao poder público, mutirões para cuidado de áreas verdes e limpeza de córregos e lagoas; entre outros movimentos.

O maior desafio do socioambientalismo é conciliar as atividades produtivas necessárias para a sobrevivência de grupos sociais com a garantia de manutenção dos recursos naturais. Nesse sentido, entre as décadas de 1980 e 1990, inúmeras iniciativas e outras organizações comunitárias de base local procuravam associar ações de desenvolvimento e de conservação ambiental.[21]

Sabe-se que o socioambientalismo está em processo de construção, apesar de ter avançado nas últimas décadas na construção de alianças estratégicas entre o ambientalismo e outras vertentes do movimento social tomado de forma mais ampla. Isso reforça a necessidade de espaços públicos nos quais possam ocorrer a interlocução, o diálogo entre os diferentes e a viabilização de alternativas. Embora deva-se considerar a importância estratégica de uma aliança entre os movimentos sociais, Ongs ambientalistas ou de desenvolvimento e seus efeitos positivos para a construção de

---

[19] Cf. GUIMARÃES, Roberto P. "A ética da sustentabilidade e a formação de políticas de desenvolvimento". DINIZ, et. al. Gilney (Orgs). *O desafio da sustentabilidade:* um debate socioambiental no Brasil. São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2001, p.43.

[20] LEIS, Hector; VIOLA, Eduardo J. A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991: do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável.In: HOGAN, Daniel .Joseph ;VIEIRA, Paulo Freire. *Dilemas Socioambientais e Desensolvimento Sustentável.* São Paulo: UNICAMP, 1995.p.88.

[21] Cf. SANTOS, Ailton Dias Dos. *Metodologias Participativas: caminhos para o fortalecimento de espaços públicos socioambientais.*p.30.

alternativas para a formulação de políticas públicas, é preciso reconhecer que essa aliança ainda representa grande desafio. [22]

É cada vez mais consensual as exigências de ordem ambiental, social e política fazer parte da pauta de amplo grupo de atores sociais, ao passo que são necessários espaços de articulação intersetorial nos quais se possam equacionar dos diversos interesses, necessidades e pontos de vista sobre o processo de desenvolvimento.

Identifica-se alguns pilares para um regime jurídico de garantia dos direitos desses povos, entre eles: o reconhecimento da titularidade coletiva de seus conhecimentos, evitando a exclusão de uma ou mais comunidades detentoras dos saberes em questão, e possíveis rivalidades entre elas; o reconhecimento dos sistemas de representação e legitimidade dos povos, por meio de um pluralismo jurídico; uma definição mais clara de população tradicional, que ainda é polêmica e deixa vulneráveis essas comunidades; o estabelecimento do consentimento informado processual como procedimento obrigatório para o acesso, uso e patenteamento da biodiversidade e conhecimento associado.

5. A Constituição de 1988 e os espaços públicos Socioambientais

A Constituição de 1988 veio estabelecer os direitos sociais e coletivos e tirando-os da utopia. Porém sua leitura não torna pleno o entendimento do que são os direitos coletivos que são fundamentais para a compreensão da importância do socioambientalismo, pois mistura as questões sociais, culturais e ambientais. A Carta Maior ao reconhecer e proteger os direitos coletivos como o meio ambiente, dos indígenas, da criança e do adolescente, do patrimônio cultural abre caminhos para a conquista de uma nova cidadania vistos. Entende-se que o direito coletivos não são paupáveis economicamente e não tem caráter material individual, o que rompe com os fundamentos da modernidade. A Constituição reconheceu os direitos coletivos ao lado dos individuais e isto mostra uma ruptura com a modernidade.

Constata-se o direito socioambiental tem papel transformador, tem caráter coletivo pois busca garantir a todos por meio de políticas públicas o acesso e a concretização dos direitos coletivos, afastando-se de soluções individualizadas.[23]

[22] SANTOS, Ailton Dias Dos. *Metodologias Participativas: caminhos para o fortalecimento de espaços públicos socioambientais.* p.36.

Entende-se que direito socioambiental transforma as políticas públicas em direitos coletivos, porque a política pública estatal, viola os direitos garantidos legalmente e não apenas contrariando grupos de interesse. O socioambientalismo valoriza a coletividade e não a individualidade.

A Constituição de 1988 exerceu significativa influência no processo de gestão democrática pois institucionalizou princípios e normas pautadas em conceitos como participação e controle social, assim como no formato e conteúdo das políticas públicas. Consagra tanto a democracia representativa, como também a participativa: o texto prevê, a participação dos cidadãos por meio dos chamados institutos de democracia direta e semi-direta, como o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular de lei, as tribunas populares, os conselhos, os fóruns, os comitês e outros canais institucionais de participação popular. Dessa forma, ela fomenta a participação na redefinição dos direitos para a transparência na gestão pública.

Alguns aspectos referentes à questão socioambiental da Constituição de 1988 merecem destaque o capítulo inteiro (art225) ao meio ambiente, sendo este inter-relacionado aos capítulos da ordem econômica e social. Sua redação foi influenciada pela Declaração da Conferência das Nações Unidas (Relatório Brundtland), divulgado em 1987 e se traduziu em uma garantia de participação popular na tomada de decisão sobre as políticas públicas socioambientais.

Embora a construção de espaços públicos tenha sido universalizada pela Constituição de 1988, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas municipais deparam-se com a dura realidade da correlação de forças e repartição do poder claramente desvantajosa para a sociedade civil. No restante do país essas são relações desiguais e ocasionaram muitas vezes verdadeiras distorções dos conceitos de "participação" e "controle social". Mesmo nos centros onde a sociedade civil é mais organizada ela se depara com práticas de cooptação que podem ocasionar perda de autonomia, desaceleração das lutas reivindicativas e desmobilização social.[24]

---

[23] MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao Direito Socioambiental. In:LIMA, André (org). *O direito para o Brasil socioambiental.* São Paulo: Instituto Socioambiental, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.p.21.

[24] SANTOS, Ailton Dias Dos. *Metodologias Participativas: caminhos para o fortalecimento de espaços públicos socioambientais.* p.37.

6. Políticas Públicas e Responsabilidade Socioambiental: na Construção da Cidadania e da Democracia Brasileira

O conceito de socioambientalismo faz parte da definição jurídica brasileira, isto é fato. O Poder Judiciário é responsável pela aferição do cumprimento da função legal em prol do socioambientalismo. O Poder Judiciário tem demonstrado inoperância na fiscalização da função socioambiental, especialmente quando as ações têm por objeto conflitos coletivos. Nesses casos, há um número elevado e crescente de violações aos direitos humanos. Exemplificam- se aqui os inúmeros casos de desrespeito aos índios.

Este ponto do artigo relaciona o campo das políticas públicas com a temática socioambiental, tendo por referências o enfoque ecossocial, a ecologia política e o movimento pela justiça social, ambiental, cada qual destacando uma dimensão específica:

No enfoque ecossocial destaca- se a dimensão do conhecimento cultural, com ênfase no desenvolvimento de análises integradas, sem a qual a luta política poderia recair sobre ideologias simplistas baseadas em ciências positivistas e fragmentadas, as quais ignoram a complexidade dos problemas socioambientais e suas incertezas;

Na abordagem da ecologia política e no conceito de justiça ambiental enfatiza- se a dimensão do poder e do Estado a partir da (re)produção das relações de dominação centro-periferias marcadas pelo desprezo sobre as pessoas e a natureza; e finalmente

No movimento pela justiça ambiental realça-se a dimensão da ação gerada pela consciência que inúmeros problemas ambientais possuem em sua origem em um modelo de desenvolvimento injusto, particularmente para com as populações mais pobres e discriminadas.

Nesse sentido, destaca- se a experiência da Rede Brasileira de Justiça Ambiental como um exemplo estratégico para o enfrentamento de problemas socioambientais em países latino-americanos como o Brasil.

Do ponto de vista da responsabilidade social no tocante ao meio ambiente, pode-se dizer que se o Estado de Direito garante ao cidadão direitos capazes de assegurar a dignidade humana, pode-se dizer que as premissas socioambientais estão preconizadas na legislação brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo estrutural de Estado que abarca toda uma gama de responsabilidades e políticas públicas apresentado pela Constituição Brasileira de 1988 pode ser entendido como o de um Estado Social e Democrático de Direito, sobretudo na questão sociambiental.

A Gestão Pública modelada para o Estado no Brasil, segundo a Constituição Federal em pauta, pode ser entendida como a "Gestão Pública Democrática Participativa", pois considera a Administração Pública pautada por critérios de legitimação democrático-participativa.

A Constituição Brasileira de 1988, representa um avanço no que tange ao modelo conceitual de estrutura Estatal, posto que também traça novos rumos à administração pública no país, de forma bem diferente das cartas magnas anteriores.

O modelo de Gestão Pública Democrática e Participativa consagrado pela Constituição de 1988 reforça a natureza essencialmente coletiva dos novos direitos, dentre os quais destacam-se os direitos elaborados para os povos indígenas, para os quilombolas e a outras populações tradicionais.

Assim, conclui-se que o atual modelo institucional do Estado brasileiro representa a corporificação jurídica da mudança que saiu da concepção do eixo individualista, partindo para uma concepção da dimensão capaz de respeitar a pluralidade cultural em um universo multifacetado.

Então, se há inovação em matéria jurídica, há inovação em matéria administrativa, isto é, no que concerne à gestão pública participativa e democrática.Da premissa do Estado de Direito é seguro buscar-se justiça ambiental, quando há respaldo legal.

Embora a Constituição de 88 signifique um avanço na legislação e gestão administrativa pública do país, sabe-se que o caminho ainda é árduo. Enquanto não houver conscientização política das e nas coletividades, não haverá cobrança de direitos. O brasileiro não tem cultura educacional para discernir entre deveres e direitos. O cidadão não possui cultura política. Enquanto essa realidade preponderar na grande massa, as desigualdades ainda gritarão por providências.

Muitos são os fatores que contribuem com a distância entre a lei, a ordem gerencial pública e a realidade do contexto socioambiental brasileiro, posto que a politização é uma necessidade educativa e urgente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO**,** Eduardo Fernando; **O controle judicial das políticas públicas no Brasil.** Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-graduação em Direito. Florianópolis, 2004.

BOBBIO, Noberto. **Dicionário de Política.** Trad. Cramem C. Varrialle. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

BORTOLI, Adriano de. **A Reforma do Aparelho do Estado Brasileiro entre a eficiência administrativa e garantia dos direitos fundamentais.**Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Direito).2000.

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

CARVALHO, Edson Ferreira; BATISTA, Vanessa. **Cidadania, crise do Estado e Reforma Constitucional.** In: Revista do Curso de Direito de Cruz Alta. V.5.2000.

GUIMARÃES, Roberto P. "A ética da sustentabilidade e a formação de políticas de desenvolvimento". DINIZ, et. al. Gilney (Orgs**). O desafio da sustentabilidade: um debate socioambiental no Brasil.** São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

LEIS, Hector; VIOLA, Eduardo J. A evolução das políticas ambientais no Brasil, 1971-1991: do bissetorialismo preservacionista para o multissetorialismo orientado para o desenvolvimento sustentável.In: HOGAN, Daniel .Joseph ;VIEIRA, Paulo Freire. **Dilemas Socioambientais e Desensolvimento Sustentável**. São Paulo: UNICAMP, 1995.

MARÉS, Carlos Frederico. Introdução ao Direito Socioambiental. In:LIMA, André (org). **O direito para o Brasil sociambiental**. São Paulo: Instituto Sociambiental, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **A democracia, a globalização e a exclusão social.** Anais. Salvador, 11-15 de nov. 2002. Volume I. Brasília: 2003.

Ministério da Previdência Social **– Relatório de Gestão 2003 - Plano de Governo do Presidente Lula.**

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: atlas, 2001.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Ailton Dias Dos. **Metodologias Participativas: caminhos para o fortalecimento de espaços públicos socioambientais.** IEB- Instituto Internacional de Educação do Brasil. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos.** São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Juliana.**A distribuição socialmente injusta dos ônus gerados pelas políticas de criação e implantação de unidades de conservação ambiental em áreas ocupadas por populações tradicionais.** Universidade de Brasília. 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FEDERAÇÃO E DEMOCRACIA: ARRANJOS INSTITUCIONAIS NO ESTADO FEDERAL

Samara Tavares Agapto das Neves[*]

Renata Golmia Castro Junqueira[**]

Rosangela Vecchia[***]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo principal examinar o Federalismo como forma de organização do Estado e sua relação com a divisão do poder e a democracia. Toma por elemento central o texto de Arend Lijphart em sua análise dos arranjos institucionais no Estado Federal e no Estado Unitário e o impacto das formas centralizadas e descentralizadas de organização política e administrativa em 36 nações democráticas modernas. De posse desses elementos constitutivos das principais democracias contemporâneas, analisa a República Federativa do Brasil, concentrando o estudo nos arranjos institucionais do Estado Brasileiro na Constituição de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: FEDERAÇÃO; FEDERALISMO; INSTITUIÇÕES POLÍTICAS; DEMOCRACIA; ESTADO FEDERAL.

ABSTRACT

The present work has for main objective to examine the Federalism as form of organization of the State and its relation with the division of the power and the democracy. It takes for central element the text of Arend Lijphart in its analyses of the institucional arrangements in the Federal State and the Unitary State and the impact of the centralize and decentralized forms in administrative and politics organization in 36 modern democratic nations. With these constituent elements of the main contemporaries democracies it analyzes the Federative Republic of Brazil, concentrating the study in the institucional arrangements of the Brazilian State in the 1988's Constitution.

[*] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides" de Marília – UNIVEM, membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais. Orientadora: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha.

[**] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides" de Marília – UNIVEM, membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais. Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

[***] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário "Eurípides" de Marília – UNIVEM, membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais. Orientadora: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha.

KEYWORDS: FEDERATION; FEDERALISM; POLITICS'S INSTITUTIONS; DEMOCRACY; FEDERAL'S STATE.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal examinar o Federalismo como forma de organização do Estado e sua relação com a divisão do poder e a democracia.

Traça um breve perfil histórico e político do Federalismo, buscando construir um cenário dos ideais que forjaram as instituições políticas em diferentes nações que o adotaram como forma de governo, entre elas o Brasil.

As instituições políticas e democráticas relacionadas por Robert A. Dahl, em sua obra *Sobre a Democracia*, são analisadas, bem como sua expressão na Constituição - Lei Maior de uma Nação, onde o desenho institucional do Estado está expresso.

No Direito Positivo, através de seu representante máximo, Hans Kelsen, são buscados os elementos relacionados à centralização e descentralização do Estado, expostos no livro *"Teoria Geral do Direito e do Estado"*.

O texto de Arend Lijphart - *"Modelos de Democracia. Desempenho e padrões de governo em 36 países"* é tomado como elemento central do trabalho, onde o autor analisa os arranjos institucionais no Estado Federal e no Estado Unitário e o impacto das formas centralizadas e descentralizadas de organização política e administrativa em 36 nações democráticas modernas.

De posse desses elementos constitutivos das principais democracias contemporâneas e dos subsídios trazidos pelos estudos do texto *"Sistema Político Brasileiro: uma introdução"*, organizado por Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra, analisa a República Federativa do Brasil. Concentra o estudo nos arranjos institucionais do Estado Brasileiro na Constituição de 1988, marco legal de importantes reformas políticas que envolveram mudanças estruturais no desenho da Federação Brasileira.

1. FEDERALISMO

O Federalista é obra da maior importância para o entendimento do significado político dos ideais que sustentam a estrutura e a organização dos Estados Unidos como uma grande nação democrática no mundo moderno. Os ideais ali expressos serviram de modelo para outras nações que, a exemplo dos Estados Unidos, optaram pela forma federativa de organização do Estado, entre elas o Brasil.

Escrita por três lideranças políticas americanas, Hamilton, Madison e Jay, *O Federalista* é um conjunto coerente de artigos publicados de forma sistemática na imprensa de Nova York entre 1787 e 1788, com a finalidade de convencer o povo americano e suas instituições nascentes da importância da união dos Estados independentes e autônomos em uma única Nação forte, porém com capacidade de manter independência e autonomia dos entes federados. Esse foi o desafio proposto pelo Federalismo americano, como forma de oposição às monarquias absolutas européias.

Na concepção americana, o federalismo foi à forma de organização política que [...] centralizava, em parte, o poder num Estado resultante da união de unidades políticas preexistentes, que não aceitavam ser dissolvidas num Estado unitário [...]. (AVELAR, 2004, p.173). A história de formação da nação americana determinou o desenho das suas instituições políticas.

Por outro lado, para inúmeras nações que adotaram a forma federativa, o movimento foi o oposto. Para Estados unitários, recém saídos da monarquia, com o poder concentrado no governo central, adotar o Federalismo significava dividir o poder, dando autonomia aos entes federados. Forma predominante que "[...] vê no federalismo uma forma de descentralizar o poder em estados centralizados (unitários), como a Alemanha, a Argentina e o Brasil". (AVELAR, 2004, p.173).

Tais diferenças não ameaçam o grande objetivo do Federalismo, que é manter e aprofundar a divisão do poder como forma de garantir o controle da sociedade sobre o Estado.

Na carta de nº 1, Hamilton diz que o povo americano foi chamado a deliberar sobre a nova Constituição para os Estados Unidos da América e tem a oportunidade de "[...] decidir sobre a importante questão: se as sociedades humanas são realmente capazes de criar um bom governo utilizando a ponderação e o voto [...]". (2005, p.33).

Em outra passagem da mesma carta, falando dos ideais republicanos em contraposição à monarquia, argumenta que *"[...] dos homens responsáveis pela destruição das liberdades das repúblicas, quase todos iniciaram sua carreira bajulando o povo; começaram demagogos e acabaram tiranos"*.(2005, p. 35 e 36).

Deliberar a favor da Constituição, cujo poder supremo estava depositado nas mãos do povo e que havia sido escrita sob o comando dos princípios federativos e republicanos significaria preservar a liberdade e a prosperidade, protegendo a Nação da tirania.

Na carta de nº 9, Hamilton argumenta que: "Uma União sólida terá a máxima significação para a paz e para a liberdade dos estados-membros, como uma barreira contra facções e insurreições internas". O grande mérito da Constituição americana foi criar um desenho institucional que garantiu a União permanente e a autonomia dos estados-membros.(2005, p.71-75).

Se os ideais americanos foram direcionados à centralização do poder, criando a União entre entes federados autônomos, a preocupação com a manutenção de um elevado grau de autonomia também é considerada como elemento fundamental e constitutivo do federalismo.

A autonomia dos Estados-Membros no Federalismo americano é evidente. E, é ela que alimenta os ideais de descentralização e democracia nas Nações centralizadas e autoritárias. Modelo que permite a criação de um Estado forte sem o ônus da grande concentração de poder, combinando princípios de representação popular e divisão do poder.

Entretanto, o grau de centralização ou descentralização do poder num Estado Federal depende da forma como funciona o governo central. "[...] Alguns estados federais podem ser mais centralizados do que certos estados unitários".(AVELAR, 2004, p.173). Portanto, para relacionar corretamente a forma de organização do Estado com democracia é necessário examinar os arranjos institucionais, ou seja, o conjunto de leis, normas e práticas que definem como um Estado Federal é concretamente governado.

2. INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E DEMOCRACIA, o pensamento de Robert A. Dahl

Robert A. Dahl, em sua obra *Sobre a Democracia,* trata das instituições políticas na democracia e oferece elementos importantes para o entendimento das variáveis que estão envolvidas nas diferentes formas de organização do Estado e a relação dessas variáveis com a democracia. O estudo dos capítulos 8, 9 e 10 da obra permite realizar algumas considerações para futuro entendimento do Estado Federal (DAHL, 2001).

Para o autor as constituições democráticas podem sofrer algumas variações, esse estudo se faz necessário, pois é nelas que se encontra a forma de Estado, os direitos e garantias fundamentais, dentre outras previsões.

Verifica-se que as Constituições podem ser escritas ou não-escritas, sendo regra a primeira e exceção a segunda. A prática habitual leva à adoção de constituições escritas, porém temos exemplos de países que adotam constituições não-escritas, sendo as últimas resultado de circunstâncias históricas, o que não é comum. É prática habitual que a Constituição traga uma carta de direitos constitucionais explícitos.

Os Direitos Sociais e Econômicos podem ou não vir explícitos em uma Constituição. As Constituições mais antigas pouco falam de tais direitos explicitamente. As Constituições pós Segunda Guerra Mundial é que trazem em seu texto de forma expressa os Direitos Sociais e Econômicos.

É também na Carta de Direitos que se encontra a forma de Estado que pode ser um Sistema Federal, onde os governos de unidades territoriais menores têm garantia de permanência e razoável autoridade, ou um Sistema Unitário, no qual a existência e autoridade dependem de decisões do governo central.

A Constituição prevê, ainda, a forma do legislativo, podendo ser ele unicameral ou bicameral. A regra é a opção pelo legislativo bicameral, já que é uma forma de proteger os cidadãos de prováveis erros que possam ser cometidos, haja vista a análise de ambas as casas legislativas, protegendo-os de possíveis injustiças e vantagens ilícitas. Tal sistema possibilita que líderes facciosos tomem resoluções intempestivas e perniciosas. A exceção é o legislativo unicameral que deixa os cidadãos mais vulneráveis, sem a proteção de uma revisão por outro órgão legislativo.

As Cartas Constitucionais tratam também da Revisão Judicial, comum no Sistema Federal. Já, o Sistema Unitário, pouco apresenta alguma forma de revisão judicial.

O Poder Judiciário não participa da força nem da riqueza da sociedade, sendo assim, pode-se dizer que na verdade ele não tem Força nem Vontade, limitando-se simplesmente a julgar.

Cabe às Cortes de Justiça declarar nulos os atos contrários ao espírito da Constituição, por isso faz-se necessária a estabilidade dos cargos judiciais, para a firmeza e independência dos agentes do Direito, fator essencial ao fiel desempenho de suas funções, quais sejam, oporem-se às usurpações do legislativo.

Um país pode adotar dois sistemas de governo, o presidencialismo ou o parlamentarismo, essa decisão também é prevista na Carta Maior do país. No Sistema Presidencialista o Chefe do Executivo é eleito independentemente do Legislativo e é investido de grande poder pela Constituição. No Sistema Parlamentarista o Chefe do Executivo é eleito pelo próprio Parlamento, podendo ser destituído pelo mesmo.

As Constituições fazem muita diferença devido a alguns fatores: primeiro, porque trazem uma estabilidade, já que criam uma estrutura democrática de governo e asseguram os direitos e garantias exigidos pelas instituições políticas; outro fator importante são os Direitos Fundamentais nelas previstos, que protegem direitos e deveres básicos, proporcionando garantias para as maiorias e minorias; as garantias e direitos fundamentais assegurados constitucionalmente garantem uma neutralidade, já que evitam benefícios ou penas indevidas.

A flexibilidade é uma das características da Constituição que não precisa ser tão rígida, mas também não deve ser tão flexível, pois é necessária a adaptação às novas situações. A sociedade muda e o Direito deve ao menos tentar acompanhar tais mudanças e evoluções tecnológicas e sociais.

Para Dahl (2001, p. 146) “[...] uma Constituição bem planejada ajudaria as instituições democráticas a sobreviver, ao passo que uma Constituição mal elaborada poderia contribuir para o rompimento das instituições democráticas”.

Fator importante que deve ser considerado ao se falar em Democracia é a extensão do território e o número de pessoas que nele vivem. É possível que os sistemas políticos pequenos obtenham elevados índices de participação dos cidadãos, o que não

ocorre nos grandes sistemas. As Assembléias populares não são modelos de democracia participativa, mas com todas as suas limitações tem muito a favorecer.

A Democracia de Assembléias traz alguns sérios problemas: as oportunidades para participação diminuem com o tamanho do corpo de cidadãos; apesar de muitos escutarem, poucos tem a oportunidade de falar; os que falam passam a ser representantes dos outros, com exceção da hora de votação; os membros dotados do direito de plena participação não garantem a representação do restante; um sistema satisfatório para selecionar representantes seria a escolha por meio de eleições livres e justas pelos cidadãos.

Uma democracia em grande escala exige: funcionários eleitos; eleições livres, justas e freqüentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para associações, e cidadania inclusiva. Tais instituições são necessárias para governar países de maior tamanho, sendo elas formas de participação dos cidadãos.

3. DESCENTRALIZAÇÃO E DEMOCRACIA

A descentralização e o seu contrário, a centralização, são instituições jurídicas que dizem respeito à forma como se organiza o aparelho político-administrativo do Estado. Há uma tendência em considerar a descentralização como a melhor forma de organização jurídica, política e administrativa do Estado. Impossível, entretanto, uma avaliação da pertinência da descentralização feita de forma deslocada do ambiente histórico, social, político e econômico do Estado.

O Estado Federal se situa no âmbito da *descentralização política* e está relacionado à autonomia política dos entes federados. O Estado Unitário, por outro lado, se situa no âmbito da *centralização política* e está relacionado à concentração do poder nos órgãos centrais do governo.

Ao conceito de Descentralização sempre vem atrelado o de Democracia, como que a indicar uma relação direta. Governos autoritários tendem à centralização, ao controle, ao domínio de todas as expressões da vida social. A Descentralização traz a idéia de autonomia, autodeterminação, liberdade (BOBBIO, 2004, p. 332):

> É afirmação constante e generalizada que existe uma estreita conexão entre os conceitos de Descentralização e de democracia, também em relação ao fato de que a luta pela Descentralização constitui, principalmente a luta pelas autonomias locais a fim de perseguir, além

> da Descentralização, objetivos de democratização.A Descentralização seria o meio para poder chegar, através de uma distribuição da soberania, a uma real liberdade política.

Existe um universo de interesses próprios de cada comunidade a ser considerado em conjunto com interesses gerais do Estado. A Descentralização é o meio jurídico mais apropriado para permitir a expressão dessa pluralidade de interesses.

Em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Hans Kelsen trata, entre tantos temas, da relação entre descentralização e democracia. O livro, escrito em 1945, quando o autor já vivia nos Estados Unidos, representa o desenvolvimento amadurecido e consolidado do seu pensamento sobre o Direito e o Estado. Kelsen é o teórico que está na raiz da concepção liberal da soberania. Concepção que identifica soberania com ordenamento jurídico em seu sentido estritamente formal. Matriz de pensamento que dá origem a todas as concepções, onde a soberania do Estado é a soberania do ordenamento jurídico, é a soberania da Lei.

Inicialmente Kelsen analisa a centralização e a descentralização como conceitos jurídicos. Considerando o Estado como ordem jurídica e o poder do Estado como validade e eficácia dessa ordem jurídica, afirma que a diferença entre a centralização e a descentralização deve ser uma diferença nas ordens jurídicas do Estado.(2005, p.433).

> Na verdade, todos os problemas de centralização e descentralização, como veremos, são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam. Apenas uma teoria jurídica pode fornecer a resposta para a questão da natureza da centralização e da descentralização.

Aborda o conceito *estático* de centralização e descentralização a partir da divisão territorial. Uma ordem jurídica representada por todas as normas válidas é centralizada quando possui a mesma esfera territorial de validade e, descentralizada, quando algumas normas serão válidas para o território inteiro, enquanto outras serão válidas apenas para diferentes partes do território.

Quanto maior o território de um Estado, quanto maiores forem as diferenças geográficas, nacionais e religiosas, mais imperativa será a necessidade da descentralização por divisão territorial. “Um dos principais motivos para a descentralização é precisamente o fato de que ela fornece esta possibilidade de se

regulamentar a mesma matéria de modo diferente para diferentes regiões".(2005, p. 435).

Além do critério territorial, afirma que é possível dividir uma comunidade jurídica também seguindo critérios relacionados às esferas pessoais de validade. Uma ordem jurídica que "contenha leis válidas apenas para indivíduos de uma determinada raça, conferindo-lhes certos privilégios ou submetendo-os a várias inabilidades jurídicas", constituindo assim uma comunidade parcial dentro da comunidade total. O critério dessa última forma de organização parcial da ordem jurídica estaria suportado por diferenças de "religião, língua, raça ou outras qualidades pessoais", espalhadas indistintamente por todo o território. (KELSEN, 2005, p. 435 e 436).

A proporção relativa entre normas centrais e locais determina o grau de centralização ou descentralização de uma ordem jurídica. Nem um Estado será totalmente centralizado, nem tão pouco totalmente descentralizado. O limite da descentralização, ou seja, o grau máximo de descentralização está limitado à validade em todo o território de pelo menos uma norma: a norma fundamental. Sem essa validade geral tem-se a dissolução da comunidade jurídica. (KELSEN, 2005, p.438).

O autor aborda, ainda, o conceito *dinâmico* de centralização e descentralização, que diz respeito aos métodos de criação e execução das normas. Pondera sobre a existência de um único órgão que cria as normas ou se existe pluralidade de órgãos, cada qual com espaços determinados, por onde se estendem as suas competências. Importa para o conceito dinâmico da centralização e descentralização saber "não apenas o número de órgãos criadores de normas, mas também o modo como esses são instituídos".(KELSEN, 2005, p. 442).

Posto isto, Kelsen vai relacionar a centralização e a descentralização, enquanto formas de organização do Estado, com as formas de organização de governo, ou seja, com autocracia e democracia. A esse respeito declara (2005, p.443):

> [...] a democracia pode ser descrita como um método descentralizado de criação de normas, já que, numa democracia, as normas jurídicas são criadas pela pluralidade dos indivíduos cujo comportamento elas regulamentam, e estes órgãos criadores de Direito estão distribuídos pelo território inteiro para o qual é valida a ordem jurídica. Numa autocracia, a ordem jurídica é criada por um único indivíduo, diverso e independente da pluralidade dos indivíduos sujeitos à ordem. Como a função criadora de Direito está concentrada, neste caso, na pessoa do autocrata, a autocracia pode ser caracterizada como um método centralizado de criação de normas.

A partir dessa visão, faz uma importante reflexão sobre a função criadora do Direito, que na forma descentralizada, mais democrática, e baseada numa autonomia real estaria vinculada a um Direito de natureza consuetudinária, em detrimento de um Direito de natureza estatutária, decorrente das formas mais centralizadas de organização do Estado.

Kelsen identifica um espaço democrático de organização do direito com base nos costumes da comunidade; direito que nasce de forma descentralizada do acordo entre os indivíduos, que serão eles mesmos, sujeitos diretos das normas que criam.

A democracia pressupõe a idéia de autodeterminação e conformidade da ordem jurídica com a vontade da maioria. Ordem jurídica entendida por Kelsen como Estado. Numa sociedade pluralista a ordem jurídica deverá compor normas de natureza central proposta para todo o território, com normas que sejam válidas apenas para certos territórios. Chama-se de descentralização perfeita os casos em que a criação de normas locais é definitiva e independente. E descentralização imperfeita quando a legislação local tem apenas que dar uma aplicação mais detalhada à norma geral.(2005, p. 446).

A autonomia local é chamada por Kelsen de "[...] combinação direta e deliberada das idéias de descentralização e democracia", citando como exemplo de unidade autônoma a "municipalidade e o prefeito". Trata mais especificamente da questão municipal e defende a autonomia local como forma perfeita de organização descentralizada e democrática do Estado como ordem jurídica. (KELSEN, 2005, p. 449)

4. ESTADO FEDERAL E ESTADO UNITÁRIO, o pensamento de Arend Lijphart

Lijphart chegou a importantes conclusões em sua obra *Modelos de Democracia,* tais como, que a organização e o modo de funcionamento dos Executivos, Legislativos, Sistemas Partidários e Eleitorais, como também as relações entre o governo central e as instâncias administrativas inferiores podem ser medidos em escalas, que numa extremidade apresentam o majoritarismo, e, na outra, o consensualismo; e que estas características institucionais compõem dois grupos distintos, com base nos quais desenha-se um modelo bidimensional das democracias – o majoritário e o de consenso.

Essa dicotomia surge a partir da definição mais básica de democracia: governo pelo povo ou governo pelos representantes do povo (no caso da democracia representativa), ou ainda governo pelo povo e para o povo, como disse Abraham Lincoln. Esta última definição levanta uma questão fundamental. Quem governará, e a quais interesses deverá o governo atender quando o povo divergir sobre certos assuntos?

A resposta, de acordo com a essência do modelo democrático majoritário, é a de que prevaleça a maioria do povo. Já, de acordo com a essência do modelo consensual, é a de que prevaleça à vontade do maior número de pessoas. Sem divergir quanto ao fato de ser melhor o governo da maioria que o da minoria, o modelo consensual amplia a noção, o tamanho das maiorias, porque compartilha, dispersa e limita o poder de várias maneiras.

Lijphart apresenta dez diferenças, que chama de variáveis, relativas às mais importantes instituições e regras democráticas, as quais se deduzem dos modelos majoritário e consensual, agrupando-se em duas dimensões distintas: a *dimensão executivos-partidos* e a *dimensão federal-unitária.*

A primeira dimensão reúne cinco características, referentes à estrutura do Poder Executivo e suas relações com o Legislativo, às estruturas dos Sistemas Partidários e Eleitorais e dos grupos de interesse.

Na segunda dimensão, as outras cinco características estão associadas pelo contraste entre federalismo e governo unitário, sendo elas: governo unitário e centralizado x governo federal e descentralizado; concentração do Poder Legislativo (unicameral) x divisão do Poder Legislativo (bicameral); constituições flexíveis x constituições rígidas; sistemas em que as legislaturas decidem sobre a constitucionalidade da legislação x sistemas em que as leis estão sujeitas à revisão de sua constitucionalidade por uma corte suprema ou constitucional; bancos centrais dependentes do Executivo x bancos centrais independentes.

O capítulo 10 aborda a primeira variável da dimensão federal-unitária – federalismo e descentralização *versus* governo unitário e centralização, colocando em discussão o conceito de federalismo e suas características. Vem, em primeiro lugar, por ser tido como o "método mais típico e drástico" da divisão do poder.

O federalismo constitui uma divisão garantida de poder entre o governo central e os governos regionais, cujo propósito principal é promover e proteger um sistema

descentralizado de governo. A divisão do poder pode ser usada como sinônimo de federalismo, como entende a ciência política. Eis sua característica principal, ou características primárias da não-centralização do poder que visa à descentralização do poder.

Forte bicameralismo, constituição rígida e controle de constitucionalidade judicial são outras características do federalismo, que os teóricos chamam de secundárias. Diferentemente das primárias, que são componentes do federalismo, estas constituem verdadeiras garantias do sistema.

O poder, em todas as democracias é, até certo ponto, dividido entre governos centrais e não-centrais. Contudo, na democracia majoritária tal divisão é extremamente unilateral, o governo central controla não só seu aparato como também os governos não-centrais, vistos como potencialmente competidores. Daí o governo majoritário ser unitário (não-federal) e centralizado.

Por outro lado, na democracia consensual o poder é compartilhado, estando disperso, havendo divisão garantida entre os diversos níveis de governo, com fortes governos não-centrais, detentores de substancial parcela do poder total. Por isso, o governo consensual é federal e descentralizado.

Lijphart reforça a principal característica do federalismo – a divisão garantida de poder entre governo central e governos regionais, citando a definição de William H. Riker (2003, p.214): o "federalismo é uma organização política em que as atividades do governo são divididas entre os governos regionais e um governo central, de tal forma que cada tipo de governo tem certas atividades sobre as quais ele toma as decisões finais."

Em seguida, Lijphart cita a definição de Daniel J. Elazar, que destaca a "não-centralização" do poder, explicando que ele vê o federalismo como "a distribuição fundamental do poder entre múltiplos centros [...], não a devolução de poderes a partir de um centro único, ou em direção à base de uma pirâmide". Ainda esclarece que nenhum desses múltiplos centros no sistema federalista "está *acima* ou *abaixo* em importância do que qualquer outro, diversamente da pirâmide organizacional, onde se distinguem os níveis mais altos ou mais baixos, como uma questão de estrutura constitucional".

Ambas definições procuram mostrar o poder real que é exercido nos diferentes níveis de governo.

Para aferir o grau de federalismo em cada uma das trinta e seis democracias estudadas, Lijphart considerou as características primárias da não-centralização e da descentralização (no período de 1945 a 1996), com base nas quais formou os blocos fundamentais de uma classificação.

O primeiro critério considerado é se os estados dispõem de constituições federais no sentido formal. Elazar (*apud* Lijphart 216) diz: "o primeiro teste da existência do federalismo é o desejo ou à vontade de ser federalista por parte dos sistemas políticos envolvidos. A adoção e a manutenção de uma constituição federal é [...] o primeiro e mais importante meio de expressar essa vontade".

Deste critério extrai-se a distinção entre sistemas federais e unitários, a partir da qual, cada uma dessas categorias pode subdividir-se em centralizadas e descentralizadas. Mas há uma categoria intermediária, a dos sistemas semifederais, destinada a algumas democracias ambíguas, que podem tanto ser classificadas como federais quanto como unitárias.

Na busca de uma maior acuidade e confiabilidade no índice de federalismo, que deve expressar suas propriedades e descentralização com precisão, Lijphart apresenta outros dois indicadores. São eles: a participação do governo central nos impostos de um país e o índice de autonomia institucional de Jan-Erik Lane e Svante Ersson. Entretanto, esses indicadores não podem ser usados como medidas alternativas no estudo realizado em *Modelos de Democracia*, porque estão disponíveis somente para cerca de metade das 36 democracias.

É relevante avaliar a força dos governos não-centrais diante do governo-central, concentrando o foco nos impostos. Lijphart (2003, p.220) explica:

> Os impostos não-centrais são aqueles recolhidos pelos governos não-centrais para si próprios, e mais a participação nos impostos recolhidos pelo governo central, e que automaticamente se acrescentam aos governos não-centrais. A centralização governamental pode então ser medida como a participação do governo central no total de impostos centrais e não-centrais.

Evidencia-se que "à medida que o índice de federalismo alcança valores mais altos, mais baixa se torna a participação do governo central nos impostos." (2003, p. 221)

Daí, concluir-se que se os governos não-centrais têm fonte própria de impostos e participação nos impostos recolhidos pelo governo central, e não há forte participação deste no total de impostos centrais e não-centrais, haverá maior descentralização e mais alto grau de federalismo.

Já, o índice de autonomia institucional de Lane-Ersson leva em conta tanto o federalismo propriamente dito, que considera a autonomia territorial das regiões e o grau de "independência do governo regional e local", quanto o federalismo sociológico, chamado de "autonomia funcional".

O federalismo tende a ser usado em dois tipos de países: os relativamente grandes, mais populosos como a Índia e os EUA, e as sociedades plurais, como Bélgica, Canadá, Índia e Suíça. "Nas sociedades pluralistas, o federalismo desempenha a função especial de dar autonomia a minorias étnicas". (LIJPHART. 2003. p.222)

Para analisar essa função, o autor distingue o federalismo congruente do incongruente, como sugeriu Charles D. Tarlton (2003. p. 222-223):

> As federações congruentes são compostas por unidades territoriais com um caráter social e cultural semelhante em cada uma das unidades e na federação como um todo. Num sistema federal perfeitamente congruente, as unidades componentes são "reflexos em miniatura dos aspectos importantes do sistema federal total". Inversamente, as federações incongruentes têm unidades com composições sociais e culturais que diferem umas das outras e do país como um todo. Outra forma de expressar essa diferença é comparar os limites políticos entre as unidades componentes da federação e os limites sociais entre grupos, como as minorias étnicas. Nas federações incongruentes, esses limites tendem a coincidir, porém nos sistemas federais congruentes, a se extravasarem.

Ora, se os limites políticos são traçados para aproximar os limites sociais, a heterogeneidade das sociedades plurais pode transformar-se em um alto grau de homogeneidade.

O fato das unidades das federações terem suas próprias constituições podendo efetuar emendas livremente, mas dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, revela um aspecto importante de sua autonomia.

Essas experiências, se bem sucedidas, podem ser benéficas tanto às outras unidades como ao governo central. Contudo, na prática, há um quase total isomorfismo, ou seja, as unidades federativas e o governo central agem em correspondência e de maneira semelhante, sem inovar na forma de governar.

5. A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

As dimensões continentais do Brasil sempre demandaram algum tipo de descentralização política e administrativa. Por todo o período da colonização (1500 - 1822), Portugal teve dificuldade de ocupar e manter o território do Brasil. Valeriano Costa, em seu artigo Federalismo, explica (AVELAR, 2004, p.175):

> Não é a toa que a metrópole foi obrigada a dividir a nova colônia em verdadeiros feudos, as capitanias hereditárias, administrados por nobres que obrigavam a fazê-lo em nome da Coroa. O sistema de capitanias influenciou decisivamente o padrão de organização territorial brasileiro, até mesmo na delimitação das províncias, durante o Império (1822 – 1889), transformadas em estados a partir da República (1889)

Embora a metrópole sistematicamente empreendesse esforços no sentido da centralização, a dispersão da população e as dificuldades de estabelecer o controle direto sobre o vasto território, fizeram nascer pactos informais entre o governo central e os poderes regionais. (AVELAR, 2004, p. 175).

A centralização e a ausência da representação popular no poder político sempre foram elementos constitutivos do Estado brasileiro. Durante todo o império o poder dos “potentados locais” foi extremamente forte, determinante da formação da oligarquia agrária, representada pela figura dos “coronéis".

O Brasil há muito reivindicava pelo Federalismo. As províncias haviam se desenvolvido economicamente durante o Segundo Reinado (1841-1889) e desejavam maior representação. Quando da Proclamação da República a escolha do modelo americano de Federação veio naturalmente.

Sem nenhuma garantia efetiva de representação democrática, os interesses da maioria da população foram preteridos e são causa de boa parcela das desigualdades sócio-econômicas que caracterizam nosso subdesenvolvimento.

O Federalismo brasileiro se sustentou na Política dos Governadores, estruturada em torno de acordos informais que dividiam o poder nos Estados e na União. Poder que as elites regionais conseguiam ao controlar as eleições estaduais e federais. O Federalismo funcionava, na prática, como potencializador das oligarquias estaduais que limitavam o desenvolvimento econômico e social.

Em seu artigo *Federação e relações intergovernamentais,* Fátima Anastásia, citando Kugelmas, fala sobre os movimentos de centralização e descentralização que se sucedem ao longo da existência da República Federativa do Brasil, sístole/diástole, dando-lhe características próprias.(AVELAR, 2004, p. 187).

Na Revolução de 30, Getúlio Vargas derruba o Federalismo "oligárquico" e reduz a autonomia dos Estados. Em 1932, São Paulo luta por autonomia. No Estado Novo (1937 – 1945), aumenta a concentração de poder no governo central. Simbolizando a centralização e o fim do regime federativo, o Estado Novo queima as bandeiras dos Estados e nomeia os interventores. Em 1945 o Regime Federativo é re-estabelecido com um sistema representativo efetivo e partidos competitivos em âmbito nacional. No curto período democrático que se segue, os Governadores voltam a ser eleitos. Conflitos entre as elites regionais dos principais Estados: São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul facilitam o golpe militar de 1964. Na ditadura militar os Governadores passam a ser eleitos de forma indireta pelas Assembléias Estaduais, mas, é preservada uma certa autonomia estadual que permite a revitalização do Federalismo.

As eleições diretas para Governador só serão restabelecidas em 1982, quando ganha força o processo de transição política que culmina na Constituição de 1988, quando o Município passa a ente de Federação e a Reforma tributária descentraliza parte dos recursos tributários.

Usando dos elementos descritos por Lijphart (LIJPHART, 2003, p. 213-225), refletimos sobre a posição do Brasil, como uma democracia de modelo consensual. Tem sua Constituição escrita e no preâmbulo adota a forma de República Federativa**.** No artigo primeiro reafirma: "A República Federativa do Brasil, formada pela **união indissolúvel** dos **Estados e Municípios e do Distrito Federal**, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [..]".(BRASIL, 1988).

Formalmente constituída, a Federação Brasileira divide o poder do Estado entre o governo central e governos regionais e locais. Há, pois, uma divisão espacial e territorial do poder entre **26 Estados, 01 Distrito Federal e 5.561Municípios**.

Quanto à Organização do Estado, de que trata o Título III da Constituição de 1988 no artigo 18: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos dessa Constituição". Não é, pois, um poder distribuído de forma

piramidal, os centros de poder não estão subordinados um ao outro, os entes da Federação são tidos como poderes autônomos. Não é nesse campo que se dá a subordinação de Estados e Municípios ao poder da União e sim nas relações financeiras.

A forma federativa do Estado Brasileiro está protegida no artigo 60, § 4º, inciso I, que versa sobre as proibições de deliberação por emenda constitucional. É cláusula pétrea, rígida, escrita. Mesmo que haja certa facilidade de promover emendas à Constituição Brasileira, no caso específico da forma federativa de Estado não há possibilidade de modificação. O Supremo Tribunal Federal, como Corte Especial para tratar os temas constitucionais, protege a Constituição por seu poder de revisão judicial.

Há divisão de competências entre os entes federados. Cada nível tem algumas atividades sobre as quais toma as decisões finais, mesmo os municípios, com menor espaço territorial e de poder no desenho federativo brasileiro. Todos têm competências exclusivas e capacidade de legislar. As competências da União vêm expressas nos artigos 21 e 22; as dos Estados no artigo 25, § 1º- [...] competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição; dos Municípios no artigo 30 e do Distrito Federal no artigo 32, § 1º. Não há proporcionalidade, as competências da União são maiores e versam sobre temas de maior importância.

Entretanto, inúmeras competências são concorrentes entre a União, os Estados e o Distrito Federal. Elas estão descritas no artigo 24, dispositivo que cria um espaço importante para que a primeira possa centralizar em suas mãos ou retomar para sua esfera decisões que poderiam ser dos outros entes. O êxito do Federalismo está na forma como se processam as relações entre os diversos níveis de governo. No Brasil temos assistido a sobreposição de funções entre os entes da federação, que gera uma instabilidade nos papéis de cada um. A descentralização das políticas sociais vem sofrendo sistematicamente interferências da União através de Normas Operacionais que detalham ao extremo como devem ser implementadas as ações nos governos locais.

Se a Constituição de 1988 promove, em parte, a descentralização fiscal e tributária, nos anos seguintes a União cria novas espécies tributárias tais como CPFM, Contribuições Sociais e outras, que não precisa dividir ou repassar aos Estados e Municípios. Assim, ao aumentar a carga tributária a União recupera parte das suas receitas nos anos 90.

Com relação à Estrutura de Governo, o poder legislativo é bicameral: Câmara Federal e Senado com representação das regiões componentes. A forma de escolha dos representantes se dá por eleições diretas em todos os níveis. O Federalismo Brasileiro combina poderes executivos fortes em todos os níveis com poderes legislativos regionais e locais mais fracos. O Congresso Nacional é fragmentado e instável na implantação de programas quando se confrontam interesses regionais. Os acordos para votação de temas relacionados às reformas estruturais precisam sempre de um grande "esforço" do governo federal nas "negociações". Há dificuldades de atuação dos Partidos Políticos em nível nacional para articular projetos políticos de reforma que ultrapassem os limites subnacionais, posto que, o federalismo brasileiro tem uma distribuição desigual entre as regiões. Estados menos populosos têm, proporcionalmente, representação maior. A eleição dos deputados federais demanda apoio do executivo estadual, assim, há uma grande influência dos Governadores na Política Nacional à medida que dominam as suas bancadas.

Cada ente da Federação tem fonte própria de recursos. União, Estados e Municípios têm receitas próprias. Os Estados e os Municípios têm participação nos impostos recolhidos pelo governo central, que são repassados automaticamente. Estudos sobre a Carga Tributária no Brasil realizados em 2002 pelo Ministério da Fazenda, por meio da Secretaria da Receita Federal, mostram que do total das Receitas arrecadadas e feitas as transferências, o montante líquido, ou seja, a Receita Tributária Líquida, com que cada ente da Federação fica é assim distribuído: **União: 60,39 %; Estados: 24,75 % e Municípios:14,85 %.**

Pode-se ainda afirmar que há autonomia formal entre os entes federativos, já que todas as unidades constituintes da Federação têm suas próprias Constituições e podem efetuar emendas livremente dentro de certos limites Constitucionais. Na União tem-se a Constituição Federal, nos Estados as Constituições Estaduais e nos Municípios as Leis Orgânicas Municipais. O bicameralismo só está estruturado para o nível Federal, nos Estados e Municípios temos o sistema do unicameralismo. A esse fenômeno Lijphart chama de isomorfismo.

Comparando os limites políticos entre as unidades componentes da federação e os limites sociais entre grupos, como as minorias étnicas, podemos afirmar que no Brasil não há diferenças radicais de raça, cor ou língua, o que poderia nos levar a pensar

que nossa federação fosse do tipo congruente ou simétrica. Entretanto, Fátima Anastácia, em seu texto já citado, afirma que nosso federalismo é assimétrico ou incongruente, com base no argumento de que no Brasil as diferenças são de natureza sócio-econômicas, próprias de um país subdesenvolvido com seu caráter dualista. Ou seja, o Brasil é uma Federação incongruente, tem unidades com composição social e cultural que diferem umas das outras e do país como um todo. É um Federalismo assimétrico. (AVELAR, 2004, 196).

CONCLUSÃO

A relação entre o Federalismo e a Democracia não é direta. É possível encontrar no mundo moderno Democracias sólidas e estáveis em Estados Unitários, e da mesma forma, Federações não democráticas. O Federalismo garante democracia quando o arranjo institucional do Estado Federal tem a presença de instrumentos adequados para impedir o domínio da política pelas oligarquias locais; densidade democrática da representação; estabilidade política e responsabilidade política dos governantes perante os governados.

O Federalismo assimétrico brasileiro oferece grandes desafios à democracia. As desigualdades são agravadas pela competição predatória entre estados-membros. As condições sócio–econômicas perversas ameaçam o regime democrático, à medida que comprometem o desenvolvimento das instituições democráticas do país. Formas mais descentralizadas de organização do Estado podem produzir, no Brasil, instituições políticas mais democráticas.

Nesse contexto, dar autonomia aos entes da federação, entre eles às municipalidades, é reconhecer a importância da participação dos sujeitos de direitos na organização do governo, a partir das suas reais necessidades e, portanto, mais adequada ao pluralismo e à diversidade da vida em sociedade.

Depois de mais de 20 anos de ditadura militar, a descentralização era imperativa para o Brasil. As forças políticas contrárias à ditadura viam na descentralização o meio de desmontar a estrutura tecno-burocrática centralizadora que se apoderou da máquina do Estado, exercendo poderes ilimitados, delegados

diretamente do comando militar, sem que a sociedade pudesse exercer nenhum tipo de controle.

O Estado Brasileiro precisava ser reformado e essa reforma começava no município, a força transformadora da sociedade estava no poder local. Foi um movimento político da maior importância, capaz de introduzir a autonomia municipal na pauta dos debates da Constituinte e transformar essa demanda num novo traço do desenho da Federação Brasileira.

A consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil é condição necessária para que o país possa superar o seu subdesenvolvimento. A descentralização ajuda no aperfeiçoamento institucional. Quando associada à participação da comunidade no planejamento e no controle das políticas públicas, promove a distribuição mais equânime dos bens públicos. É elemento fundamental em países que, como o Brasil, convivem com o subdesenvolvimento e seus efeitos nefastos na qualidade de vida da maioria da população.

REFERÊNCIAS

AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema Político Brasileiro:** uma introdução.Rio de Janeiro: Fundação Editora da UNESP e Fundação Konrad Adenauer, 2004.

BENEVIDES, Maria Victoria; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio (Org.). **Reforma Política e Cidadania.** São Paulo: Fundação Perseu Abramo e Instituto Cidadania, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 5. ed. São Paulo: Editora UNB e Imprensa Oficial, 2004.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia.** Tradução Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista.** Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia**: Desempenho e Padrões de Governo em 36 países. Tradução: Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

DIREITOS HUMANOS E MULTICULTURALISMO CANADENSE: POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL CANADENSE

Volney Campos dos Santos*

RESUMO

O artigo faz uma análise dos elementos fundamentais que caracterizam o multiculturalismo canadense, baseado nos recursos históricos, políticos e sociais que o desencadearam, numa retrospectiva objetiva que busca identificar a composição cultural da sociedade canadense desde o período colonial até o atual período de imigração. Na seqüência, analisa o art. 27 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades que dispõe sobre o patrimônio cultural dos canadenses e examina, a partir das decisões da Suprema Corte, qual a orientação adotada pelo Judiciário do Canadá na solução de conflitos decorrentes da colisão de direitos que assumam uma dimensão cultural, como a igualdade de tratamento entre os cidadãos e a liberdade de religião.

PALAVRAS-CHAVE: MULTICULTURALISMO, DIREITOS HUMANOS, POLÍTICAS PÚBLICAS

ABSTRACT

This article analyzes the fundamental elements that characterize Canadian multiculturalism based on the historical, political and social resources that originated the Canadian society cultural composition in a retrospective which aims at identifying it from its colonial time until nowadays immigration processes. In the sequence, it is analyzed the article 27 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms which disposes about the cultural heritage of Canadians, and examines the orientation adopted by the Canadian Judiciary according to the decisions of the Supreme Court taken in the solution of conflicts derived of collision of rights that reflect a cultural dimension like equality of treatment among the citizens and freedom to practice their own religion, for instance.

* Volney Campos dos Santos é advogado. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, é professor do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí-Campus São José e do Complexo de Ensino Superior de Florianópolis, onde desenvolve atividades de ensino, pesquisa e extensão. Atualmente coordena o Núcleo de Direitos Coletivos da Univali - São José. Pesquisador do Canadian Studies Faculty Research Award Program de 2005-2006.

KEYWORDS: MULTICULTURALISM, HUMAN RIGHTS, PUBLIC POLITICS

INTRODUÇÃO

Em uma época em que a diversidade cultural, sobretudo religiosa, vem ocupando as manchetes dos noticiários em constantes demonstrações de intolerância e de reconhecimento equivocado de suas tradições, o Canadá contrasta o contexto mundial como um país com experiência de mais de trinta anos no tocante à adoção de uma política oficial comprometida em acomodar de forma igual todas as culturas que compõem sua sociedade.

Atualmente o Canadá é reconhecido nacional e internacionalmente como um país multicultural. A definição de uma política fundada sobre este ideal multicultural tem suscitado discussões, especialmente em países possuem também sua diversidade cultural, mas que buscam ainda definir sua própria política sobre o tema, e que vêem no Canadá sua referência.

Porém, a expressão *multiculturalismo* não goza, no universo da política, de sentido bem definido. Mesmo a referência a uma *política sobre o multiculturalismo* não permite determinar precisamente o objeto a ser conhecido, uma vez a sua identificação demanda ainda delimitações. Por isso é possível afirmar que para mexicanos, australianos e franceses, embora todos reconhecidamente países multiculturais, o significado do multiculturalismo – político e jurídico – assume diferentes acepções, todas definidas a partir das especificações inerentes a cada um deles.

Assim, é buscando essa definição que o presente trabalho pretende delimitar as características que atribuem ao multiculturalismo canadense um sentido singular, sobretudo a partir do ponto de vista da definição e efetivação de direitos culturais. Nesse desiderato, o presente trabalho tem como objetivo a identificação da composição cultural da sociedade, a análise dos recursos histórico-políticos que ensejaram a definição de uma política multicultural, bem como e um exame das decisões proferidas pela Suprema Corte do Canadá em relação a conflitos de direitos culturais.

A síntese proveniente do levantamento desses elementos propiciará ao leitor conhecer as matrizes ideológicas históricas e as jurídicas atuais que atribuem à expressão *multiculturalismo canadense* um sentido definido e próprio dessa nação.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 A Política do Multiculturalismo

Se questões relativas à diversidade etnocultural é algo comum às sociedades contemporâneas, o termo *multiculturalismo* vem correntemente sendo utilizado para designar a coexistência de diversas culturas em um mesmo país.[1]

Porém, a utilização do referido termo em terras canadenses já há algum tempo não quer significar somente isso. A utilização do termo *multiculturalismo* se tornou bastante popular no Canadá a partir dos anos sessenta por conta de uma série de discussões que o conduziram a se tornar, em 1971, o primeiro país do mundo a adotar uma política oficial de multiculturalismo, a qual previa programas e serviços visando apoiar associações etnoculturais e a auxiliar pessoas a superar os obstáculos que as impedissem de participar plenamente a sociedade canadense.

No intuito de consolidar os termos dessa política oficial, o Parlamento do Canadá aprovou em 1988 a *Lei sobre o Multiculturalismo*[2]. Com isso o país procurou definir as diretrizes que determinariam a identidade da sociedade canadense, buscando como recurso a verificação de sua própria composição como meio para consolidar o que seria chamado de *mosaico canadense*, em oposição à política do *melting pot*[3] de seu vizinho americano.

De acordo com o governo, esta lei constituiria uma etapa lógica dentro da evolução social do país, fazendo a ligação entre aquilo que os canadenses possuem e aquilo que eles são em relação à diversidade cultural, contribuindo assim para prepará-los para o futuro.

1.1.1 A Lei sobre o Multiculturalismo Canadense

A *Lei sobre o multiculturalismo*[4] veio definir os termos em que se estabeleceria a política federal em matéria de multiculturalismo, cuja aplicação estaria dirigida às

---

[1] TV5 MONDE. *Le dicitionnaire multifunctions*. Verberte: “multiculturalisme”. Disponível em < http://dictionnaire.tv5.org/dictionnaires.asp?Action=1>

[2] Canadian Multiculturalism Act (R.S., 1985, c. 24) ou Loi sur le multiculturalisme canadien (L.R., 1985, ch. 24). Disponível em < http://laws.justice.gc.ca/en/index.html>

[3] *Melting pot* é expressão corrente para designar a fusão cultural de diversas origens nos Estados Unidos da América. Refere à idéia de que a cultura norte-americada é uma mistura de várias culturas.

[4] Loi sur le multiculturalisme canadien (L.R., 1985, ch. 24).

instituições federais tais como ministérios, organismos investidos de competência administrativa, e estabelecimentos públicos.

A *Lei sobre o Multiculturalismo* volta-se à eliminação de todas as formas de discriminação, consolidando nesse sentido o reconhecimento da diversidade da população canadense em relação à raça, à origem étnica, à cor e à religião como um elemento constitutivo da característica fundamental da sociedade canadense. Ainda, no preâmbulo da referida lei, refere ao reconhecimento constitucional dos direitos aos povos autóctones, do inglês e do francês como línguas oficiais, do status de cidadão aos canadenses natos ou naturalizados, estatuindo que nenhuma pessoa, por pertencer a uma minoria étnica, religiosa ou lingüística, pode ser privada do direito de manter sua própria vida cultural, de professar e de praticar sua própria religião, ou de empregar sua própria língua.

A definição da política federal cinge-se, porém, à previsão de ações do governo em relação à garantia da referida diversidade. A *Lei sobre o Multiculturalismo*, portanto, como expressamente nela referido, não inova no ordenamento jurídico canadense em relação à definição de novos direitos ou liberdades individuais. Ao contrário, ela visa definir os termos e os critérios para a garantia de outros direitos através da implementação de políticas públicas. Trata-se da determinação legal do compromisso do governo federal na promoção de direitos como forma de realizá-los.

Direitos dos povos autóctones, direitos lingüísticos, direito de manutenção de confissão pública de uma religião, garantia de manutenção da língua e cultura dos povos decorrentes de processos de imigração, dentre outros, todos esses a que se refere a *Lei sobre o Multiculturalismo* representam bens jurídicos tuteláveis, espécies que são de um gênero de bens cujo valor é constitucionalmente protegido denominado *patrimônio multicultural canadense*.

A inserção na Constituição da expressão acima data de 1982, ocasião que entrou em vigor a *Carta Canadense de Direitos e Liberdades*[5], e que trouxe, no art. 27, a seguinte disposição:

---

[5] Charte canadienne des droits et libertés ou Canadian Charter of Rights and Freedoms (doravante Carta Canadense de Direitos e Liberdades ou simplemente Carta). A Carta é parte integrante de um texto constitucional mais complete denominado Loi Constitutionnele de 1982 ou The Constitution Act, 1982 (doravante Lei Constitucional de 1982), mais especificamente a Parte I do documento. A Lei Constitucional de 1982 constitui apenas um dos vários documentos escritos e não escritos que compõem a

> 27. Toda interpretação da presente carta deverá concordar com o objetivo de promover a manutenção e a valorização do patrimônio multicultural dos Canadenses. [tradução][6]

Embora a Constituição canadense não possua nenhuma referência ao termo *multiculturalismo*, a expressão *patrimônio multicultural* contida no art. 27 representa a expressa vontade do constituinte canadense em atribuir status constitucional às movimentações políticas ocorridas a partir dos anos sessenta e marcaram a gênese da política do multiculturalismo em relação à diversidade cultural do país.[7]

Porém, da mesma forma como ocorreria cinco anos mais tarde com a *Lei sobre o Multiculturalismo*, a Constituição não fez qualquer referência ao art. 27 como uma norma definidora de direitos. Ao contrário, a *manutenção do patrimônio multicultural* surge, numa primeira análise, como uma regra de interpretação da *Carta*, atribuindo a seus intérpretes o compromisso de identificar o sentido do termo *patrimônio multicultural* e, também, de determinar o conteúdo e a extensão da norma jurídica constitucional.

Essa circunstância acaba por trazer uma série de conseqüências práticas em relação a definição de que direitos se pretende proteger e quais deles poderiam ser considerados como objeto da política do multiculturalismo e da tutela constitucional. Afinal, muitos direitos ditos "culturais" mereceram expressa proteção constitucional, tais como o direito à instrução em línguas de minoria (art. 23), a garantias os direitos dos povos autóctones (art. 35), bem como outros decorrentes da *Carta*. Afinal, aplicar-se-ia a esses direitos a disposição do art. 27? Já não estariam garantidos? Enfim, a que se refere o art. 27 da *Carta* canadense de direitos e liberdades?

Segundo Magnet a inserção do referido artigo na *Lei Constitucional de 1982* se justifica em razão de seu dispositivo expressar um conteúdo político fortemente articulado pelas comunidades étnico-culturais num momento de construção da Constituição. O conteúdo de que se reveste o princípio do multiculturalismo não pode

---

Constituição do Canadá. Cf. BRUN, Henri; TREMBLAY, Guy. *Droit constitutionnel*. 4ed. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc. 2001, p. 11-55. Ainda: HOGG, Peter W. *Constitutional law of Canada***.** Student Edition. Scarborough: Thompson Carswell, 2004, p. 1-28.

[6] 27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

[7] MAGNET, Joseph Eliot. Multiculturalisme et droits coletifs: vers une interpretation de l'article 27. In: *Charte Canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989, p. 822.

ser bem definido senão a partir de uma leitura clara dos recursos documentais que deram origem ao art. 27.[8]

Isso se deve ao fato de a interpretação constitucional no Canadá possuir laços muito estreitos, particularmente, com as políticas, leis e enunciados preparatórios para melhor delimitar os contornos, os fins e os objetivos que inspiraram a adoção de diversos textos constitucionais.[9]

Deste modo, cumpre identificar nesse momento qual a origem política do art. 27 e da política do multiculturalismo. Já foi referido anteriormente que a expressão multiculturalismo se tornou popular no Canadá nos idos dos anos sessenta, o que não significa dizer que os debates acerca de questões culturais não possam ser anteriores. Como será analisado em seguida, mesmo ao surgimento da política do multiculturalismo na década de setenta, subjazem elementos políticos fundamentais para a compreensão do multiculturalismo canadense e que remontam à época da colonização e passando por diversas ondas de imigração.

1.2 Recursos Históricos do Multiculturalismo Canadense

1.2.1 A diversidade étnico-cultural

O Canadá é um país de imigração. Desde o período colonial até os dias atuais, políticas de imigração foram desencadeadas proporcionando ao país uma rica diversidade cultural e étnica, deixando evidente um constante processo de recepção de novos indivíduos como cidadãos canadenses. Além dos povos autóctones e dos dois povos ditos “fundadores” (britânicos e franceses), diversos grupos étnicos formam atualmente a população canadense dos quais, entre outros, um grande número de alemães, italianos, holandeses, ucranianos, chineses, negros e indos-paquistaneses. E a

[8] MAGNET, Joseph Eliot. Multiculturalisme et droits coletifs, p. 822.
[9] Nesse sentido: BRUN, Henri; TREMBLAY, Guy. *Droit constitutionnel*, p. 822-823: "A Corte Suprema tem reiterado que a definição dos direitos deverá advir da identificação de seu objeto. Estes sim deverão ter seus fundamentos definidos a partir dos interesses a proteger, da natureza e dos objetivos mais amplos da carta, dos termos escolhidos e da origem histórica dos conceitos e, enfim, do sentido e do objeto de outros direitos ". [...]" É necessário questionar sobre a razão de ser dos direitos. A pesquisa da origem histórica ajudará ainda a colocar os direitos dentro do contexto da tradição jurídica canadense e britânica e da história social e política dos quais eles são frutos". Essa metodologia de interpretação pode ser identificada em diversas jurisprudências da Corte Suprema, como por exemplo *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145. *R. c. Videoflicks* [1984] 5 O.A.C. 1.

julgar pelos níveis de imigração atuais[10], a diversidade do Canadá tende a continuar se expandir ao longo dos próximos anos. Segundo dados estatísticos oficiais[11] as minorias visíveis representam atualmente mais de 10% da população daquele país.

A constituição étnica e imigrante da população é um indicativo sociológico extremamente forte de diversidade cultural do Canadá. À época da Confederação[12] a população canadense era à época toda composta de britânicos e franceses (60% e 30%, respectivamente). Em 1981 os grupos de origem britânica e francesa não representavam mais que 40% e 27%, respectivamente. Já em 1991 41,7% da população canadense declaravam origem não-britânica ou não-francesa. Os grupos de origem exclusivamente britânica passaram a representar então 28,6% da população, e a que se declarava de origem exclusivamente francesa representavam 22,9%.[13]

As estatísticas acima contribuem sobremaneira para ilustrar, desde um ponto de vista fático, a que diversidade se refere e da qual se pretende dar conta, político-institucionalmente, quando o assunto é o pluralismo étnico e cultural que caracteriza uma determinada sociedade. Indubitavelmente, ainda que processos migratórios seja um fator global em todo o mundo, a composição atual da sociedade canadense e seu contexto histórico-político definem de maneira bastante matizada o ambiente sócio-político que irá atuar como fundamento de validade de toda e qualquer ação relativa àquele país, sejam essas ações de ordem social, política, econômica e mesmo jurídica.

---

[10] Entre 1 de julho de 2004 a 30 de junho de 2005 o Canadá recebeu 244.579 novos imigrantes. No mesmo período foram registrados 337.856 nascimentos e 234.645 mortes entre a população canadense. Cf. CANADÁ. *Recensement du Canada de 2001*. Disponível em <http://www40.statcan.ca/l02/cst01/demo33a_f.htm?sdi=immigration>.

[11] Segundo dados oficiais, em 2001, a população total de minorias visíveis era de 3.983.845, mais de 10% da população total do Canadá que era de 29.639.035. Os chineses ocupam o primeiro lugar com uma população de 1.029.395, seguidos de Sul Asiáticos (917.075), negros (662,210), Filipinos (308.575), Árabes/Asiáticos ocidentais (303.965), Latino Americanos (216.975), Sudeste Asiáticos (198.880), Coreanos (100.660) e Japoneses (73.315). Outras minorias diversas (172.795). Cf. CANADA. *Recensement du Canada de 2001*. Disponível em http://www40.statcan.ca/l02/cst01/demo52b_f.htm.

[12] Por *Confederação* entende-se, no contexto canadense, o processo político que uniu as colônias que compunham o Canadá nos idos dos anos 1860.

[13] O pluralismo canadense encontra um outro elemento essencial na diversidade lingüística. Dados de 1991 indicavam o inglês como língua falada por 60,6% da população. O francês representava 23,8%. Outras línguas representavam 13%. Em 2001 a posição das línguas permanecia, todavia o inglês era falado por 58,54% da população. A língua francesa por 22,6% e as outras línguas não oficiai representavam 17,55%. Cf. CANADA. *Recensement du Canada de 2001*. Disponível em <http://www40.statcan.ca/l02/cst01/demo11a_f.htm>. Os dados utilizados referem-se às estatísticas relativas às respostas únicas, ou seja, não considera aquelas em que o recenseado declarou mais que uma língua maternal. O cálculo percentual foi obtido através de cálculo aritmético, para tanto se utilizando três valores conhecidos (fornecidos pelo recenseamento) para a obtenção der um quarto valor (o valor percentual).

1.2.2 A política do bilingüismo como antecedente do multiculturalismo

Desde o período da Conquista, passando pela colonização e seguindo até meados do século passado, todos os esforços conduzidos à construção de uma nação canadense tendiam, do ponto de vista cultural, à reprodução naquele país uma sociedade de tipo britânica, cujos reflexos podiam ser identificados nas instituições públicas, econômicas e sociais do país[14]. Durante esse período, a despeito da diversidade étnica e cultural existente, todo cidadão canadense era considerado um indivíduo britânico, pois se considerava que as diferenças étnicas e raciais existentes estavam em linha de colisão com os interesses nacionais em relação à unidade do país, o que fortalecia a idéia de se consolidar uma política de assimilação da cultura britânica[15]. Somente a chegada massiva de imigrantes após a Segunda Guerra permitiu às autoridades repensar o assunto, incitando de maneira muito contundente as autoridades da época a repensar o papel e o status dos "outros grupos étnicos" na dinâmica de mutação da sociedade canadense. [16]

Nos anos sessenta a política oficial do governo federal começa a mudar de rumo por conta das alterações a que estava submetida a sociedade canadense. A luta firme pela afirmação da cidadania dos povos autóctones e um vivo ressentimento das minorias étnicas em relação ao espaço por elas ocupados na sociedade desempenharam um papel essencial na orientação das diretrizes políticas relativas ao patrimônio cultural canadense. Todavia, sem excluir outros fatores existentes, o papel desempenhado pelos autóctones e pelos imigrantes na determinação da política cultural canadense teve seu peso potencializado em razão do embate político que se estabeleceu entre francófonos e anglófonos a partir dos anos 60, quando despertou nos canadenses de origem francesa a necessidade de pleitear medidas de reconhecimento oficiais de sua língua e cultura, o que no contexto canadense recebeu o nome de *bilingüismo*. [17]

---

[14] Uma situação que ilustra bem a predominância da língua inglesa nas instituições pública refere ao serviço de comunicação postal. Até a edição da LC 101 em 1977, que definiu regras para a utilização das duas línguas oficiais, todo serviço era prestado somente na língua inglesa. Assim, os telegramas enviados aos canadenses de cultura francesa chegavam em inglês, exclusivamente, mesmo no Québec. Cf. LA LOI 101 EST ADOPTÉE. *Les 30 journées que on fait le Quebéc*. Vol. XIV. Audiovisuel. 47 minutes. Productions Eureca: Montréal. Série Ciné fête.

[15] LEMAN, Marc. *Le multiculturalisme canadien***,** p. 4.

[16] KNOWLES, Valerie. Les artisans de notre patrimoine: la citoyenneté et l'immigration au Canada de 1900 à 1977. *Citoyenneté et immigration du Canada*. disponível em < http://www.cic.gc.ca/FRANCAIS/ministere/patrimoine/index.>

[17] LEMAN, Marc. *Le multiculturalisme canadien***,** p. 5.

1.2.3 A Comissão Laurendeau-Dunton sobre o bilingüismo e biculturalismo

Em resposta às reivindicações do Québec em relação ao status da cultura francesa no Canadá, foi criado em 1963 a Comissão Laurendeau-Dunton sobre o bilingüismo e o multiculturalismo, com vistas a dar um sentido real ao principio de igualdade entre os dois povos fundadores.

Mas não mais apenas de dois povos se constituía o país. Nesse sentido uma ampla mobilização dos imigrantes [18] que buscavam o reconhecimento de que havia no Canadá a presença de um grande numero de pessoas de língua e de cultura distintas, em razão de seu nascimento ou de suas origens, o que constituía para o país uma riqueza de um valor incomensurável e que os Canadenses não poderiam deixar perder. [19]

A Comissão se manifestou favorável à manutenção de um poderoso sentimento de pertencimento ligado à cultura de origem, e a qualquer outro elemento que influencie profundamente os povos e as nações. E recomendou a preservação do patrimônio cultural através do reforço das medidas contra a discriminação, pelo encorajamento às outras culturas e línguas nos meios de comunicação e estabelecimentos de ensino e através da concessão de subvenções aos organismos que tenha por finalidade institucional encorajar e promover, no Canadá, os traços distintivos de uma identidade cultural.[20]

As recomendações que nela foram formuladas foram colocadas em prática pelo governo do Canadá, em 1971, através da famosa *Política do Multiculturalismo*. Deslocava-se a partir de então o eixo das ações do governo federal, que deixava de lado a idéia da *não-discriminação* direcionando-se à *promoção da autonomia cultural*, para a compreensão recíproca e modo de adaptação e de assimilação.

1.2.4 A definição do patrimônio canadense

Não só a *Política do Multiculturalismo* mas o artigo 27 da *Carta* também resultou de uma importante iniciativa de *lobby* por parte das comunidades etnoculturais

---

[18] WOEHRLING, José. Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Quebéc, dans Michel COUTU, Pierre Bosset, Caroline GENDREAU et Daniel Villeneuve (DIR.), *Droit Foundamentaux et citoyenneté: une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?* Éditions Thémis, Universitéde Montréal, Montréal, p. 269-302. ver também: GAGNON, Alain-G. O Dossiê constitucional Quebec-Canadá. In: GAGNON, Alain-G (Org.) *Québec: Estado e Sociedade***.** Porto Alegre: UFRGS, p. 153-178.

[19] CANADÁ. *Rapport de la Commission Royale sur le Bilinguisme et le Multiculturalisme, vol. IV*. Ottawa, 1969, p. 9-15, *apud* MAGNET, Joseph Eliot. Multiculturalisme et droits coletifs, p. 823 e ss.

[20] MAGNET, Joseph Eliot. Multiculturalisme et droits coletifs, p. 823.

do Canadá que pretendiam obter mais reconhecimento e respeito bem como uma parte maior dos poderes conferidos pelo sistema legal.[21]

A opção por uma política multicultural marca uma mudança de eixo do governo federal em relação ao reconhecimento das diversas culturas em relação às tradicionais *culturas fundadoras*. Todavia, essa mudança está longe de significar a superação dos debates acerca do biculturalismo. O reconhecimento do inglês e do francês como línguas oficiais, bem como as demais regras voltadas para a preservação e difusão das ambas as culturas, permanecem como políticas oficiais, de modo que a ampliação do aspecto da política cultural não representa de forma alguma uma diminuição do status do biculturalismo e do bilingüismo. Se no Canadá há duas línguas oficiais, por sua vez a uma infinidade de culturas.[22] Não é permitido, pois, diluir a idéia de biculturalismo dentro do multiculturalismo.

Se da simples leitura da Carta não é possível obter uma definição precisa acerca do *patrimônio multicultural* para fins de determinação do alcance normativo do art. 27, no texto da *Lei Constitucional de 1982* é possível encontrar expressas disposições garantindo direitos culturais tais como os s direitos dos povos autóctones, o direito à ampla liberdade de religião, de não discriminação racial, étnica, religiosa, sexual e de idade, o direito de ser instruído na língua maternal se inglesa ou francesa, por exemplo. Essa expressa garantia, tal como ocorre também com o *biculturalismo*, não exclui esses direitos da condição de *patrimônio cultural*. Ao contrário disso, conforme já mencionado anteriormente, todo movimento em favor da política do multiculturalismo tem na sua gênese a não negação do status de *patrimônio* de culturas como a franco-canadense ou a autóctone, mas sim o reconhecimento de outras culturas, ainda que minoritárias e não-visíveis, como merecedoras desse status, em vista da contribuição que vêm desempenhando no desenvolvimento da sociedade.

Seguindo essa linha, em estando os trabalhos de definição de uma política federal voltada para o objetivo de facilitar a preservação da cultura e da língua, o

---

[21] MAGNET, Joseph Eliot. Multiculturalisme et droits coletifs, p. 821.

[22] Esse entendimento, todavia, não é compartilhado por muitos, sobretudo franco-canadenses, que consideram a política do multiculturalismo um estratagema montado para enfraquecer as reivindicações por mais autonomia do Québec na federação canadense. A reivindicação do Québec, as articulações feitas pelo governo central para conte-las (sobretudo no governo do Primeiro Ministro Pierre Eliot Trudeau), refletem ainda hoje no cenário político nacional, cuja a expressão mais visível é representada pelo Movimento Independentista do Québec.

combate às diversas formas de discriminação e de favorecer a sensibilização e a compreensão da dimensão cultural da sociedade canadense, necessariamente deveria ela reconhecer o direito de todos de *se* identificarem e de identificar a própria cultura com o *patrimônio cultural*. Desta feita, não competiria ao legislador definir expressamente conteúdo desse *patrimônio*, sob pena de se utilizar de critérios definição que deixassem de lado culturas importantes no contexto social canadense.[23]

Este orientação revê uma importante crítica em relação ao art. 29, e já colocada anteriormente, em relação à necessidade de se dimensionar o sentido da expressão *multiculturalismo* num contexto amplo como a sociedade canadense. Tal como se encontra, ela permite a todos a interpretação da *Carta* e atribui aos tribunais o encargo de avaliar, no caso concreto, a realidade multicultural do Canadá. Caberia agora, então, aos tribunais, definir de que maneira exerceriam essa tarefa.

1.3 Multiculturalismo, Direitos Fundamentais e Constituição

1.3.1 O artigo 27 e a interpretação da Carta Canadense de Direitos e Liberdades

Qual o sentido normativo da regra contida no art. 27? *Toda interpretação da presente Carta deverá concordar com o objetivo de promover a manutenção e a valorização do patrimônio multicultural dos Canadenses*.

Em francês fala-se em *patrimoine multiculturel* e, em inglês, de *multicultural heritage*. Note-se que em qualquer momento se emprega a expressão *direito multicultural*, ou *droit multiculturel* ou ainda *multicultural rights*. O art. 27 traz que a promoção, a manutenção e a valorização do patrimônio cultural constituem um *objetivo* e que *toda a interpretação deverá concordar* com este objetivo. Que sentido se extrai de tal norma? Não seria a norma do art. 27 algo senão a prescrição de um desejo, ou mera retórica?

De início, ao que parece o art. 27 representa mais uma regra de interpretação do que contenha efetivamente um conteúdo substancial. O disposto neste artigo difere em muito da natureza das disposições contidas em outros artigos que expressamente referem aos direitos confessionais, aos direitos e liberdades dos povos autóctones e aos

[23] O objetivo de manutenção do patrimônio refere, ainda, à necessidade de se manter o equilíbrio entre o caráter distintivo de cada cultura e a igualdade entre elas. Assim as disposições legais pertinentes devem definir o direito de todos a se identificar com sua cultura maternal (ou outra a sua escolha) e, ainda assim, continuar a participar de forma plena e equilibrada em todos os aspectos da vida canadense. Cf. LEMAN, op. cit., p. 7-8.

direitos e garantias previstas na Carta sobre a garantia de igualmente às pessoas dos dois sexos.

Em relação aos referidos dispositivos da Carta fica evidente uma característica essencial do art. 27: a inexistência de qualquer referência a palavras como *direitos* ou *liberdades.* Mas ao contrário da posição firmada por alguns autores[24], a Suprema Corte do Canadá, constatando a natureza distinta do art. 27 em relação aos demais, tem aplicado essa associada a outros artigos da *Carta*. Tal prática já se tornou um princípio de interpretação e, em outras situações, a Corte já se utilizou do mesmo recurso para definir algumas decisões, como por exemplo, ao combinar o art. 3º e art. 15 para definir a *igualdade de voto*.[25]

Segundo Magnet, uma interpretação completa do sentido do art. 27 da *Carta* foi proporcionada pelo juiz Tarnopolsky por ocasião do acórdão *R.* c. *Videoficks*[26], em que se discutiu a condenação de estabelecimentos comerciais que funcionara aos domingos, violando a *Lei sobre os Feriados.* O juiz resgata as origens do artigo 27, associando ainda ao artigo da *Carta* sobre a liberdade de religião para concluir que "uma lei infringe a liberdade de religião a cada vez que ela torna mais difícil e mais onerosa para alguém a sua prática, e eu me apoio nisso para considerar que tal lei não contribui a preservar e, de forma alguma, a promover o componente religioso de uma cultura".[27]

Este acórdão confirmou a condenação de quatro estabelecimentos comerciais que tinham funcionado no domingo, contrariamente ás disposições da *Lei sobre os feriados*, mas, todavia, admitiu a possibilidade de infringência da lei para comerciantes judeus, para quem o sábado (e não do domingo) representa o dia de descanso semanal. Pela questão religiosa se admitiu uma exceção à regra geral, fundada no valor da cultura judaica.

---

[24] Peter Hogg considera que nenhum objetivo constitucional válido ou indicativo se depreende da expressão *patrimônio canadense*, e que o disposto no artigo 27 é mais uma espécie de cláusula de estilo (*clause style*) que uma disposição destinada a ser aplicada. Cf. HOGG, Peter W. *Constitucional Law of Canada and Canada Act Annotated*. Toronto: Carswell, 1981, p. 72.

[25] BEAUDOIN, Gérald-A. Le multiculturalisme et les droits confessionels et linguistique, p. 15-18.

[26] *R. c. Videoflicks*, [1984] 5 O.A.C 1. Interessante mencionar que nesta decisão a Juiz responsável expressamente invoca os trabalhos parlamentares preparatórios como fonte de interpretação do conteúdo do art. 27 da *Carta.*

[27] *R. c Videoflicks [1984] 5 O.A.C.* «[…] une loi enfreint la liberté de religion à chaque fois qu'elle rend plus difficile et plus onéreuse pour quiconque la pratique de sa religion et je m'appuie en cela sur le faitqu'une telle loi ne contribue pas à préserver et pas du tout à promouvoir la composante religieuse d'une culture». *Apud* Magnet, p. 832.

Em outros dois casos a Suprema Corte sustentou um argumento semelhante: nos julgados *R. c. Big M Drug Mart Ltd* e *Edward Books and Art Ltd. c. La Reine* a Corte revogou uma lei federal que, por razões abertamente religiosos, tinha adotado o domingo como dia de repouso semanal[28]. Afirmou nesse caso que "impor, como necessidade universal, o dia de repouso preferido por uma religião, não concorda quase nada com o objetivo de promover a manutenção e a valorização do patrimônio cultural dos Canadenses"[29].

Voltada para cumprir o objetivo constitucional de promover a manutenção e a valorização do patrimônio multicultural do Canadá, os tribunais canadenses consagraram em sua jurisprudência um mecanismo de interpretação e aplicação da Constituição a que se denominou de *obrigação de acordo razoável* (em francês: *obligation d'accommedement raisonnable;* em inglês: *duty to accommodate*), e que tem por objetivo obrigar que, em certos casos, pessoas naturais e jurídicas modifiquem normas, práticas e políticas consideradas legitimas e justificadas, que se aplicam sem distinção a todos, mas que devem considerar as necessidades particulares de certas minorias, principalmente étnicas e religiosas.

1.3.2 A obrigação de "acordo razoável" como instrumento de adaptação da sociedade

A obrigação de *acordo razoável* constitui um instrumento criado pela jurisprudência dos tribunais tendo por finalidade determinar, em certos casos, a obrigação do Estado, de empresas e de particulares em modificar a aplicação de determinadas regras que, em todos os demais casos, são legitimas e aplicam-se em igualdade de condições a todas as pessoas. A exigência da obrigação impõe ao obrigado fazer um esforço para tentar adaptar suas normas e políticas às crenças e práticas religiosas das pessoas a elas submetidas e com as quais estas entram em conflito, a menos que a adaptação necessária provoque um constrangimento excessivo.

---

[28] *Lei sobre o Domingo* (Loi sur le Dimanche, S.R.C. 1970, c .L-13, art. 4)

[29] Ainda, no mesmo acórdão: [tradução] *A Carta traz que toda lei que vise manter o repouso dominical devera ter um caráter laico e, dada a diversidade de formas que expressam a crença e a não-crença bem como as diferenças sócio-culturais dos Canadenses, o Parlamento federal não tem competência decorrente da Constituição para adotar uma lei que privilegie uma religião em detrimento de outra*. Cf. *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Em relação aos direitos da pessoa, a Corte Suprema do Canadá fez depreender a obrigação de *acordo razoável* do direito à igualdade e da proibição à discriminação, particularmente a discriminação indireta.

A Suprema Corte, a decisão *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Limited [1985] 2 R.C.S. 536, 23 D.L.R.,* aplicou pela primeira vez a *obrigação de acordo razoável*. Essa decisão ilustra a origem jurisprudencial da medida, estando sua criação vinculada ao conceito de igualdade, tanto que a medida passaria fazer parte desse conceito.

Neste acórdão, a Corte Suprema decidiu que a demandante – Sra. O'Malley – pessoa cuja religião impunha a observância do *sabbat* a partir do pôr-do-sol de sexta feira até o por do sol de sábado, havia sido vítima de discriminação indireta fundada em sua religião em razão de seu empregador insistir em fazê-la trabalhar na sexta feira a noite e também no sábado. Para a Corte Suprema, o empregador não desempenhou seu dever de adaptar a regra geral à situação específica, seja no sentido de que o empregador não empreendeu esforços a fim de adaptar os horários de trabalho da demandante, tampouco demonstrou que tal adaptação lhe proporcionaria um constrangimento excessivo. [30]

Como ilustra a citação do juiz McIntyre, trata-se de caso de discriminação indireta, ou seja, de discriminação decorrente de um efeito prejudicial, aqui representada pela regra que define o regime de trabalho do empregado. Trata-se de uma regra válida e oponível a todos, mas que em relação a Sra. O'Malley, passava assumir uma feição de desigualdade.

A definição de *discriminação* é um elemento importante para caracterização do *acordo*. Enquanto a *discriminação direta* é a que descansa abertamente sobre um motivo proibido de discriminação, a *discriminação indireta* decorre de uma regra *neutra*, ou seja que é aplicável da mesma maneira a todos, mas que produz, no entanto, um efeito discriminatório sobre só um grupo de pessoas impondo-lhes obrigações ou condições restritivas. Uma norma ou uma política diretamente discriminatória será invalidada ou anulada, a menos que se trate de uma exigência profissional justificada. O pressuposto da proibição da discriminação indireta consiste antes numa *obrigação de*

---

[30] *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears Limited [1985] 2 R.C.S. 536, 23 D.L.R., voto do* Juiz McIntyre.

acordo, isto é, um dever por parte do agente da discriminação em tomar todos os meios razoáveis para subtrair as vítimas da discriminação indireta aos efeitos de esta.[31]

Em outra decisão, *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*[32], a Corte Suprema reafirmou claramente que a obrigação de acordo razoável decorre do princípio de igualdade previsto no artigo 10 da Carta do Québec, segundo o qual há discriminação "quando uma distinção, exclusão ou preferência tem por efeito destruir ou comprometer este direito [o direito ao reconhecimento e o exercício, em grau igualdade, dos direitos e liberdades da pessoa]."

Neste julgado a Corte Suprema chegou à conclusão que o calendário escolar, previsto na convenção coletiva, fixando o horário de trabalho dos professores, tinha um efeito discriminatório indireto à em relação aos professores de religião judaica, na medida em que não fazia previsão de descanso remunerado relativo ao *Yom Kippour*, e que esses professores teriam direito a um dia de descanso remunerado para celebrar sua festa religiosa. Considerando-se que a convenção coletiva fazia previsão de dias de repouso remunerado para outras situações de outros professores e que, em tempos anteriores, a convenção já havia feito previsão para o dia do *Yom Kippour*, a Corte Suprema julgou que o empregador não havia conseguido fazer prova de que promoveu a adaptação dos interesses do professores judeus, permitindo-lhes ter um dia para comemoração da festa religiosa. Em não o fazendo, o empregador lhes impôs um constrangimento excessivo. Por conseqüência, não desempenhou sua obrigação de *acordo razoável*.[33]

No caso *Bindher c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*[34] a Suprema Corte dispensou o empregador da *obrigação de acordo* por compreender que a exigência feita pelo empregador representava uma exigência profissional normal e,

---

[31] WOEHRLING, José. L'obligation d'accomodemment raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse. *Revue de droit de McGill* n. 45, 1998, p. 329-330.
[32] Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin [1994] 2 R.C.S. 525, 115 D.L.R. (4a) 609.
[33] Voto do juiz Coin: [tradução]"para que haja igualdade e equidade no ambiente de trabalho, independentemente das crenças religiosas dos empregados, é evidente que o empregador tem o dever tomar medidas razoáveis para se entender com os empregados lesados pelas regras em matéria de emprego. Aquilo é essencial à realização do objeto das leis em matéria de direitos da pessoa [...]. Cf. Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin [1994] 2 R.C.S. 525, 115 D.L.R. (4a) 609., *apud* WOEHRLING, José. L'obligation d'accomodemment raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse, p. 331.
[34] Bindher c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada [1985] 2 R.C.S. 561, 23 D.L.R. (4a) 481.

portanto não-discriminatória. Este julgado é relativo à obrigatoriedade do uso do capacete de segurança por trabalhadores: K.S. Bhinder era empregado da Canadien National e deveria se utilizar, como todos os demais trabalhadores da empresa, de um capacete de segurança em um lugar determinado (setor) de trabalho. Segundo a sua religião (Sikh), Bhinder não poderia utilizar sobre a cabeça nada além de um turbante. O empregador fez então uma proposta para realizar um outro trabalho que não exigisse o uso do capacete (trabalho burocrático em escritório), o que não foi aceito por Bhinder.

Por conta disso o empregado foi demitido após a recusa. A questão era saber se a regra da utilização do capacete era uma *exigência profissional normal*. Por uma maioria composta a Corte Suprema chegou à conclusão de que uma condição de trabalho não se presume discriminatória, e que neste a segurança individual e coletiva dos trabalhadores tornava a exigência aplicável legítima, ou seja, uma exigência profissional normal, a legitimar a discriminação dela resultante.[35]

O *acordo razoável* pode tanto ser imposto por um tribunal (situações supra) como pode também ser voluntariamente consentido. Assim, a *Gendarmerie Royal*[36] do Canadá decidiu permitir aos Sikhs servir nas suas tropas, dispensando-os da obrigação de utilizar o chapéu de feltro tradicional e também a portar seu turbante e outros símbolos religiosos, como a barba e o *kirpan*.

Da análise das decisões mencionadas, observa-se que os conceitos de discriminação indireta e de *acordo razoável* constituem instrumentos extremamente úteis para a proteção das minorias culturais e religiosas, em conformidade com o preceito de preservação do patrimônio cultural canadense previsto no art. 27 da Carta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se o Canadá representa atualmente uma expressão forte do Estado comprometido com o reconhecimento da diversidade cultural como um necessário mecanismo de garantia e preservação dos direitos de seus cidadãos, esse comprometimento do Estado e da sociedade, seja no âmbito da política seja no aspecto

---

[35] BEAUDOIN, Gérald A. *La Constituition du Canada*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée. 1990, p. 660.
[36] Equivalente a uma "guarda real". Parte das Forças Armadas do Canadá que representa uma instituição altamente simbólica e tradicional da cultura britânica.

jurídico, encontra seu fundamento senão nas dificuldades e conquistas históricas de seu povo.

Decorre, sobretudo, da sua rica diversidade etnocultural e também de um forte contexto político subjacente à adoção da *política do multiculturalismo* durante a década de setenta, quando as minorias éticas decorrentes de processo de imigração reivindicaram um maior reconhecimento do papel por eles desenvolvido na sociedade canadense ao longo dos tempos. Assim, para além das culturas *fundadoras,* o governo federal dirigiu esforços na consolidação de uma política de valorização e incentivo das culturas de origem, reconhecendo-as como parte do *patrimônio cultural canadense*, bem juridicamente tutelável que recebeu status constitucional através da inclusão do art. 27 da *Carta Canadense de Direitos e Liberdades.*

A manutenção e a valorização do patrimônio cultural são, assim, diretrizes constitucionais, sendo dever do Estado e da sociedade ordenar políticas públicas com vistas a promover e garantir esse patrimônio, e encargo dos tribunais avaliarem, no caso concreto a realidade multicultural do Canadá e garantir a efetividade dos direitos de cada cidadão e de toda sociedade.

Nesse sentido, a Suprema Corte passou a fazer uso de um procedimento de efetivação de direitos de culturais – a *obrigação de acordo razoável* – cuja construção, eminentemente jurisprudencial, estava calcada no direito à igualdade e à liberdade garantida pela *Carta*. A utilização do *acordo razoável* mostra-se sobretudo útil a indivíduos que, pertencendo a uma minoria cultural, ética ou religiosa, dentre outras, não possui recursos para garantir sua autonomia e garantir sua especificidade cultural.

Invocar o direito à igualdade e o direito de liberdade de religião nessa direção significa um aceno da Suprema Corte para a uma compreensão do direito à igualdade como direito à diferença, um direito a um tratamento específico, sob pena de discriminação.

Verificou-se que a *obrigação de acordo razoável* levada a efeito pela Suprema Corte e a *Política do Multiculturalismo* empreendida pelo governo federal representam dois lados de uma mesma moeda, uma vez que se voltam a favorecer a preservação e a transmissão da cultura e da religião das culturas de origem das minorias.

Assim, a Suprema Corte tem orientado suas decisões no sentido garantir as práticas de preservação da cultura de origem, de preservá-las, nos termos da diretriz constitucional do art. 27 da *Carta Canadense de Direitos fundamentais*.

REFERÊNCIAS

BEAUDOIN, Gérald-A. Le multiculturalisme et les droits confessionels et linguistique : une vue succinte. In: CANADIAN HUMAN RIGHTS FOUNDATION. **Multiculturalism and the Charter: a legal perspective.** Carswell, 1987.

_____. **La Constituition du Canada**. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée., 1990.

BRUN, Henri; TREMBLAY, Guy. **Droit constitutionnel**. 4ed. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais Inc. 2001

ESSES, Victoria M.; GARDNER, R.C. **Le multiculturalisme au Canada: contexte et état actuel**. Revue canadienne des sciences du comportement. Volume 28, Julho 1996.

LA LOI 101 EST ADOPTÉE. **Les 30 journées que on fait le Quebéc**. Vol. XIV. Audiovisuel. 47 minutes. Productions Eureca: Montréal. Série Ciné fête.

L'ENCYCLOPÉDIE CANADIENNE. Desenvolvido pela Fondation Historica du Canada. Disponível em http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=HomePage&Params=F1

CANADA. Ministére du Patrimoine canadien. **Rapport annuel sur l'application de la Loi sur le multiculturalisme canadien 2003-2005**. Ottawa: Ministére du Patrimoine canadien, 2005.

CANADA. Patrimoine Canadien. **Histoire du biliguisme au Canada.** Disponível em, http://www.pch.gc.ca/progs/lo-ol/biling/hist_f.cfm>.

CANADÁ. **Recensement du Canada de 2001**. Disponível em http://www40.statcan.ca/l02/cst01/demo52b_f.htm

CANADIAN HUMAN RIGHTS FOUNDATION. **Multiculturalism and the charter:** a legal perspective. Toronto: Carswell, 1987.

CARDIN, Jean-François; BÉDARD, Raymond; DEMERS, Esther; FORTIN, René. **Le Québec: héritages et projets**. Montréal: Les Éditins HRW Ltée, 1984.

GAGNON, Alain-G. **Québec: Estado e Sociedade.** Porto Alegre: UFRGS.

GAGNON, Alain-G. O Dossiê constitucional Quebec-Canadá. In: GAGNON, Alain-G (Org.) **Québec: Estado e Sociedade.** Porto Alegre: UFRGS, p. 153-178.

HOGG, Peter W. **Constitutional law of Canada.** Student Edition. Scarborough: Thompson Carswell, 2004.

KNOWLES, Valerie. Les artisans de notre patrimoine: la citoyenneté et l'immigration au Canada de 1900 à 1977. **Citoyenneté et immigration du Canada**. disponível em < http://www.cic.gc.ca/FRANCAIS/ministere/patrimoine/index.>.

LEMAN, Marc. **Le multiculturalisme canadien**. Parliamentary Research Branch Publication 93-6F. Ottawa: Bibliothèque du Parlement, 1999. Disponível em www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/936-e.htm.

MAGNET, Joseph Eliot. Multiculturalisme et droits coletifs: vers une interpretation de l'article 27. In: **Charte Canadienne des droits et libertés**. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989

PARKIN, Andrew; TURCOT, André. Le bilinguisme: appartient-il au passé ou à le venir? **Les cahiers du CRIEC n. 13.** Centre de recherche et d'information sul le Canada, mars 2004.

PENDAKUR, Ravi; HENNEBY Jenna. **Le canada multiculturel:** aperçu démographique. Ministère du patrimoine canadien, 1988.

WOEHRLING, José. L'obligation d'accomodemment raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse. **Revue de droit de McGill** n. 45, 1998, p. 325-401.

_____. Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Quebéc. In: COUTU, Michel; BOSSET, Pierre; GENDREAU Caroline et Villeneuve, Daniel (DIR.), **Droit Foundamentaux et citoyenneté: une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?** Éditions Thémis, Universitéde Montréal: Montréal, p. 269-302.

INFORMAÇÃO PROCESSUAL NA INTERNET E PUBLICIDADE: NOVOS AMBIENTES PARA VELHOS PRINCÍPIOS

Aires José Rover*

Alexandre Golin Krammes **

RESUMO

A disponibilidade de informações relativas à processos judiciais é cada vez maior, devido, principalmente, ao uso da internet. Porém ao mesmo tempo em que é garantido um acesso mais amplo à Justiça, surgem questões importantes a serem repensadas quando se trata do direito à privacidade. O presente artigo tem como objetivo analisar as disposições legais acerca da publicidade de informação judicial, verificando a atual amplitude das informações relativas a processos judiciais disponíveis na internet. Por fim sugere-se uma reflexão sobre a compatibilidade dos novos recursos de publicação de atos processuais com o princípio da publicidade e o direito individual à privacidade.

PALAVRAS-CHAVES: INFORMAÇÕES PROCESSUAIS, GOVERNO ELETRÖNICO, PRIVACIDADE

ABSTRACT

The availability of informations about judicial proceedings is increasing with the use of the internet. However at the same time that a wide access to justice is guaranteded, a lot of important questions come out relating privacity rights. The aim of this article is to analyze the laws that treat about judicial public information, focusing the actual informations that can be find on the internet. We suggest a reflection about the harmony between new resourses of judicial proceedings publication with the principle of publicity and the individual right to privacity.

KEYWORDS: PROCEDURAL INFORMATION, PRIVACITY, E-GOV

* Prof. da UFSC, Infojur.ufsc.br/aires

** Mestrando do Curso de Engenharia do Conhecimento / UFSC, algok@bol.com.br

INTRODUÇÃO

Atualmente os métodos informatizados para o gerenciamento de processos judiciais aumentaram muito a qualidade e a disponibilidade das informações relativas ao andamento processual. Em alguns casos é possível acessar páginas contendo um verdadeiro espelho do que acontece nos autos em papel. Com o avanço da informatização nos tribunais os processos tendem a ser cada vez mais públicos, devido à facilidade com que as pessoas poderão acessar informações a partir de simples argumentos de busca ela internet.

O presente artigo tem como objetivo analisar as disposições legais acerca da publicidade de informação judicial. Após verificar a atual amplitude das informações relativas a processos judiciais disponíveis na internet. Partindo dessa análise pretende-se verificar a compatibilidade dos novos recursos de publicação de atos processuais com o princípio da publicidade, explícito na Constituição Federal e mencionado no Código de Processo Civil.

Por fim, o estudo proposto visa tecer comentários sobre as diversas opções de consulta encontradas nas páginas dos Tribunais de Justiça do Brasil. Com isso pretende-se, não apenas chamar a atenção para situações potencialmente danosas aos participantes de um processo, mas também refletir sobre as possibilidades de uso da internet como ambiente público de informação.

1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

O amplo conhecimento dos atos praticados pelo poder público é um tema tratado em vários dispositivos, não só da legislação brasileira. Assim dispõe o artigo 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

> Art. 10º: Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência, por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

A Constituição Federal, lei máxima do nosso país, menciona o princípio da publicidade em vários artigos.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LX: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Esse princípio, que visa dar ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ainda é mencionado mais adiante em outro dispositivo da Carta Magna promulgada em 1988:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A idéia é que não pode haver, em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo, conforme dispõe o art. 1º da Constituição Federal de 1988, parágrafo único, ocultamento aos administrados dos assuntos que todos interessam, aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida, e muito menos em relação a qualquer cidadão. Assim, a publicidade assegura que a gestão da coisa pública seja realizada de maneira cristalina, de maneira a propiciar o conhecimento dos atos dos administradores, possibilitando a participação e controle por parte dos cidadãos (MELLO, 2000, p. 104).

Ensina Hely Lopes MEIRELES (2000, p. 89) que:

> A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processo em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.

MEIRELES completa a conceituação indicando que a publicidade não é elemento formativo do ato, mas é requisito de eficácia e moralidade. Juarez FREITAS (1999, p. 70) traz a tona outros elementos, indicando que o agente público precisa prestar contas de seus atos, de forma a preservar sua própria reputação. Somente é possível admitir o segredo dos atos por excepcional e estrita exigência superior do interesse público ou por ditames da dignidade humana.

Mais adiante a Constituição continua tratando do tema da publicidade, mas especificamente em relação aos atos do Poder Judiciário. Assim dispõe o artigo 93, inciso IX da CF:

> IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do

> interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O Código de Processo Civil também aborda a questão em seu artigo 155:

> Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:
> I - em que o exigir o interesse público;
> II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores.
> Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Mais adiante também dispõe o CPC tratando especificamente da realização de audiências:

> Art. 444. A audiência será pública; nos casos de que trata o art. 155, realizar-se-á a portas fechadas.

A publicação de dados judiciais na internet também já foi tema abordado em congresso internacional realizado na Costa Rica em 2003. O evento foi elaborado com a participação de organizações da sociedade civil, estudiosos e representantes dos Poderes Judiciários de vários países da América Latina e Canadá. O documento final do congresso, intitulado “Carta de Heredia”, propõe princípios básicos a difusão deste tipo de informação na internet.

Assim são colocados os dois primeiros dispositivos do documento:

> 1. A finalidade da difusão em internet das sentenças, e despachos judiciais será:
> a) O conhecimento da informação jurisprudencial e a garantia da igualdade diante da lei;
> b) Para procurar alcançar a transparência da administração da justiça.
>
> 2. A finalidade da difusão em Internet da informação processual será garantir o imediato acesso das partes, ou dos que tenham interesse legítimo na causa, a seus andamentos, citações ou notificações.

A partir desses pequenos trechos é possível notar duas diretrizes básicas cada vez mais exigidas dos estados modernos: a transparência da administração pública e o princípio da publicidade dos atos judiciais. Arildo Oliveira comenta em monografia premiada pelo Tribunal de Contas da União que com a popularização da internet surge o meio mais promissor de criar uma tradição de acompanhamento e controle das ações do poder público pela sociedade.

2 O PROCESSO JUDICIAL NA INTERNET

Atualmente alguns sistemas utilizados no Poder Judiciário possuem rotinas de automação que proporcionam um gerenciamento completo dos atos realizados diariamente. Desde o protocolo da petição inicial até o arquivamento definitivo vai sendo formado um histórico de cada processo, que indica seu caminho e os atos nele praticados. A quantidade e a qualidade das informações geradas pelo uso de sistemas informatizados nas atividades desenvolvidas em cartórios judiciais, gabinetes de magistrados e outros setores de fóruns e tribunais é muito variada.

O tipo de informação mais encontrado nas páginas dos tribunais brasileiros é o chamado andamento ou movimentação processual. Essas denominações lembram de um tempo onde os registros processuais eram feitos em pequenas fichas de cartolina.

Consistem basicamente de denominações de uso geral pelos operadores do direito, e descrevem de forma resumida e genérica o ato que foi praticado nos autos.

Em alguns casos as funcionalidades não são utilizadas adequadamente. Sem muita pesquisa é possível achar movimentações onde dados relativos à organização interna de trabalho dos servidores do Judiciário são publicadas, ao invés de dados relevantes para as partes e advogados do processo. Porém, o propósito neste momento é não levar em consideração a má utilização dessas ferramentas, seja por falta de treinamento adequado ou limitações do próprio ambiente. O certo é que em muitos casos a tecnologia tem ampliado significativamente o acesso as informações processuais.

Os critérios de pesquisa processual das movimentações nos sites dos tribunais brasileiros não seguem um padrão. São grandes as variações de uma instituição para outra. Porém, normalmente os parâmetros de pesquisa mais básicos utilizados são os números do processo e o nome das partes e advogados. Já existem páginas com recursos de pesquisa que possibilita a localização de processos que envolvam pessoas com os nomes foneticamente semelhantes, mas com grafias distintas.

Após a digitação dos argumentos de pesquisa e a ativação da busca, é exibida uma nova página contendo as ocorrências encontradas. Pode ser exibido um conjunto de processos que atendam aos argumentos pesquisados, caso muito comum quando o argumento utilizado é o nome de alguma parte ou advogado. Ao clicar sobre algum dos registros apresentados é permitida a visualização de seus dados individuais.

Ao contrário dos argumentos de pesquisa, que variam muito pouco de um órgão para outro, grandes diferenças são notadas na forma de apresentação do conteúdo. Grande parte dos sistemas apresenta inicialmente os dados principais de um processo como número, vara competente, classe, situação, data da distribuição, nomes de partes e advogados. Após são apresentadas as movimentações processuais propriamente ditas.

Para cada processo são listadas movimentações das mais variadas naturezas em ordem cronológica. Em alguns tribunais é possível encontrar detalhes sobre a retirada

do processo por algum dos participantes do processo; a marcação de audiências; o apensamento de autos dependentes como petições intermediárias e incidentes processuais, entre outros.

Estritamente ligado com as movimentações, está uma espécie de ato realizado nos processos judiciais que merece destaque: a elaboração de novos documentos. Em algumas instituições atualmente já é possível encontrar a vinculação do andamento processual com documentos que fazem parte do processo. Dessa forma, além da indicação de existência de um ato, encontram-se, em vínculos dependentes, os próprios mandados, despachos, sentenças e outros documentos que compõem o processo.

Em relação à publicação de documentos foram notadas algumas maneiras distintas de apresentação das informações de um processo na internet. Na maneira mais comum são apenas listadas as movimentações que indicam a produção e juntada de um documento novo. Porém isso acontece em grande parte das vezes de forma bastante resumida e simplificada, indicando apenas o tipo de documento produzido. Mas também podem ser encontrados registros que indicam o trecho principal do ato determinado pelo julgador. Vale ressaltar que apenas isto já é um grande salto, pois dependendo da clareza de redação facilita o entendimento da situação por qualquer pessoa medianamente instruída.

Existem sistemas que disponibilizam dois tipos de interação e consulta ao meio digital de um processo. Na consulta pública, acessada livremente por qualquer pessoa na internet, é permitida a visualização do andamento geral do processo e dos principais documentos produzidos pelo juiz, como despachos e sentenças. Já o ambiente interno da página, reservado aos advogados cadastrados, possibilita que todos os documentos sejam consultados. Em outro caso pesquisado não existe uma diferenciação entre ambientes de acesso à informação. A partir de qualquer computador conectado a rede é oferecido o acesso integral aos autos através da consulta pelo site do tribunal.

O fato é que cresce cada vez mais a importância das informações veiculadas nas páginas dos tribunais de Justiça, tanto pela facilidade de acesso quanto pela

transparência oferecida pelo meio. A Ordem dos Advogados do Brasil já emitiu documento indicando a elaboração de uma proposta de lei para que as home pages dos tribunais sejam considerados órgãos oficiais de publicação.

Tramita no congresso o projeto de lei n. 5828/2001. Originado por sugestão da AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), visa regulamentar o processo judicial eletrônico no Brasil. Esse fato reafirma a importância, não apenas de agregar as facilidades da tecnologia na gestão dos processos, mas também de dar uma publicidade mais ampla aos atos realizados nos órgãos julgadores. Assim dispõe o artigo 4º. do projeto: "A publicação de atos e de comunicações processuais poderá ser efetuada por meio eletrônico e considerada como data da publicação a da disponibilização dos dados no sistema eletrônico para consulta externa."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto é possível perceber que atualmente existem grandes diferenças na forma de apresentação de informações processuais encontradas nas páginas dos tribunais de Justiça. A adoção de sistemas informatizados está melhorando a gestão do serviço judicial prestado pelo Estado, ao mesmo tempo em que amplia em muito a difusão de informações para o público em geral. Em alguns casos pode-se afirmar que a adoção de tecnologia tornou as movimentações processuais disponíveis na internet uma foto do que acontece no papel.

O acesso cada vez mais facilitado a internet permite que qualquer pessoa possa realizar pesquisas relativas à processos judiciais com um mínimo de informações disponíveis. O nome de uma parte, por exemplo, pode ser um argumento suficiente para que todos os processos no qual ela participa sejam listados. A facilidade na busca pela informação é uma grande vantagem para os participantes de um processo, porém pode se tornar um grande problema. O acesso universal e ilimitado a esse tipo de informação pode facilmente ser uma porta aberta para que a privacidade dos envolvidos em um litígio judicial seja violada.

Alguns casos, relatados em outros estudos, e facilmente verificados em uma rápida navegação, mostram que algumas páginas de tribunais não fazem nenhum tipo de controle de pesquisa por nome. Nesses casos, mesmo processos que envolvam menores de idade e questões de família são facilmente encontrados.

A Justiça do Trabalho manteve por algum tempo a possibilidade de consulta processual por nome de partes. Foi constatado que estava sendo montada uma lista negra de trabalhadores que procuravam a Justiça. Por esse motivo, em 2002 o Tribunal Superior do Trabalho cancelou a possibilidade de busca por nome do trabalhador. Também emitiu recomendação a todos os Tribunais Regionais do Trabalho para que aplicassem a mesma medida.

O fato é que com o uso de ferramentas de informática jurídica chegou-se a um novo patamar em um dos clássicos princípios processuais. Esse fato tem conseqüências no Direito tradicional, pois permite novas reflexões e conclusões sobre o impacto do uso de novas tecnologias no mundo jurídico. José Carlos de Araújo ALMEIDA FILHO comenta que a doutrina e a própria lei já relativizaram a publicidade dos atos processuais. O problema atual é que o poder conferido ao magistrado a partir dessa relativização pode ser demasiadamente grande.

Segundo o autor "o processo moderno não deve ser intimidar diante das novas tecnologias, ao mesmo passo em que as novas tecnologias não podem suplantar princípios seculares consagrados". E estes dizem respeito à proteção a pessoa humana em sua individualidade, não apenas aqueles considerados do ponto de vista coletivo ou do bem da coletividade, como é o caso do princípio da publicidade. Note-se que houve, e ainda não há um consenso sobre o assunto, casos em que foram modificadas as formas de apresentações de conteúdos nos sites dos tribunais por conta de se levar em conta o desrespeito ao direito da privacidade e intimidade do cidadão. O que vale mais, o principio da privacidade ou o direito à privacidade?

Verifica-se aqui todo um conjunto de possíveis paradoxos decorrentes desses princípios que garantem bens de conteúdos contraditórios. Efetivamente, existe uma

necessidade de se produzir soluções jurídicas, para o presente e futuro, tanto no nível administrativo (que é o contexto deste artigo) como nos casos particulares de real conflito de interesses em que se exige a manifestação judicial do Estado. Diante da complexidade sempre crescente da sociedade e do direito se deve dar especial atenção à aplicação dos princípios. Mesmo tendo conteúdos paradoxais, são fundamentais quando observados do ponto de vista de suas repercussões nos casos concretos. Na busca da melhor solução, há que se enfrentar os paradoxos da sociedade atual, e aqui a tarefa de interpretação das normas passa a ter fundamental importância. Por outro lado, esses princípios balizadores existem no sistema porque não existem no sistema, isto é, estão em construção permanente, num processo em que cada decisão é pressuposto de uma decisão posterior, tornando possível que novas e criativas diferenças possam ser introduzidas, mantida a coerência interna do sistema.

Enfim, a idéia geral defendida é a de que a confrontação entre princípios deve ser regida pelo valor ao qual estes se referem e nesse caso os princípios que procuram resguardar a dignidade da pessoa humana estariam em nível hierárquico superior ao princípio da publicidade. Isto, contudo, não é garantia de que não haja hoje abusos por parte dos tribunais ou que no futuro uma interpretação mais ou menos restritiva não possa ser adotada pelo conjunto geral dos tribunais com o aval da sociedade civil.

Ao mesmo tempo, não se pode negar que publicidade de atos processuais pela internet, torna esses registros acessíveis no ambiente mais público da atualidade. Pois acesso à Justiça não se dá apenas pela possibilidade de ingressar com uma ação, mas de acompanhar sua trajetória na busca por um julgamento justo. Para ver a justiça sendo feita é requisito essencial oferecer maneiras para que o jurisdicionado possa acompanhar e fiscalizar o serviço. Nesse sentido, a amplitude de algumas informações prestadas na internet tornam o acompanhamento processual um meio válido e legítimo na busca de uma Justiça mais célere e transparente. Isso caracteriza a pesquisa pública como um instrumento democrático para um maior acesso à Justiça, e para que possa ser exigida a efetividade e transparência da prestação jurisdicional.

É vital ressaltar que da mesma forma que alguns tipos de processos de papel estão protegidos por servidores e magistrados, as consultas processuais na internet também precisam do mesmo tratamento. As restrições de publicação às quais estão sujeitos os processos continuam válidas, e nem pode ser diferente. Para isso nunca é demais lembrar alguns dos dispositivos da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Processos que tramitam em “segredo de justiça” necessitam de limitação na publicidade de seus atos. A consulta de ocorrências dessa natureza deve ser permitida de forma restrita, onde somente as partes ou seus advogados acessem a informação. Também é necessária a adoção de formas específicas de proteção às partes de processos criminais. Pois preceitua nossa lei maior em palavras cunhadas pelo tempo da evolução humana que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Também deve haver controle específico de publicação para a divulgação de feitos que, se conhecidos anteriormente, podem frustar o bom andamento do processo. Incluem-se nessa espécie decisões concedendo liminar ou decretando prisão, por exemplo. Este tipo de comportamento visa resguardar em sigilo atos que de determinam ações a serem tomadas no processo. Isto evita que uma possível atitude com objetivo impedir o cumprimento de atos determinados pelo juiz seja tomada anteriormente ao seu efetivo cumprimento.

De qualquer forma, resta o questionamento: teria o princípio da publicidade a possibilidade de realizar-se em sua totalidade, respeitando os limites da privacidade e dignidade humanas? Será que com o advento do processo judicial público na internet pode-se afirmar que a plenitude do princípio da publicidade em relação aos atos judiciais foi conquistada? Uma resposta definitiva não pode ser dada facilmente. Mas é de extrema importância que seja feita uma discussão ampla sobre o assunto. Além disso,

é necessário que o uso de tecnologias de certificação digital ainda possam dar um caráter oficial as informações veiculadas para consulta. A segurança e confiabilidade das informações disponíveis na Internet são fundamentais.

Aliar a agilidade da rede mundial de computadores com a segurança oferecida pelas técnicas de segurança da informação é um dos caminhos mais viáveis para melhorar a comunicação entre o Poder Judiciário, os advogados e as partes de um processo. A solidez das informações difundidas pelos tribunais é essencial para que seu caráter seja oficial. Recentes julgamentos invalidaram informações prestadas pelo próprio órgão quando em desconformidade com os autos físicos.

A Justiça Brasileira vem buscando incorporar os avanços tecnológicos, com o propósito de qualificar o tratamento dado às informações geradas pela atividade jurisdicional. É necessário estabelecer critérios objetivos para que o maior nível de transparência oferecido seja harmônico com os direitos e garantias conquistadas ao longo de nossa história.

5 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. O Princípio da Publicidade no Processo frente à Emenda Constitucional 45/2004 e o Processo Eletrônico. Disponível em: www.ibde.org.br/revista

BRASIL. Código de Processo Civil. Coord: Yussef Said Cahali. 7ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Coord: Yussef Said Cahali. 7ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 2ª ed. São Paulo : Editora Malheiros, 1999.

KRAMMES, Alexandre Golin. Acompanhamento processual via internet no sistema de automação do judiciário (SAJ). Artigo publicado no CONEGOV, 2004.

MADALENA, Pedro; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Organização & Informática no Poder Judiciário. Curitiba : Juruá, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2000.

MELO, Raimundo Simão de Melo. Listas Negras: empresa que discrimina trabalhador pode ser acionada. http://conjur.estadao.com.br/static/text/9262,1

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

ROVER, Aires José (Org). Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2000.

SILVA NETO, Amaro Moraes e. Privacidade na Internet – Um Enfoque Jurídico. Bauru: Editora Edipro, 2001.

TST levanta dados sobre certidão negativa usada contra trabalhador. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/noticias/x/40/97/4097

ATIVISMO JUDICIAL, MODERAÇÃO E O "MINIMALISMO JUDICIAL" DE CASS SUNSTEIN.

Cláudio Ladeira de Oliveira*

RESUMO

Neste artigo discuto dois modelos que tribunais podem adotar na prática de interpretação do direito, especialmente para avaliar a constitucionalidade das leis, denominadas "ativismo judicial" e "moderação judicial". Em seguida discuto duas perspectivas teóricas, "perfeccionismo" e "majoritarismo", que desenvolvem fundamentos teóricos para a adoção preferencial do ativismo ou moderação. Por fim, exponho a contribuição ao debate do professor Cass Sunstein, a perspectiva que ele denomina "minimalismo judicial".

PALAVRAS-CHAVES: ATIVISMO JUDICIAL, MODERAÇÃO JUDICIAL, MINIMALISMO JUDICIAL, DEMOCRACIA, TEORIA DO DIREITO, RONALD DWORKIN, JEREMY WALDRON, CASS SUNSTEIN.

ABSTRACT

In this article I discuss two models that Courts can adopt in the practice of interpretation of Law, especially for inquiry the constitutionality of laws, denominated "judicial activism" and "judicial moderation". Next I discuss two theoretical perspectives, which develop theoretical grounds for preferential adoption of activism or moderation. Finally, I expos the contribution to debate of professor Cass Sunstein, the perspective denominated "judicial minimalism".

KEYWORDS: JUDICIAL ACTIVISM. JUDICIAL MORATION. JUDICIAL MINIMALISM. DEMOCRACY. JURISPRUDENCE. RONALD DWORKIN. JEREMY WALDRON. CASS SUSNTEIN.

INTRODUÇÃO

Neste artigo trato de uma velha questão da teoria jurídica, constitucional em particular, que tem recebido um tratamento renovado nos últimos anos: em que medida

* Bacharel em Direito pela UFMT. Mestre e Doutor em Direito pela UFSC. Professor do Departamento de Direito Público e do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. claudioladeira@uel.br

a atividade dos tribunais promove ou afronta a democracia? Até que ponto a intervenção judicial em matérias politicamente controversas apresenta um "risco de juristocracia", o risco de um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especialmente constitucional? Por outro lado, até que ponto a recusa a invalidar decisões do executivo ou legislativo representa conivência, por parte do judiciário, com atos de arbítrio? Ao contrário do que ocorre em outros sistemas jurídicos, no Brasil o controle de judicial de constitucionalidade das leis e as "cláusulas pétreas" são previstos explicitamente pela própria Constituição[1]. Deste modo não restam dúvidas quanto à legitimidade do poder judiciário para – ao menos para uma certa classe de temas – invalidar leis e atos administrativos sob o fundamento de que contrariam algum dispositivo constitucional, e que determinada classe de direitos – os direitos e garantias fundamentais – não poderão ser objeto de emenda à constituição. No entanto ainda podemos discutir o *modo* como estas competências devem ser exercidas, e isso não é pouca coisa. Por exemplo, na ADI 3.685, o STF julgou inconstitucional um dispositivo do art. 2º da Emenda Constitucional (EC) nº 52, de 08/03/2006. Esta alterava a redação do art. 17, § 1º, da CF/88, estabelecendo explicitamente que, para as eleições de Outubro do mesmo ano, os partidos políticos poderiam adotar livremente "o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal" e em seu art. 2º a EC 52 estabelecia que tais alterações deveriam ser aplicadas já nas eleições de Outubro de 2006. Qual seria a inconstitucionalidade da Emenda? O art. 16 da CF/88 estabelece o seguinte: "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até (um) ano da data de sua vigência". Ora, uma "lei" promulgada em Março de 2006 certamente não poderia surtir efeitos já nas eleições de Outubro do mesmo ano, devido ao prazo de um ano estabelecido no art. 16 da CF/88. Porém o instrumento utilizado para promover a alteração era uma EC (CF/88, art. 59, I) e não "Lei" (CF/88, art. 59, II, III e IV): se o congresso cumpriu os requisitos formais exigidos pela própria constituição para promover alterações em seu texto, como poderia o STF decidir pela inconstitucionalidade por afronta ao art. 16 da CF/88? Neste caso o tribunal utilizou um argumento, cujo precedente remonta à ADI 939/94, e que consiste em encontrar direitos fundamentais "implícitos" na Constituição.

[1] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), arts. 60, §, 4º, IV; 102; e 103

A estrutura do argumento pode ser compreendida assim: (i) os direitos fundamentais individuais não podem ser retirados da Constituição por Emenda à Constituição (CF/88, 60, §, 4º, IV); (ii) a CF/88, art. 5º, § 2º, estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados"[2]; (iii) assim, é possível encontrar no corpo da Constituição dispositivos que, muito embora não tenham sido denominados "direitos e garantias individuais" pela assembleia constituinte, possuem não obstante este caráter em virtude da matéria que regula, de sua forte carga moral, política etc; (iv) é possível compreender a regra da anualidade estabelecida pela CF/88, art. 16, como uma "garantia individual do cidadão-eleitor"[3]; (v) sendo assim, o prazo de um ano estabelecido no art. 16 não pode reduzido nem mesmo por emenda à Constituição e portanto a alteração no procedimento eleitoral, efetuada no art. 17, não poderia valer já para as eleições de 2006. Se esta tese dos "direitos implícitos" é aceita então o poder político de que dispõe o STF é considerável. Temas assim costumam ser moralmente controversos nos mais variados ambientes e instituições, tais como tribunais, parlamentos, universidades e na sociedade civil em geral. Mais: a despeito de diversas formas retóricas usadas para expressar as divergências, costumam ser igualmente divergentes. Sendo assim, como é que a palavra de uma maioria de seis membros dentre o colegiado de onze ministros (suficiente para invalidar uma lei por inconstitucionalidade) deve possuir maior autoridade que a palavra de centenas de deputados ou senadores eleitos diretamente pelo voto popular?[4]

No curto espaço deste artigo quero discutir algumas abordagens recentes destes temas. Inicialmente apresento duas posturas antagônicas acerca do modo como os tribunais devem exercer suas competências na interpretação jurídica em casos que envolvem matérias controvertidas moral e politicamente. Em seguida são destacados os riscos de unilateralidades inerentes a ambos os modelos. Passo então a apresentar a proposta desenvolvida pelo professor Cass Sunstein, denominada "minimalismo judicial".

---

[2] Este dispositivo é inspirado na 9ª emenda à Constituição estadunidense: "The enumeration in the Constitution,of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".

[3] Na ADI 939/94 o direito individual "descoberto" por esse procedimento foi o direito individual do "cidadão-contribuinte" à não extinção das imunidades tributárias do art. 150.

[4] Sobre o tema cf. SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O Povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. disponível em http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juízes.pdf. Acesso em 15/10/06

1 "ATIVISMO" VERSUS "MODERAÇÃO".

É necessário estabelecer critérios de avaliação da atividade do tribunal constitucional que permitam classificá-lo segundo sua disposição em realizar determinados juízos de ordem política e moral relativamente controversos. Para tanto a literatura costuma apresentar dois modelos antagônicos de atuação de tribunais, especialmente com relação à interpretação constitucional, denominados "ativismo judicial" e "moderação judicial". Esta definição sucinta pretende ser descritiva, mais que valorativa, já que não rejeita ou aceita – com antecedência – nenhum dos dois modelos.

De acordo com a moderação judicial, o tribunal se recusa a avaliar a posição do parlamento (ou mesmo do executivo) sobre temas moralmente ou politicamente controversos. Aceita juízo proveniente no legislativo ou executivo sem questionar a legitimidade da representação política e, principalmente, sem questionar a qualidade do resultado da disputa política legislativa, isto é, a moralidade da lei. Apenas avalia o procedimento formal, e ainda assim com elevada modéstia, atuando apenas nos casos em que normas procedimentais relativamente objetivas tenham sido violadas, como por exemplo o quórum mínimo para aprovação de uma lei, ou a competência normativa de uma instituição.[5] Já no modelo do ativismo judicial os juízes são atuantes no sentido não apenas de "fazer cumprir a lei" em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como "dignidade da pessoa humana", "igualdade", "liberdade de expressão" etc. São mais audaciosos por que reivindicam para sí a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos,

[5] São exemplos as seguintes decisões nas quais foram avaliadas a constitucionalidade de leis: Corte Suprema estadunidense nos casos *Plessy vs. Fergunson* (163 U.S. 537 [1896]) mantendo uma lei estadual que determinava às companhias de transporte ferroviário manter acomodações segregadas para brancos e negros, e *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (300 U.S. 397 [1937]) mantendo uma lei estadual que estabelecia um salário mínimo para as mulheres; STF, no HC 69.657-1-SP (1992) mantendo lei que vedava progressão de regime aos presos condenados por crimes hediondos, afastando a inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da "dignidade da pessoa humana" (CF/88, art. 1º, II), e RE 20.954-3-CE (1996) mantendo uma portaria do ministério da fazenda proibindo a importação de veículos usados, afastando a inconstitucionalidade por violação ao princípio da igualdade – em relação à importação de veículos novos.

concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios.[6]

2 "PERFECCIONISMO".

Estas posturas de atuação judicial apresentam-se sob diversas formas, podendo ser defendidas ou criticadas com argumentos da mais variada procedência. No que se segue eu seleciono alguns argumentos com a finalidade de tornar o debate viável nos limites estreitos deste artigo. Uma das mais bem sucedidas tentativas de fornecer uma defesa de uma postura preferencialmente ativista tem sido apresentada por Ronald Dworkin ao longo das últimas três décadas. E embora Dworkin não utilize a expressão "perfeccionismo" para identificar seu próprio ponto de vista, esta é utilizada por Cass Sunstein para classificá-lo.[7] Esta definição capta as pretensões de Dworkin: devido à necessidade de fornecer fundamentos racionais para suas decisões judiciais, os juízes são constrangidos a tentar "apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como o encontram e a melhor justificativa dessa prática."[8] Para realizar esta tarefa "os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (…). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente"[9] do próprio Tribunal. O modelo do direito como "integridade" está vinculado a uma idéia de que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas também pelo "sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam"[10]. Deste modelo de integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva:

---

[6] São exemplos: na Corte Suprema estadunidense, *Lochner vs. New York* (1485 U.S. 45 [1905]), julgando inconstitucional uma lei que estabelecia jornada de trabalho de no máximo 10 horas diárias durante a semana e 6 horas diárias aos finais de semana, sob o argumento de violação à liberdade contratual – dos empregados inclusive; *Brown vs. Board of Education of Topeka* (374 U.S. 483 [1954]), julgando inconstitucional uma lei estadual que estabeleciam a segregação racial nas escolas públicas dos EUA, por ofensa à "igual proteção às leis" (14ª emenda à Constituição estadunidense). STF, as já mencionadas ADI 939/94 e 3.685/96.

[7] "Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível." SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005, p. 32

[8] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 112.

[9] Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, p. 215.

[10] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 255

> Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.[11]

Em temas sensíveis, como a igualdade, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjugam minorias politicamente impotentes. Em face disso "os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos"[12]. Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma "classe pequena e especial de decisões políticas"[13].

Em outro momento, Dworkin denominou sua posição de "leitura moral" (*moral reading*) da Constituição, segundo a qual as normas constitucionais que estabelecem direitos fundamentais controversos "devem ser compreendidas no modo que sua linguagem sugere mais naturalmente: eles referem-se a princípios morais abstratos e incorporam estes princípios por referência, como limites ao poder estatal."[14] Também esta idéia compromete abertamente Dworkin com a defesa preferencial de um ativismo judicial: a constituição de um estado democrático de direito incorpora princípios morais abstratos e que portanto tal constituição deve ser interpretada moralmente. [15]

Embora não seja viável neste breve espaço fazer justiça aos argumentos de Dworkin, é possível reconhecer a importância de algumas críticas que lhe têm sido dirigidas. Em primeiro lugar, existem dúvidas de que a referência a "princípios" capazes de oferecer uma justificativa global para o sistema jurídico seja uma tarefa acessível aos magistrados. Isso porque para empreendê-la precisam recorrer inevitavelmente ao considerável arsenal de teorias já disponíveis. Ora, a persistência da discordância entre teorias sobre direitos, moralidade, justiça e política "é a característica mais proeminente

---

[11] DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, p. 263. Em formulação similar: "Um juiz (…) tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras." DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 15.

[12] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 27

[13] DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, p. 30

[14] DWORKIN, Ronald. **Freedom´s Law: the moral reading of the american constitution**, p. 7.

[15] DWORKIN, Ronald. **Freedom´s Law: the moral reading of the american constitution**, p. 9

não apenas da política moderna, mas das próprias interações dos filósofos políticos com colegas quando estão debatendo as questões de direitos e justiça, sobre as quais se supõe que sejamos todos [os filósofos políticos] especialistas."[16] Se a referência a princípios de moralidade é tema fortemente controvertido, pois ainda que rejeitemos o ceticismo moral restarão divergências sobre quais princípios morais são os corretos, então o modelo perfeccionista depara-se com um problema considerável.[17] Acrescente-se que, em casos controversos, em geral os tribunais decidem qual é a "melhor teoria" através da votação majoritária, ou seja, mediante o mesmo mecanismo utilizado por parlamentos para decidir questões similares[18]. Sendo assim, não é possível aceitar argumentos como o de Samuel Freeman, para quem o controle judicial de constitucionalidade das leis deva ser considerado um "contra-peso" aos processos políticos de decisão mediante a regra da maioria.[19] Além disso, se a interpretação judicial do direito positivo é guiada por princípios abstratos de moralidade e estes são definidos pelos próprios juízes, então é real o risco apontado por Ingeborg Maus:

> Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.[20]

---

[16] WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 188. "Uma riqueza constrangedora confronta qualquer interessado no direito Constitucional; em tal disciplina é possível observar uma verdadeira enxurrada de publicações sobre temas constitucionais – ensinamentos que ninguém pode ignorar mas que é tão abundante para que possa ser totalmente assimilado." "An embarrassment of riches confronts anyone interested in Constitutional law; there has been a veritable cascade of writing on constitutional issues – scholarship that one cannot afford to ignore, but that is too abundant fully to assimilate." TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**.3ª ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000, p. 2.

[17] Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Clarendon Press: Oxford, 1999, pp. 149-208

[18] Cf. WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**, pp. 88-118

[19] Cf. FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994, p. 181-199.

[20] MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202), pp. 186-7. Em sentido similar, cf. também DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin´s *Freedom´s Law* and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282), para quem o modelo da "leitura moral" permite que o poder judiciário assuma o papel de autoridade última no regime democrático: "suponha que uma constituição não faça previsão alguma sobre uma autoridade final e o judiciário declare que ele próprio é a autoridade final para a leitura moral ("moral reading"). Esta declaração é reafirmada em decisões subsequentes. Suponha, além disso, que no espectro político não existem adversários que levantem uma pretensão contrária. A natureza esotérica do direito matém a população em geral num estado de ignorância e/ou confusão enquanto a Corte move-se inexoravelmente no sentido de assumir seu status como autoridade última.". "suppose a constitution makes no provision for a final authority and the judiciary declares itself to be the final authority for the moral reading. This declaration is reaffirmed in subsequent decisions. Suppose further that there are no competitors on the political landscape that make a countervailing claim. The esoteric nature of law has left the general

3. "MAJORITARISMO".

As observações críticas ao perfeccionismo chamam a atenção para uma tese oposta, que Cass Sunstein denomina "majoritarismo", na qual as virtudes legislativas são ressaltadas em detrimento das judiciais: "majoritaristas estão dispostos a conceder o benefício da dúvida aos outros poderes (executivo e legislativo) mantendo as decisões por eles tomadas a menos que violem claramente a constituição"[21]. No âmbito da teoria constitucional esta postura remonta ao importante artigo de James Bradley Thayer[22] e é hoje desenvolvida por autores como Mark Tushnet[23]. Neles há uma presunção generalizada de que as normas constitucionais controversas devem ser interpretadas preferencialmente pelo poder legislativo, composto por representantes eleitos democraticamente, e não pelo judiciário. Este só deve intervir nos casos em que as leis contrariam abertamente, e além de qualquer dúvida razoável, alguma exigência constitucional.[24] Se uma lei estabelece que as escolas públicas devem ser organizadas segregando os alunos mediante critérios raciais, contanto que o serviço prestado seja de igual qualidade para todas as etnias e não exista nada que expressamente proíba tal prática na constituição, então a Corte deve respeitar o juízo legislativo e manter a constitucionalidade da lei, e não invalidá-la mediante o recurso ao princípio da "igualdade" já que esta é uma expressão altamente abstrata e que possui no próprio legislativo um intérprete privilegiado. Pelos mesmos motivos, se uma lei estabelece que

---

populace in a state of ignorance and/or confusion as the court moves inexorably towards assuming its status is ultimate authority." DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin´s *Freedom´s Law* and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273. DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin´s *Freedom´s Law* and the Spectrum of Constitutional Democracies**, p. 273.

[21] SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**, p. 44. De um modo um tanto coloquial, a ideia central da tese "majoritarista" de defesa da moderação judicial foi expressa por um ex-presidente da Corte Suprema norte-americana, Harlan Fiske (1872-1946): "Há cerca de setenta e cinco anos eu aprendi que não era Deus. E assim, quando os habitantes dos vários estados desejam fazer alguma coisa que a Constituição não proíbe expressamente, eu digo, quer eu goste ou não: que se dane, se querem fazer que o façam!" Cf. SCHWARTZ, B. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 260. Muito embora não seja correto afirmar que o próprio Harlan, no exercício de suas atividades profissionais, tenha assumido efetivamente uma postura majoritarista, a expressão é adequada para representá-la.

[22] THAYER, James B. *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*, **Havard Law Review**, vol. 7, nº 3 (1893), pp. 129-156.

[23] TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Court**. PUP: Princenton, 1999.

[24] Recentemente Tushnet defendeu uma emenda à Constituição norte-americana para abolir a instituição do "judicial review", o controle judicial de constitucionalidade. Ela possuiria o seguinte teor: "Exceto quando autorizado pelo Congresso, nenhum tribunal dos Estados Unidos ou dos Estados possuirá o poder para revisar a constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso nacional ou pelos legislativos estaduais" TUSHNET, Mark. *Democracy Versus Judicial Review*. **Dissent**, vol. 41, 2005. Disponível em «http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248», acesso em 25 março de 2006.

o sistema de ingresso nas universidades mediante concurso vestibular deverá resguardar cotas para candidatos pertencentes a determinadas etnias, o judiciário deve respeitar o juízo legislativo.

Os "majoritários", de um modo geral, apontam uma incongruência entre as elevadas expectativas que os perfeccionistas depositam nos juízes e as limitadas condições que estes possuem para satisfazê-las. Um sintoma é o modo como normalmente é tratado o tema pela teoria jurídica. Waldron, por exemplo, afirma que a teoria jurídica está demasiadamente acostumada a uma oposição entre (1) uma imagem de um judiciário bastante idealizado (ou melhor, de um *juiz* ideal, no singular, sem atentar para a pluralidade da composição das cortes superiores) *versus* (2) uma descrição "crua" da política realmente existente, atenta a seus aspectos mais negativos de um modo que a descrição do judiciário não o faz. Em poucas palavras: "construímos (…) um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar."[25] Apresentando o problema de um modo tão enviesado a "conclusão" pelo "perfeccionismo" torna-se quase uma necessidade, descuidando de avaliar se o recurso a argumentos moralmente controversos não serve apenas para encobrir decisões alcançadas por outros meios que não o raciocínio estritamente desinteressado: "até que ponto estes argumentos realmente geram as decisões judiciais ou simplesmente servem para decorá-las, é algo desconhecido."[26] Some-se a isso uma desvalorização da política de um modo geral, que ignora inclusive procedimentos políticos existentes no interior do poder judiciário:

> As pessoas se convenceram de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.[27]

Mas o majoritarismo pode apresentar seus problemas. Muito embora suas pesquisas contribuam para enriquecer a discussão acadêmica sobre aspectos fundamentais especialmente do poder legislativo ainda assim uma opção definitiva *contra* qualquer espécie de ativismo judicial pode contribuir para manter práticas

[25] WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**, p. 2.
[26] MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**, p. 3.
[27] WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

políticas que contrariam as ideias mais fundamentais sobre o bom funcionamento do legislativo. Uma tal opção correria o sério risco de inverter a oposição equivocada que sustenta a opção "ortodoxa" pelo ativismo judicial: agora não se trata de opor um "judiciário idealizado" a um "legislativo real", mas sim um "legislativo idealizado" a um "judiciário real".

4. "MINIMALISMO".

Os exemplos escolhidos anteriormente para ilustrar as posturas "ativista" e "moderada" demonstram que cada uma delas possui seus próprios riscos e virtudes. Do modelo da "moderação judicial" pode resultar um tribunal que é insensível às ameaças à legitimidade democrática que não podem ser avaliadas segundo critérios exclusivamente formais, o que ocorre quando tribunais permitem aos ocupantes momentâneos de cargos legislativos e executivos governar de modo a impor a grupos socialmente minoritários (e portanto potencialmente derrotados nos processos políticos majoritários) obrigações desproporcionais, não eqüitativas.[28] Por sua vez, do "ativismo judicial" pode resultar um tribunal "paternalista", que ocupa o lugar dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, assumindo as competências de instância suprema de decisão sobre questões moralmente controversas. Enfim, existem efeitos colaterais indesejados de uma aceitação ortodoxa de ambos os modelos.

Assim, é necessário um modelo de atuação jurisprudencial que oriente democraticamente a atuação dos tribunais com competências constitucionais, modelo estes que deve ser expresso com o auxílio de princípios interpretativos capazes de orientar a opção por posturas mais ativistas ou mais moderadas. Um modo recorrente de pensar a solução para o problema é afirmar que os tribunais, especialmente quando exercitam a função do controle de constitucionalidade devem limitar-se a guardar a qualidade do processo democrático, a remover os obstáculos que impedem seu adequado funcionamento ao invés de assumir o espaço destinado à formação da vontade democrática.[29]

---

[28] Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 105-152.

[29] Partindo de concepções bastante diversas da democracia, e alcançando conclusões também diversas, este é o princípio geral que orientam os trabalhos de ELY, J. **Democracy and Distrust** e HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**.

Para responder a este problema Cass Sunstein desenvolveu uma postura judicial que ele denomina "minimalismo judicial", que a seguir passo a explicar.[30] O "minimalismo" possui dois aspectos, um "procedimental" e outro "substancial". O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de carater "formal" – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. É "formal" no sentido de que a princípio é compatível com diversos pontos de vista morais, políticos ou filosóficos apenas cuidando do nível de abstração da argumentação efetivamente utilizada para suportar a decisão judicial. Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as "pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional"[31]. Estas constituem a "moralidade interna da democracia" a qual exige "igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público) ".[32]

Enfim, o minimalismo enquanto "procedimento" recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro; enquanto "substância" promove a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. E a conjugação destes elementos articula corretamente os distintos papeis institucionais dos poderes judiciário e legislativo.

5. O ASPECTO PROCEDIMENTAL DO "MINIMALISMO".

O minimalismo recomenda que, sempre que possível, tribunais evitem ao máximo pronunciar-se sobre questões que não são imprescindíveis para o caso que tem em mãos. Devem decidir "um caso de cada vez" e apenas aquilo que o caso concreto exige, evitando ao máximo posicionar-se sobre controvérsias morais ou políticas que não sejam indispensáveis à solução do problema particular. O aspecto procedimental do minimalismo recusa as opções rígidas por perspectivas argumentativas demasiado

[30] Cf. especialmente SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflitct**. New York: Oxford University Press, 1996, **One Case at Time: judicial minimalism ont the supreme court.** Cambridge: Oxford University Press, 1999, **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005, e **Designing Democracy: what Constitutions do?** New York: Oxford University Press, 2001.
[31] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, pp. ix-xi.
[32] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time,** p. xi.

limitadas, que restringem a interpretação à busca do significado original dos dispositivos jurídicos, ou demasiado amplas, como o ativismo judicial do juiz Hércules, de Dworkin. A recusa de ambas deve-se ao idêntico motivo de que sua adoção necessita ser endossada por argumentos teóricos amplos e controversos. O fato é que não é possível estabelecer uma prioridade abstrata entre a imensa variedade de teorias interpretativas antes do surgimento dos casos concretos de aplicação. Todas podem, a princípio, vir a tornar-se pertinentes em determinada situação específica devido a algum aspecto que realça e que não recebe a mesma consideração por outras linhagens teóricas. Com isso evita-se sobrecarregar as tarefas das decisões judiciais e torna menos frequentes e menos prejudiciais os erros dos tribunais, já que a solução judicial de questões que tecnicamente são altamente complexas e politicamente muito controvertidas podem gerar efeitos colaterais políticos e econômicos. Este aspecto procedimental do minimalismo judicial é dependente da ideia de "acordos teóricos incompletos" (ATI):

> Quando as pessoas divergem sobre alguma proposição (relativamente) de alto nível de abstração, elas podem ser capazes de concordar quando baixam o nível da abstração. Juízos teoricamente incompletos sobre casos particulares são o material ordinário do direito. E no direito, o ponto de acordo é na maioria das vezes extremamente particularizado (…) no sentido de que envolve um resultado específico e uma série de razões que não se aventuram muito além do caso em questão. Teorias bastante abstratas raramente surgem explicitamente no direito[33]

A "incompletude" do "acordo" consiste na manutenção da divergência sobre as razões mais filosófica e/ou moralmente controvertidas sobre os resultados concretos, sobre os quais há acordo efetivo: "os participantes relevantes estão cientes do resultado sem estar de acordo sobre as teorias mais gerais que o suportam."[34] Exemplos: podemos estar de acordo quanto à proibição do trabalho infantil e seguir divergindo quanto aos fundamentos filosóficos (kantianos, utilitaristas, marxistas etc.) para sustentá-la; ou então defender a extensão dos direitos conferidos às uniões civis entre heterossexuais às uniões entre homossexuais sem afirmar definições controversa sobre a natureza da "família", da "sexualidade" etc. Com esta idéia Sunstein reage especialmente ao problema já mencionado: profissionais com formação técnico-jurídica possuem escassos conhecimentos que lhes permitam solucionar amplas divergências morais e

[33] SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 37.
[34] SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 268

teóricas e carecem do tempo necessário para levar adiante uma empreitada tão exigente.[35] Não se trata de rejeitar o recurso à reflexão teórica, já que na prática jurídica sentimos a todo instante uma tal necessidade. Afinal, é possível que o jurista formule suas concepções mais fundamentais sobre o significado de expressões como "dignidade da pessoa humana" sem que com isso utilize todos os argumentos que estudou para fundamentar decisões concretas pois o contexto de "descoberta" de determinada tese é diferente do contexto de "fundamentação" de sentenças concretas. Ainda assim tal fato deve levar a pensar com cuidado sobre a capacidade que tribunais e juristas de um modo geral possuem para "manusear" tais instrumentos conceituais. Em suma, os juristas atuam num ambiente que não é indiferente à teoria mas avesso ao consenso prático sobre questões filosóficas profundas: "um objetivo especial dos ATI sobre problemas específicos é obter um consenso sobre um resultado concreto entre pessoas que não pretendem decidir questões em filosofia política."[36]

Os ATI apresentam as seguintes vantagens: (1) podem ajudar a reduzir os custos políticos do conflito entre teorias abrangentes: aqueles que defendem uma tese derrotada numa situação concreta perdem um caso mas podem seguir adiante e ver seu argumento aceito no futuro; (2) decisões fundamentadas em ATI são compatíveis com as mudanças de avaliações morais no decorrer do tempo. Decisões apoiadas em teorias abrangentes seguramente sofrem o impacto das mudanças de valores sociais no médio e longo prazo, além da dificuldade com as novas informações sobre fatos. (3) ATI fornecem argumentos ideais para aqueles que, como juristas em geral e magistrados em particular, possuem tempo e conhecimento limitados para levar adiante complexas discussões morais ou empíricas. (4) ATI são adequados para uma forma de argumentação que valoriza o respeito às decisões tomadas em casos precedentes. Sunstein rejeita a idéia de que uma completa coerência horizontal e vertical seja viável o

[35] Esta idéia elementar que suporta os ATI pode ser melhor compreendida se observarmos uma afirmação de Albert Einstein sobre o modo como, a seu ver, os cientistas deveriam relacionar-se com os filósofos da ciência: "A ciência sem epistemologia – supondo que isto seja imaginável – é primitiva e confusa. Entretanto, caso o epistemólogo, que procura um sistema claro, o tenha encontrado, ele está propenso a interpretar o conteúdo da ciência por meio de seu sistema e a rejeitar seja o que for que não se ajuste ao seu sistema. O cientista, contudo, não pode se dar ao luxo de levar tão longe seu empenho pela sistemática espistemológica…O cientista, por este motivo, deve parecer ao epistemólogo sistemático um oportunista inescrupuloso."EINSTEIN, Albert. *Remarks Concerning the Essays Brouht Together in This Cooperative Volume*. *Apud* SOKAL, Alan. BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais**, p. 69. Penso que a relação entre a prática da pesquisa científica e da reflexão filosófica, recomendada por Einstein, é no essencial análoga à relação entre "filosofia do direito" e "jurisprudência" recomendada por Sunstein.
[36] SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflitct**, p. 47.

mesmo desejável na argumentação jurídica, uma vez que um empreendimento teórico demasiadamente amplo, que pretende-se unificar o sistema jurídico sob um número rigoroso de princípios morais, certamente resultaria no abando de inúmeras decisões aceites como válidas, dificultando ainda mais o consenso. (5) no direito, assim como na moralidade humana em geral, há uma pluralidade de valores, não existindo um único valor fundamental.[37]

A prioridade dos ATI é certamente, para cada caso de aplicação, apenas presumida, ainda que seja uma forte presunção. É perfeitamente possível a ocorrência de situações em que, por um lado os ATI forneçam soluções injustas e uma teorização mais profunda seria capaz de solucionar parcialidades e inconsistências.[38] Afinal, que no exercício da jurisdição não seja possível fornecer razões definitivas isso não significa que a argumentação não possa ser racional em alguma medida substancial.[39] O recurso aos ATI não significa o endosso de concepções epistêmico ou moralmente relativistas, mas sim uma exigência da razão prática.[40] Por outro lado, existem alguns casos nos quais juízes podem ser capazes de fornecer acordos teóricos complexos e aprofundados[41].

---

[37] Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, ps. 41-43.

[38] "Os juízes possuem, em muitas sociedades, um dever de interpretar a Constituição e muitas vezes este dever os autoriza a invocar princípios relativamente de larga-escala, vistos como parte da Constituição democraticamente ratificada." "judges have, in some societies, a duty to interpret the Constitution, and sometimes that duty authorizes them to invoke relatively large-scale principles, seen as part and parcel of the Constitution as democratically ratified." SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 46.

[39] "Há uma grande diferença entre uma recusa a fornecer um argumento ambicioso para um resultado e uma recusa a fornecer razões pura e simplesmente." "There is a big difference between a refusal to give an ambitious argument of an outcome and a refusal to give any reasons at all." SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 13.

[40] "O entusiasmo por argumentos teóricos incompletos não deve ser visto como uma forma de "antiteoria", e muito menos como uma forma de relativismo ou ceticismo em geral sobre a racionalidade no direito." "Enthusiasm for incompletely theorized agreements should not be seen as a form of ´antitheory`, and even less as a form of general skepticism or relativism about reason in law" SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 269. Trata-se de uma "operação da razão prática em instituições coletivas". "operation of practical reason in collective institutions" SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium**, p. 266.

[41] "Se os juízes podem concordar com uma teoria de nível elevado (de abstração), e se é possível demonstrar que a teoria é boa, a aceitação judicial de tal teoria é bem menos problemática, sendo uma ocasião para sua celebração. Quem poderia recusar a adoção judicial do que é hipoteticamente uma boa teoria?". "If judges can agree on a high-level theory, and if the theory can be shown to be a good one, judicial acceptance of a high-level theory is hardly troubling; on the contrary, it is an occasion fo celebration. Who could object to judicial adoption of what is by hypothesis a good theory?" SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 56.

Estas considerações nos remetem ao papel desempenhado pelo uso construtivo do silêncio.[42] Trata-se de uma medida corriqueira e adequada no funcionamento das instituições judiciais, seja porque permite "ganhar tempo" enquanto os fóruns políticos adequados não solucionam o problema, ou porque juízes possuem pouca legitimidade democrática para fornecer amplas justificações públicas sobre determinados assuntos: "no Direito, como em toda a parte, aquilo que é dito não é necessariamente mais importante do que o que não é dito."[43] Isto é assim especialmente quando a aceitação de uma teoria controversa pode ampliar os riscos decorrentes de erros de análise, erros cuja existência juízes e tribunais muitas vezes não encontram-se em boa posição para avaliar.[44] É importante perceber que o "uso construtivo do silêncio" não consiste numa defesa da prática nada recomendável de postergar a tomada de uma decisão judicial exclusivamente pelas repercussões políticas que ela viria a gerar: o silêncio refere-se aos fundamentos mais abstratos que suportam a decisão específica. Por exemplo: na decisão claramente "ativista" da ADI 939 (STF), na qual afirmou o caráter de cláusula pétrea de uma das imunidades tributárias previstas no art. 150 CF/88, o tribunal poderia ter evitado a criação da figura do "cidadão-contribuinte" e a extensão do caráter fundamental às demais imunidades não discutidas na ADI. Ou então, ao afirmar que uniões civis entre casais homossexuais possuem os mesmos direitos que uniões entre heterossexuais, os juízes podem apoiar-se em argumentos de analogia, mais do que numa definição (inevitavelmente controversa) sobre o caráter da família moderna.

Nada disso implica que as divergências sejam pura e simplesmente indesejáveis[45]. Consensos fáticos não são louváveis em sí mesmos, podendo ao contrário produzir distúrbios no processo de deliberação pública, e mesmo o constante teste acadêmico de teses jurídicas, que aprofunda o dissenso teórico nas mais diversas direções, pode ser produtivo para os fins de correta aplicação do direito, ajudando a revelar parcialidades e equivocos durante longo tempo negligenciados. Principalmente na esfera política a presença de pontos de vista divergentes confere vitalidade à deliberação, chama a atenção para problemas de interesse comum, ou mesmo alteram a conjuntura mesma dos "interesses comuns". Tudo isso no entanto joga a favor e não contra os ATI, em primeiro lugar porque eles não se fundamentam em algum consenso

[42] SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 39.
[43] SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 39.
[44] Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 57.
[45] Cf. SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do?** Nova York: OUP, 2001.

global fáticamente existente: uma coisa é ressaltar a incapacidade e ilegitimidade dos tribunais para desenvolver teorias amplas e controversas sobre questões fundamentais do direito, da moral e da política, e outra, muito diferente, afirmar que tais controvérsias são em sí mesmas improdutivas ou deveriam ser simplesmente evitadas. Em segundo lugar, afirmar que os tribunais, sempre que possível, não devem fornecer uma decisão última em casos difíceis onde existe forte divergência política e moral, acarreta justamente a manutenção das divergências políticas e a possibilidade de que sejam decididas nos fóruns adequados. Tribunais devem evitar decidir certas questões exatamente para preservar a divergência política. Em terceiro lugar, a modéstia recomendada não implica cegueira face ao arbítrio, pois quando é o processo de deliberação política que está em jogo, quando a não intervenção judicial pode resultar na destruição do processo político democrático, então o apoio em argumentos políticos e morais mais ousados, ainda que controversos, torna-se o mal menor.[46] Endossar virtudes passivas para o tribunal não é um mandamento que autoriza perpetuar injustiças.[47]

6. O CONTEÚDO DO "MINIMALISMO".

O elemento substancial do minimalismo consiste no objetivo de promover o bom funcionamento dos pré-requisitos de uma "democracia deliberativa"[48]. Quanto a isto pode-se objetar que então o aspecto "substancial" do minimalismo contradiz seu aspecto "formal", já que pretende apoiar-se justamente em elaborações teóricas "amplas" e "profundas", como são as abordagens sobre a democracia deliberativa. O espaço deste artigo não permite considerar este tópico com a merecida atenção, no entanto pode-se observar que o minimalismo não estabelece uma preferência teórica específica, adotando uma versão específica deste importante tópico de discussão da filosofia política contemporânea. Ele apenas pretende que nos Estados Democráticos de Direito, resguardadas as inúmeras peculiaridades institucionais, atividade legislativa cabe prioritariamente (quando não exclusivamente) às instâncias parlamentares, cuja composição é pluripartidária e cobre um amplo espectro de categorias, classes sociais,

[46] Cf. SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 59.
[47] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 40. O clássico exemplo é a anteriormente mencionada decisão em *Brown vs. Board of Education of Topeka*.
[48] Para um tratamento filosófico do tema Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, 2 vols., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. ELSTER, Jon (org). **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

grupos étnicos etc. Se o desenho constitucional atribui a competência para legislar ao parlamento, sempre profundamente dividido entre partidos de um modo que o executivo e o judiciário não poderiam ser, então esta é uma boa razão em favor de um modelo de interpretação judicial cujo objetivo é promover a deliberação pública na sociedade e nos parlamentos sem ocupar imediatamente seu lugar. De todo modo, este é o fundamento normativo da perspectiva minimalista: a "moralidade interna da democracia". E a tarefa é cumprida em parte ao deixar em aberto as questões morais e políticas fundamentais, de modo que o público tenha ao menos a possibilidade de intervenção e decisão.

Este aspecto "substancial" do minimalismo impõe uma certa direção ao uso dos ATI recomendado pelo aspecto "formal". Em relação à pretensão de fornecer fundamentos de "efeitos limitados" (decidir um caso de cada vez) a preocupação do tribunal em não estender os argumentos especiais usados neste caso para outras hipóteses futuras de aplicação é útil ao objetivo de não obstruir o funcionamento dos procedimentos políticos deliberativos parlamentares. Assim, por exemplo, deve-se evitar posturas como a adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão que sustenta ser vedado ao parlamento deliberar e promulgar nova legislação cujo conteúdo o tribunal já tenha entendido tratar-se de matéria inconstitucional.[49] Tal decisão impede que o parlamento volte a rever prognósticos e avaliar conseqüências econômicas e políticas sobre assuntos cuja natureza e dimensão simplesmente estão humanamente fora de qualquer possibilidade de domínio pelos membros do tribunal. Assim, a postura recomendada sobre este tema seria a adotada no passado recente pelo STF, permitindo ao legislativo manifestar-se novamente sobre matéria sobre a qual o tribunal já se pronunciou.[50] Entre outros, os seguintes princípios exemplificam a postura minimalista, que recomendam ao judiciário:

> 1) "invalidar leis vagas precisamente porque elas permitem que funcionários da administração pública, ao invés de representantes eleitos, determinem o conteúdo do direito."
> 2) "utilizar a doutrina da «não delegação» [nondelegation doctrine] para exigir o juízo do poder legislativo ao invés do poder executivo"

[49] Cf. SCHWABE, Jürgen (org.). Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p.10.

[50] "A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade" BRASIL. STF. Rcl. nº 467.

> 3) "invocar a doutrina da desuetude, a qual proíbe o uso de leis muito antigas que carecem de apoio público atual, para exigir maior apoio pela via da *accountability* e deliberação"
> 4) "exigir que a discriminação seja justificada por referencia a propósitos atuais ao invés de meramente hipotéticos, mantendo aberta assim a questão se justificações seriam adequadas no momento em que oferecidas e fudamentadas de modo persuasivo na política."
> 5) "tentar assegurar que todas as decisões sejam apoiadas por justificações aceitáveis publicamente ao invés do resultado exclusivo de posições poder e auto-interesse; (…).[51]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites deste trabalho não permitem prestar a devida consideração aos inúmeros problemas que a perspectiva minimalista pode apresentar. Em todo caso, mesmo numa exposição extremamente sucinta do debate, é possível perceber que duas questões carecem de um desenvolvimento rigoroso: (i) a relação entre os fundamentos teoricamente densos e politicamente controversos do aspecto substancial da perspectiva minimalista (a democracia deliberativa) e as exigências que seu aspecto formal apresenta (ATI); e (li) a aplicação rigorosa dos princípios interpretativos apresentados no tópico anterior a casos da jurisprudência constitucional brasileira. No entanto, como o objetivo foi apenas apresentar uma contribuição recente a um velho problema, creio que é possível terminar esta exposição mencionando uma última questão: se o caráter "limitado" e "superficial" das decisões é uma presunção e não um dogma, como seria possível saber quando é desejável a dotar uma postura francamente "ativista"?

Certamente não seria possível uma resposta que solucionasse em definitivo este problema. Em todo caso algumas considerações gerais podem ser adiantadas. Segundo Sunstein, existem algumas hipóteses nas quais pode ser recomendável uma construção de argumentos apoiados em princípios mais amplos e abstratos, especialmente nos casos seguintes[52]: (i) Quando alguma solução mais ampla pode reduzir os custos da incerteza da decisão para o próprio tribunal e para as partes litigantes; quando é necessário estabelecer condições para o planejamento prévio, capaz de fornecer segurança jurídica e previsibilidade aos atores na sociedade de um modo geral; quando a falta de decisões claras podem privar cidadãos de um suporte sólido para atuarem democraticamente. Além disso (ii) Quando uma postura mais ativista promove objetivos democráticos, ativando pré-condições essenciais ao funcionamento da democracia deliberativa. A decisão da corte estadunidense no caso *Brown versus Board of Education* é certamente

[51] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 27.
[52] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 57.

o exemplo mais adequado. Já as características que tornam recomendável uma postura mais modesta são as seguintes: (i) a situação na qual o tribunal deve decidir é de grande incerteza sobre aspectos fundamentais das normas, especialmente constitucionais, ou de rápida mudança e instabilidade social; (ii) qualquer solução mais ampla parece acarretar grandes incertezas para casos futuros; (iii) quando não há alguma necessidade urgente de estabelecer critérios públicos e seguros de planejamento para o futuro; (iv) Quando as pré-condições da deliberação democrática não estão em jogo e os objetivos democráticos dificilmente serão promovidos por um juízo mais ousado.[53] Considerações como estas são certamente bastante plausíveis. Porém, elas são respostas satisfatórias aos problemas surgidos no debate?

As críticas à idealização das virtudes institucionais do poder judiciário levantadas por autores como Sunstein, Maus e Waldron (guardadas as inúmeras diferenças entre suas perspectivas) são merecedoras de uma avaliação rigorosa, ao menos de uma atenção bastante superior à que tem sido prestada pela média da teoria jurídica nacional. No entanto, é certo também que as perspectivas "majoritária" e "minimalista" apoiam-se em teses morais em nada consensuais, seja no meio académico seja na sociedade de modo mais geral. Duas questões particularmente chamam a atenção. Em primeiro lugar, quanto aos limites teóricos da atividade jurisprudencial, Dworkin observa que é apenas no exercício da jurisdição que se torna razoavelmente claro a dimensão de abstração da reflexão teórica a que devem dedicar-se. Em outras palavras, os juristas não dispõem de uma metodologia que permita estabelecer, com antecedência, o instante em que a reflexão teórica deve ser interrompida, pouco importa o quão inconclusiva tenha sido até então.[54] Em segundo lugar, por motivos idênticos, as próprias premissas em que se apoia o minimalismo (seu aspecto substancial, a "moralidade interna da democracia"), bem como os critérios apresentados para distinguir as hipóteses nas quais o "ativismo" ou a "moderação" seriam recomendadas, demandam uma justificativa que recorrerá a conceitos moralmente controversos, tais como os que sustentam o papel da deliberação política como critério para avaliar a

[53] SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**, p. 57

[54] DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 69. Esta objeção de Dworkin é particularmente forte diante de afirmações como a seguinte, já citadas anteriormente: "Se os juízes podem concordar com uma teoria de nível elevado (de abstração), e se é possível demonstrar que a teoria é boa, a aceitação judicial de tal teoria é bem menos problemática, sendo uma ocasião para sua celebração. Quem poderia recusar a adoção judicial do que é hipoteticamente uma boa teoria?" SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**, p. 56.

qualidade do processo democrático. Também aqui não é possível dispor de uma metodologia capaz de estipular, com total antecedência dos casos concretos, quais são os critérios objetivos para avaliar a qualidade da deliberação democrática. Ainda mais difícil seria dispor de tais critérios normativos evitando o tortuoso caminho das disputas filosóficas morais e políticas. Assim, tal debate é tão relevante quanto inacabado, sendo necessário desenvolvê-lo especialmente em duas direções complementares para compreender adequadamente: (i) as limitações institucionais do poder judiciário para empreender raciocínios ousados teórica e politicamente; e (ii) os fundamentos morais e políticos capazes de sustentar as posturas "minimalistas".

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em https://www.planalto.gov.br, acesso em 15/01/2007

DONOHUE, Brian. **Judicial Hegemony: Dworkin´s *Freedom´s Law* and the Spectrum of Constitutional Democracies**. Ratio Juris, vol. 15, nº 3, 2002 (267-282)

DWORKIN, Ronald. **Freedom´s Law: the moral reading of the american constitution**. New York: Harvard University Press, 1997

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006

ELSTER, Jon (org). **Deliberative Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

EUA. **Constitution for the United States of América** (1787). Disponível em http://www.constitution.org, acesso em 10/04/2006

FREEMAN, Samuel. *Democracia e Controle Jurídico da Constitucionalidade*, in **Lua Nova**. Nº 32, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**, 2 vols. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"**. Novos Estudos CEBRAP, nº 58, Novembro 2000 (183-202)

MICHELMAN, Frank. **Brenan and Democracy**. New York: Princeton Universty Press, 2001

SCHWABE, Jürgen (org.). Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

SCHWARTZ, B. **Direito Constitucional Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1966

SOKAL, Alan. BRICMONT, Jean. **Imposturas Intelectuais.** Trad. Max Altman. Rio de Janeiro: Record, 1999.

SOARES, Guilherme. **Os Direitos, Os Juízes, O Povo: a cláusula pétrea dos direitos e das garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas à Constituição de 1988**. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. disponível em http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Os%20direitos,%20os%20juízes.pdf. Acesso em 15/10/06

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions do?** New York: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do?** Nova York: OUP, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflitct**. New York: Oxford University Press, 1996,

SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time: judicial minimalism ont the supreme court.** Cambridge: Oxford University Press, 1999
SUNSTEIN, Cass. Practical Reason and Incompletely Theorized Agreements. In FREEMAN, M. D. A. (org.). **Legal Theory at the End of the Millennium.** Current Legal Problems 1998, vol. 51. Londres: OUP, 1998.
SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005
SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**, New York: Basic Books, 2005.
THAYER, James B. *The Origin and Scope of The American Doctrine of Constitutional Law*, **Havard Law Review**, vol. 7, nº 3 (1893).
TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**.3ª ed. Vol. 1. New York: Foudations Press, 2000.
TUSHNET, Mark. *Democracy Versus Judicial Review*. **Dissent**, vol. 41, 2005. Disponível em «http://www.dissentmagazine.org/article/?article=248», acesso em 25 março de 2006.
TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away From the Court**. PUP: Princenton, 1999.
WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Clarendon Press: Oxford, 1999.

ÍNDICE DE CASOS.

BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. ADI 939/94
BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. HC 69.657-1-SP (1992)
BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. Rcl. nº 467.
BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. RE 20.954-3-CE (1996)
BRASIL, República Federativa do. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.685/96.
EUA. Corte Suprema. *Brown vs. Board of Education of Topeka* (374 U.S. 483 [1954])
EUA. Corte Suprema. *Lochner vs. New York* (1485 U.S. 45 [1905]), julgando
EUA. Corte Suprema. *Plessy vs. Fergunson* (163 U.S. 537 [1896])
EUA. Corte Suprema. *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* (300 U.S. 397 [1937])

O ART. 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A SUA CONSTITUCIONALIDADE E OS REFLEXOS NA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Cristiano Simão Miller[*]

RESUMO

O processo civil brasileiro vive um momento especial, passando por mudanças significativas em sua legislação, sempre na busca por um "processo de resultado". Uma dessas mudanças surgiu com a Lei nº 11.277/2006, que inseriu no Código de Processo Civil o art. 285-A, permitindo-se o julgamento *prima facie* do processo, antes mesmo da citação do réu, com base em "julgamentos paradigmas". No presente trabalho é feita a abordagem dos requisitos necessários para a aplicação do referido dispositivo legal, bem como são enfrentadas as questões relativas à sua constitucionalidade, para que, ao final, possa ser analisada a efetividade processual oriunda do art. 285-A, do CPC.

PALAVRAS-CHAVES: EFETIVIDADE PROCESSUAL, PARADIGMA, CONSTITUCIONALIDADE.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Procedure is in a special moment, going through significant changes in its legislation, in search of a "process of results". One of these changes emerged with the law n. 11.277/06, inserting in the Civil Procedure Code article 285-A, allowing *prima facie* judgment of the case, even before the defendant citation, based on "paradigmatic judgments". The present paper defines the necessary requirements for the application of such article, as well as it faces how are the questions of its constitutionality dealt with, in order to, at the end, it may be analyzed the procedural effectiveness of art. 285-A, of the Brazilian Civil Procedure Code.

KEYWORDS: PROCEDURE EFFECTIVENESS, PARADIGM, CONSTITUTIONALITY

[*] Mestre em Direito. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Campos, nos cursos de graduação e pós-graduação (*lato sensu*). Advogado.

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro vive um momento bastante especial, passando por mudanças significativas, sendo certo que, entre outubro de 2005 e dezembro de 2006, 10 (dez) novas leis processuais civis foram publicadas, conferindo modificação a mais de 400 (quatrocentos) dispositivos legais do Código de Processo Civil.

Como bem salientou Flávio Luiz Yarshell[1], as reformas introduzidas no sistema processual brasileiro ora indicam avanço ora retrocesso na busca da efetividade.

Mas, de qualquer modo, uma coisa é certa: os processualistas pátrios estão ativos, na constante luta por um processo ideal, por um "processo de resultado". E, mais: ainda que as reformas possam receber críticas — que as acusam de transformar o Código de Processo Civil numa verdadeira "colcha de retalhos" — é certo que a "estratégia" adotada para o alcance das mesmas mostra-se mais bem sucedida do que aquela utilizada para que se obtivesse um novo Código Civil. Com efeito, não se pode olvidar que a introdução homeopática das alterações (as vezes, é certo, não tão "homeopáticas" assim) vem alcançando um resultado bastante positivo e quase imediato.

Todavia, "estratégias" à parte, o que interessa ao presente trabalho é a abordagem de um trecho da reforma, mais precisamente a inclusão do art. 285-A no Código de Processo Civil, que se deu pela Lei nº 11.277, de 07 de fevereiro de 2006.

Tal artigo trata daquilo que se convencionou denominar de "julgamento de processos repetitivos", em que se conferiu ao juiz autorização para julgar improcedente (portanto, julgando o mérito) o pedido do autor, diante da simples leitura da petição inicial e antes mesmo de citar a parte ré, desde que já tenha julgado anteriormente, e no mesmo sentido, "casos idênticos".

Com o aludido dispositivo legal, é facilmente percebida a importância dos precedentes (fato de já ganhara força desde a Emenda Constitucional 45/2004, com a Súmula Vinculante), que servirão de "modelo" para processos futuros, em que se tenha em discussão as mesmas "teses jurídicas" enfrentadas nas ações anteriormente julgadas de forma idêntica.

E tal possibilidade de julgamento liminar do mérito da ação, antes mesmo da citação do réu, tem gerado algumas críticas por parte da doutrina — em que pese, sob certa ótica, não ter trazido novidade, tendo em vista a regra já existente do art. 295, IV,

[1] Em palestra, proferida no dia 16 de abril de 2007 em Brasília, no II Seminário sobre as "Novas reformas do processo civil".

do CPC, em que se pode ter o mesmo julgamento liminar do mérito quando for constatada a prescrição ou decadência — que vê aí flagrante afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da segurança jurídica, da isonomia, do direito de ação e do devido processo legal.

Aliás, encontra-se em andamento uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn nº 3.695/DF, cujo relator é o Min. Cezar Peluso), visando exatamente a declaração da inconstitucionalidade do art. 285-A, do CPC.

Por isso, mostra-se pertinente o enfrentamento do tema, que se coloca como atual e envolve controvérsia a respeito de importante remédio na busca da efetividade do processo.

Assim, no presente trabalho será feita uma análise da regra do art. 285-A, com alguns enfoques específicos: i) a abordagem dos aspectos e requisitos para a sua devida aplicação; ii) o seu enfrentamento diante dos princípios constitucionais do processo, para que, ao final, possa-se chegar a uma conclusão (sem qualquer pretensão, por evidente, de esgotamento do tema) acerca constitucionalidade do art. 285-A; iii) constatar os seus reflexos na efetividade processual.

Registre-se, ainda, que, como forma de complementar o trabalho, realizou-se uma pesquisa de campo, perante as Justiças Estadual e Federal de Campos dos Goytacazes-RJ, no intuito de demonstrar como vem sendo aplicado, na prática, o art. 285-A, do CPC.

1. A NORMA DO ART. 285-A, DO CPC, E OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O JULGAMENTO LIMINAR DE PROCESSOS REPETITIVOS

O art. 285-A, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.277/2006, define mecanismo inédito em nosso sistema processual, vez que não apenas autoriza o julgamento liminar do mérito (o que, frise-se, já existia por conta da regra do art. 295, IV, do CPC, nos casos de prescrição e decadência), mas permite que tal sentença seja prolatada tomando por base tão-somente outros julgamentos havidos em ações em que se tenha apreciado a mesma “tese jurídica”.

E tal sentença será prolatada antes mesmo de se ter a citação do réu, que, por sua vez, será o integral vencedor da demanda.

Assim dispõe o art. 285-A, do CPC:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
> §1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de cinco (5) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
> §2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Pela redação acima transcrita, alguns requisitos despontam como necessários para que se tenha a aplicação do julgamento de mérito lastreado em "casos repetitivos".

O *primeiro* requisito é que a matéria alegada na petição inicial, e que, por evidente, será apreciada pelo julgador, seja unicamente de direito.

Tal requisito significa que, para a aplicação do dispositivo legal em apreço, a causa deve envolver matéria fática que possa ser comprovada pela prova documental[2]. Na verdade, ser a matéria controversa[3] unicamente de direito implica na completa *irrelevância* dos fatos, sendo apenas importante saber quais as "conseqüências jurídicas" daqueles fatos.

Como bem salienta Cássio Scarpinella Bueno, não se terá, propriamente, uma questão *unicamente* de direito, mas sim, questão *predominantemente* de direito, vez que sempre existirá a "questão de fato", qualquer que seja a ação. Ocorre que, sobre tal "questão de fato", não pesa qualquer dúvida "*quanto à sua existência, seus contornos e seus limites*", sendo apenas relevante "*saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz*"[4].

E, no dia a dia forense, a "repetição de teses" é muito constatada em demandas tributárias, previdenciárias e consumeristas, o que, aplicando-se a regra do art. 285-A, do CPC, pode fazer significativa diferença na busca de uma solução rápida de diversos litígios.

---

[2] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 7ª ed. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 420.

[3] A respeito da expressão "matéria controvertida", pertinente observação é feita por Vicente de Paula Ataíde Júnior, em artigo cujo título é "A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006)" (RePro 141, ano 31, nov/2006, p. 120). Explica o autor que tal expressão mostra-se equivocada, "pois, antes da citação, não haveria *matéria controvertida"*, de modo que, "deve ser unicamente de direito a matéria deduzida na petição inicial como causa de pedir".

[4] SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – volume 2: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7.2.2006, 11.277, de 7.2.2006, e 11.280, de 16.2.2006*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

O *segundo* requisito é a exigência de que a "tese jurídica" ventilada na ação em curso tenha sido exatamente a mesma de outra ação — evidentemente, envolvendo partes distintas —, em que se tenha julgado improcedente o pedido.

Assim, por óbvio, não há que se ter "ações idênticas", pois tal situação acarretaria o fenômeno da coisa julgada (ou litispendência, caso a "ação paradigma" ainda estivesse em andamento) e, conseqüentemente, daria ensejo à extinção do processo sem a resolução do mérito.

O que se exige é que os "casos" sejam idênticos. E que sejam idênticos quanto ao direito, pois os fatos, em tal situação, não influenciarão o julgamento final, posto que irrelevantes para a convicção do julgador. Em outras palavras: ainda que os fatos tenham ocorrido da forma narrada pelo autor, o convencimento do juiz já estará devidamente formado quanto às "conseqüências jurídicas" dos mesmos.

Sobre o tema, esclarece Humberto Theodoro Júnior que "*a identidade, portanto, que se reclama, para aplicar o art. 285-A, localiza-se no objeto da causa, isto é, na questão (ponto controvertido) presente nas diversas ações seriadas*"[5].

Como *terceiro* requisito para a aplicação do art. 285-A está a necessidade de que os julgamentos anteriores tenham ocorrido no "mesmo juízo". E sobre esse requisito, algumas divergências já surgem na doutrina.

Vicente de Paula Ataíde Júnior[6] entende que, "mesmo juízo" significa não o "mesmo juiz", mas a mesma "*unidade de competência territorial, ou seja, a comarca ou a subseção judiciária*".

Assim, para o referido autor, mesmo que determinado julgador ainda não tenha apreciado "tese" semelhante, poderá perfeitamente aplicar a regra do art. 285-A, desde que, outro magistrado, pertencente à mesma *unidade de competência territorial*, já tenha prolatado sentença (na verdade, sentenças, pois o texto da norma utiliza a expressão "casos idênticos") julgando improcedente o pedido em ações semelhantes.

Fernando da Fonseca Gajardoni, por sua vez, sustenta, acertadamente, que "*exige-se para o julgamento antecipadíssimo da lide que as decisões paradigmas tenham sido*

---

[5] THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil: l*eis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17.

[6] ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006)*. Revista de Processo, nº 141, ano 31, nov/2006, p. 121.

proferidas no mesmo juízo, isto é, na mesma Vara onde tramite a ação"[7]. Portanto, "juízo", para fins de interpretação do art. 285-A, do CPC, deve-se ter como Vara e não Comarca ou Subseção Judiciária.

Mas, como forma de viabilizar uma perfeita aplicação do referido artigo, em consonância com "modelo constitucional de processo", importante ser feita uma interpretação sistemática da norma legal, para que a mesma seja aplicada também de acordo com o que dispõe o art. 518, §1º, do CPC.

Cássio Scarpinella Bueno[8] trata do assunto de forma clara:

> A sentença de primeiro grau só poderia ser utilizada como paradigma interpretativo para os fins propugnados pelo art. 285-A na exata medida em que ela, sentença, estivesse em plena consonância com as decisões dos Tribunais recursais competentes.

Também nesse sentido segue a grande maioria dos doutrinadores, dentre os quais Luiz Rodrigues Wambier[9], Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Medina, Luiz Guilherme Marinoni[10] e Fernando da Fonseca Gajardoni[11].

Desse modo, para que se tenha a correta incidência da norma legal, somente deve ser extinto liminarmente o processo, com o exame do mérito (prolatando-se uma sentença de improcedência), quando sobre o tema discutido já haja posição dominante nos tribunais superiores, quiçá com a edição de súmulas.

Tal entendimento mostra-se, a toda evidência, como o mais adequado, pois, do contrário, ter-se-ia uma autorização dada ao julgador de primeiro grau para julgar improcedente o pedido sempre, mesmo naqueles casos em que matéria fosse tratada diversamente pelos tribunais superiores. Em outras palavras, ao invés de se ter a efetividade processual alcançada, estar-se-ia, na realidade, proferindo um julgamento em primeiro grau que em nada estaria contribuindo para a definitiva solução do litígio. Muito pelo contrário, na medida em que apenas provocaria uma insegurança jurídica nas partes envolvidas na demanda — que sempre se veriam incentivadas a recorrer —, evidenciando a total falta de efetividade no julgamento da ação.

---

[7] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. Revista de Processo, nº 141, ano 31, nov/2006, p. 163.
[8] SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Op. cit.*, p. 75.
[9] WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66-67
[10] MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível no site www.professormarinoni.com.br, acessado em 19.05.2007.
[11] GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Op. cit*, p. 166.

Ademais, e em decorrência da força conferida ao precedente[12], abrem-se aqui parênteses para registrar proposta extremamente relevante apresentada por Cássio Scarpinella Bueno, que coloca como imprescindível a participação, na formação do paradigma, do *amicus curiae*:

> Se, para as considerações que nos ocuparam no item anterior, a "abertura", que tipifica o "paradigma" do direito de hoje, justifica-se por uma necessária *interação* entre o órgão competente para aplicar a norma jurídica e os valores reinantes na sociedade civil e no próprio Estado – até mesmo pela complexidade, até mesmo técnica, que, cada vez mais, tem caracterizado o objeto do regramento jurídico – não há como negar uma crescente importância ou, quando menos, maior dificuldade, no papel hermenêutico, do aplicador da norma jurídica. Também desse prisma de análise, o *amicus curiae* tem o condão de desempenhar adequadamente sua função instrumental.[13]

Destarte, para que se possa legitimar qualquer julgamento que tenha a possibilidade de proporcionar uma vinculação futura — mesmo que tal vinculação seja apenas "de fato"[14], como ocorre na uniformização de jurisprudência nos tribunais[15] — a alternativa que se apresenta como mais correta é aquela que compreende a efetiva participação da sociedade (na condição de *amicus curiae*), sendo esta ouvida acerca do tema então discutido na ação.

Como *quarto* requisito necessário para que se possa aplicar a regra do art. 285-A está a necessidade de que não apenas um, mas pelo menos dois "casos idênticos" tenham sido julgados anteriormente, sendo certo que tais processos servirão como paradigma para a ação que agora será julgada.

Por fim, o *quinto* requisito: a sentença do julgador, para permitir a extinção liminar e com julgamento do mérito, precisará ser de improcedência e jamais de procedência. Mas frise-se: tal improcedência precisa ser total, de modo que a eventual improcedência parcial não permite a solução da ação sem que se tenha a citação do réu. E isso se dá por uma razão muito simples: a "improcedência parcial" significa, em

---

[12] O que há muito se defende na doutrina (como bem salienta Rodolfo de Camargo Mancuso, *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 306), em que pese somente agora vem sendo devidamente positivado (atendendo, com isso, à cultura brasileira de somente respeitar aquilo que expressamente constar em leis).

[13] SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 84-85.

[14] SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Idem*. p. 203

[15] Exceto quando a uniformização ocorrer no Supremo Tribunal Federal, pois as súmulas desta corte, em virtude da Emenda Constitucional 45/2004, passaram a ter efeitos vinculantes, o que foi regulamentado pela Lei nº 11.417/2006.

verdade, a "procedência parcial", o que, para acontecer, exige, por evidente, tenha o réu sido citado para apresentar a sua resposta ao pedido autoral.

Por outro lado, é bom frisar: o "julgamento paradigma" não necessariamente precisa ter sido de improcedência absoluta. O que importa é que a parte dele que eventualmente tenha julgado improcedente o pedido seja o único ponto agora discutido na ação posta para julgamento. Basta, para isso, que se imagine o exemplo de uma ação em que se tenha feito dois pedidos (um para declarar nula determinada cláusula contratual, por suposta abusividade, e outro para exigir indenização por conduta indevida praticada pela ré): se o pedido de nulidade da cláusula foi julgado improcedente, ele poderá servir de paradigma para o julgamento de uma ação futura que trate do mesmo tema, ainda que o pedido indenizatório tenha sido acolhido na ação originária.

2. A DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 285-A, DO CPC

Como visto anteriormente, desde a publicação da Lei nº 11.277/2006, críticas acentuadas vêm sendo desferidas ao art. 285-A, do CPC, mormente para atacar a sua constitucionalidade — existindo, inclusive, como fora alertado anteriormente, Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre o aludido dispositivo legal (ADIn nº 3.695, relator Min. Cézar Peluso).

E a referida ADIn sustenta a violação aos princípios do contraditório, da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação e do devido processo legal.

Segundo os termos constantes da aludida ação proposta pelo Conselho Federal da OAB, haveria afronta ao contraditório, na medida em que este deve ser entendido como "*garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem todos em todos os elementos (fatos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão*"[16].

[16] Trecho extraído da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 3.695), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, atacando a regra do art. 285-A, do CPC.

Daniel Mitidiero, por sua vez, ao sustentar haver afronta ao princípio do contraditório, o faz sob outro ângulo, com enfoque no direito do contraditório que estaria sendo suprimido do autor, e não do réu.

Eis o posicionamento do aludido autor:

> É lugar-comum observar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Dessa comezinha mas extraordinária impostação ressai que o direito fundamental ao contraditório não se cinge mais a *garantir* tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial. É o que vem se consagrando na doutrina, paulatinamente, como a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, consagrada à vista do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual.
> Nessa perspectiva, o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive, o demandante. A nosso juízo, o art. 285-A, CPC, está a ferir, justamente, o contraditório do autor, e não o do réu.[17]

Todavia, inobstante a profundidade dos argumentos acima mencionados, os mesmos não parecem dar a melhor solução para a questão que ora se analisa, mostrando-se com razão aqueles que sustentam inexistir qualquer afronta ao princípio do contraditório na norma do art. 285-A, do CPC.

Verificando-se a questão sob a ótica do demandado, o contraditório deve ser entendido como a garantia de a parte ter ciência e, consequentemente, defender-se de algo que possa lhe ser desfavorável. E, nesse diapasão, se a sentença for de improcedência, é sinal de que o réu sairá vencedor da demanda, sem a necessidade de apresentar qualquer defesa, o que deixa evidente o respeito ao contraditório.

Humberto Theodoro Júnior, ao abordar o tema, o faz salientando, de forma acertada, que "*a improcedência somente favorece o réu, eliminando pela* res iudicata *qualquer possibilidade de extrair o promovente alguma vantagem do pedido declarado sumariamente improcedente*"[18].

Mas, por outro lado, dúvidas não existem de que o contraditório, sob uma ótica atual, precisa ser visto também como uma garantia conferida ao próprio autor da demanda, dando-se uma dimensão ativa a esse direito fundamental.

---

[17] MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 37.
[18] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op.cit*. p. 15

No entanto, dúvidas também não devem existir para que se conclua que nenhum princípio é absoluto. E, no caso do art. 285-A, CPC, o que se tem é a preponderância de outros princípios em relação ao contraditório.

Vicente Greco Filho[19] encara a questão com precisão:

> Nenhuma norma ou princípio constitucional é absoluto, já que deve compatibilizar-se com os demais. O contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal devem conviver com a efetiva prestação jurisdicional, seriamente comprometida pela multiplicação de demandas com a mesma tese jurídica e que poderiam ser decididas rapidamente com o desafogo evidente da Justiça.[20]

Assim, prevalece, na hipótese, o princípio da efetividade processual e, por conseguinte, a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF), inserta em nossa Constituição Federal pela Emenda 45/2004.

É a prioridade estabelecida pelo legislador de que, em havendo ações com "teses jurídicas repetidas", não se justifica a demora processual, com o desnecessário prolongamento da fase instrutória se sobre o assunto específico (matéria unicamente de direito, claro) o juízo já possui convencimento devidamente formado em decorrência de julgamentos anteriores.

Ao abordar o tema, Vicente de Paula Ataíde Júnior, com razão, destaca que "*esse é o sentido democrático do contraditório, não o caracterizando como mera formalidade procrastinatória que sonega ao processo uma duração razoável*"[21].

Ademais, não deve ser olvidado que o contraditório, na questão em apreço, não foi desprezado. Como pode ser facilmente constatado pela redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A, continua garantida ao autor a interposição do recurso de apelação, ocasião em que poderá o juiz retratar-se, determinando a imediata citação do réu. E, ainda que a sentença seja mantida, o réu será igualmente citado para responder ao recurso interposto pelo autor, mantendo-se assim a possibilidade de se travar o diálogo e a cooperação, em perfeita atenção ao princípio do contraditório.

Ter-se-á, com isso, a garantia do debate no processo, com ambas as partes podendo influenciar na formação do convencimento final do julgador — ainda que tal debate se dê num momento posterior ao que normalmente ocorre.

---

[19] GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 81-82.

[20] No mesmo sentido, dentre outros, Marcos Destefenni (*Curso de Processo Civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 250).

[21] ATAÍDE JR., Vicente de Paula. *Op. cit.* p. 120.

Isso deixa claro que o contraditório — seja sob a ótica do réu, seja em sua dimensão ativa — estará sendo perfeitamente respeitado, só que de forma postergada. Tem-se, na hipótese, o que Ovídio Batista denomina de "contraditório diferido"[22] (que, aliás, está presente em tantas outras hipóteses do nosso sistema processual, como, por exemplo, nas tutelas de urgência, e sempre mereceu aplausos da grande maioria da doutrina e da jurisprudência).

Destarte, é salutar o debate levantado pela doutrina, o que torna absolutamente legítima a discordância com a opção legislativa do art. 285-A. Mas isso não torna a aludida norma inconstitucional, pois, frise-se, o que se fez, no caso, foi a ponderação de princípios, em que o contraditório foi preterido (num primeiro momento) por outros princípios constitucionais, com o fito de proporcionar às partes (ainda que o réu sequer tenha sido citado) uma solução rápida e justa para a demanda posta em juízo.

Outros dois princípios que supostamente estariam sendo agredidos pela regra do art. 285-A, do CPC, são o da isonomia e o da segurança jurídica, pois o referido dispositivo infraconstitucional estaria autorizando que os processos "*debatendo o mesmo tema, mas distribuídos a diferentes magistrados, tenham curso normal ou abreviado, conforme tenha sido proferida ou não sentença relativa ao mesmo assunto no juízo*"[23], o que, na visão dos críticos, causaria insegurança aos jurisdicionados que não foram parte no processo anterior.

Mas tal argumento mostra-se, a toda evidência, extremamente frágil, sendo incapaz de convencer acerca da inconstitucionalidade do art. 285-A, do CPC.

A possibilidade de se ter julgamentos distintos, por juízos diversos, envolvendo o "mesmo assunto" acontece (e acontecerá) sempre. E isso não se deve à regra do art. 285-A, fazendo parte, em verdade, da própria essência do processo judicial.

Aliás, como bem salienta Cássio Scarpinella Bueno[24], "na exata medida em que o proferimento de 'sentenças idênticas' para 'casos idênticos' (e é esta a expressão utilizada pelo *caput* do art. 285-A) garante 'resultados idênticos', não há como vislumbrar qualquer ofensa ao princípio da isonomia, muito pelo contrário".

---

[22] SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil. Vol 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 58.
[23] Trecho extraído da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 3.695), proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, atacando a regra do art. 285-A, do CPC.
[24] SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Op. cit*. p. 191.

E tal forma de julgamento também não caracteriza qualquer afronta ao princípio da segurança jurídica, porquanto o que ele visa é exatamente proporcionar aos jurisdicionados uma maior certeza acerca do posicionamento do juízo sobre um determinado assunto.

A mesma linha de pensamento é constatada no parecer do Procurador-Geral da República que, nos autos da ADIn 3.695, expressamente afirmou que "o art. 285-A fortalece a segurança jurídica, na medida em que assegura maior previsibilidade das sentenças a serem prolatadas pelos juízos monocráticos".

Destarte, inexiste qualquer afronta aos princípios da isonomia e da segurança jurídica na norma constante do art. 285-A.

Parte da doutrina[25] ainda sustenta haver, na regra do art. 285-A, violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois este seria, na visão externada pelo Conselho Federal da OAB, em sua petição inicial na ADIn 3.695, "o direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juiz-réu)".

Todavia, também nesse aspecto, não se mostram com razão os que defendem a inconstitucionalidade do art. 285-A por suposta afronta ao direito de ação.

A uma, porque é equivocado pensar que, para que se tenha o exercício do direito de ação, é imprescindível a formação da relação processual triangular entre o juiz, o autor e o réu. Tantos são os casos em que tal triangulação não se forma (por exemplo, em todas as hipóteses de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 295, do CPC), e nem por isso o direito de ação deixou de ser exercido.

A duas, porque é igualmente equivocado pensar que pelo direito de ação tem o autor o direito a uma sentença favorável. É evidente que tal direito garante ao autor o acesso ao Judiciário, bem como lhe garante uma sentença justa e prolatada num prazo razoável, pouco importando quem sairá vitorioso na ação.

E tudo isso estará sendo garantido ao autor na hipótese versada no art. 285-A, do CPC, de modo que também não se sustenta a alegação de inconstitucionalidade do referido dispositivo por suposta ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por fim, e como corolário de todos os princípios anteriormente enfrentados, é também alegado que o art. 285-A estaria a ofender o princípio do devido processo legal (*due process of law*), que é princípio-maior do processo, sendo, nas palavras de Nelson

[25] Nesse sentido Elpídio Donizetti (*Curso didático de direito processual civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 259).

Nery Jr, "o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies"[26].

E, até mesmo por essa condição de "liderança" conferida ao princípio do devido processo legal, e diante de tudo o que foi anteriormente analisado, percebe-se que tal princípio não está sendo violado pela norma do art. 285-A, do CPC.

Em seu sentido estrito, o aludido princípio assegura o dever de efetivo cumprimento das normas processuais previstas em lei. E o que se tem na hipótese é exatamente isso, pois o art. 285-A é uma norma processual, devidamente estabelecida em lei e que, por evidente, precisa ser respeitada. O seu desrespeito é que poderia gerar afronta ao princípio do *due process of law*.

No sentido amplo, o princípio do devido processo legal "caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*"[27].

Pertinentes se mostram as palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

> O modelo internacionalmente aceito do processo justo e équo está presente no sistema jurídico brasileiro e funda-se na cláusula geral do devido processo legal. Por processo justo e équo deve-se entender aquele processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado, com emprego instrumental técnico-processual adequado e conducente a uma tutela adequada e efetiva.[28]

E não resta dúvida de que as garantias constitucionais não foram retiradas das partes diante da regra do art. 285-A. O autor continua tendo intacto o seu direito de provocar o Poder Judiciário, para que receba deste uma sentença rápida e justa, que apreciará o tema de modo "idêntico" ao que já ocorrera em outras situações perante o mesmo juízo. O réu, por sua vez, diante da aplicação do art. 285-A sairá integralmente vencedor da demanda, mesmo que para tal não tenha sido inicialmente citado – citação esta, frise-se, que ocorrerá na hipótese de ser interposta apelação pelo autor, garantindo ao réu o direito de defender-se das alegações da parte contrária.

Destarte, inexiste qualquer inconstitucionalidade na regra do art. 285-A, pois este "converge à realização concreta de um processo civil mais justo, mais rápido, mais

---

[26] NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 32.
[27] NERY JÚNIOR, Nelson. *Idem*. p. 35
[28] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In: Leituras complementares de processo civil. Fredie Didier Jr (org.). 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, 31.

eficiente, mais racional, e realiza adequadamente os diversos princípios constitucionais do direito processual civil"[29].

3. A EFETIVIDADE PROCESSUAL E A REGRA DO ART. 285-A

O processo civil brasileiro há muito clama por uma maior efetividade na busca constante por um "processo justo". E as reformas recentemente introduzidas no Código de Processo Civil estão voltadas exatamente para esse aspecto.

Inclui-se, por evidente, nessa busca pela efetividade, a regra do art. 285-A ora em análise.

É a autorização para que o processo não se prolongue por tempo inadequado (em total confronto com a garantia constitucional da "razoável duração do processo") quando se mostrar absolutamente improcedente, hipótese em que poderá o julgador de primeiro grau, com base em julgamentos paradigmas, encerrar imediatamente o processo, sem se promover a citação do réu.

Em reforço ao que vem sendo adotado expressamente pelo nosso sistema desde a Emenda Constitucional 45/2004, com a regra do art. 285-A passa a ser possível o julgamento com base em precedentes, verificando-se, assim, uma tendência de que as decisões do Poder Judiciário passem a ter tanto prestígio quanto as leis do Poder Legislativo[30].

Como visto nos tópicos acima, a regra do mencionado artigo permite que se tenha um julgamento rápido, dando a solução definitiva ao conflito instaurado. Ademais, outra virtude percebida na aludida norma é que o réu deixará de ser "importunado" (pelo menos num primeiro momento) para defender-se de uma ação cujo julgamento já seria de todo previsível (a ser favor), em decorrência de tantos outros julgados havidos anteriormente sobre o mesmo tema.

Nicolò Trocker sustenta que a verdadeira garantia da justiça não é representada pelo simples direito de propor a ação, mas pela forma como a tutela é posta à disposição do jurisdicionado, pois "*il diritto esiste in quanto sai disponibile il rimedi*"[31].

---

[29] SCARPINELLA BUENO, Cássio. Op. cit. p. 203.
[30] WELTER, Belmiro Pedro. *O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil*. Revista dos Tribunais, ano 95, vol. 853, nov/2006, p. 51.
[31] TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: i' "azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, ano LXI, nº 1, mar/2007, p. 42.

Todavia, que não se confunda a existência do "remédio" com a garantia de ser obtido um resultado favorável.

E, na hipótese do art. 285-A, do CPC, parece indiscutível que o "remédio" é devidamente disponibilizado. No entanto, o direito de propor a ação não garante ao autor da demanda o seu êxito. E mais: quando o insucesso na ação mostrar-se inevitável, nada mais razoável do que promover o seu imediato encerramento, sem o prolongamento desnecessário do processo.

Ademais, não se pode perder de mente que o objetivo principal do processo é a satisfação do direito material, com a efetiva realização da justiça, conforme destaca José Roberto dos Santos Bedaque[32]:

> A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento do trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar os aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de maio para que o processo atinja seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo.

Com efeito, a hipótese do art. 285-A evidencia exatamente a "busca por alternativas que favoreçam a solução dos conflitos", a que se refere Bedaque, permitindo que se tenha a efetividade alcançada, sem provocar prejuízo no exercício do direito de ação.

Tem-se, ainda valendo-se das palavras de Bedaque, a "flexibilização do procedimento", com a aplicação do "princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa", para que se alcance os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material.[33]

4. A CONSTATAÇÃO PRÁTICA DA APLICABILIDADE DO ART. 285-A

Em que pese tratar-se de dispositivo ainda recente em nosso ordenamento jurídico, mas visando demonstrar como tem sido a aplicação do art. 285-A, o presente trabalho envolveu ainda uma pesquisa junto à Justiça Estadual (em todas as cinco Varas

[32] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50-51.
[33] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Op. cit.* p. 61.

Cíveis e nos dois Juizados Especiais Cíveis) e à Justiça Federal (nas duas Varas Federais e no Juizado Especial Federal) no município de Campos dos Goytacazes-RJ.

O que se constatou foi uma significativa variação de postura entre os diversos juízos pesquisados.

Nas duas Varas Federais da Subseção Judiciária de Campos nenhum caso havia sido julgado com base no art. 285-A, ao passo que o Juizado Especial Federal vem valendo-se do referido dispositivo em diversas situações (como, por exemplo, na questão relativa à revisão dos valores da aposentaria pelo INSS), imprimindo significativa celeridade no julgamento das demandas.

E merece destaque a postura constatada no Juizado Especial Federal de Campos: a interpretação que vem sendo dada ao art. 285-A, do CPC, é a mesma que acima foi sugerida, ou seja, somente julgar com base em "teses jurídicas repetitivas" que já estejam pacificadas (ou, ao menos, com forte tendência) nos Tribunais Superiores ou Turmas Recursais.

Perante a Justiça Estadual de Comarca de Campos, foi constatado que nenhuma das Varas Cíveis aplicou a regra do art. 285-A, não por rejeição à referida norma legal, mas por inexistência de situação que possibilitasse o julgamento *prima facie* autorizado pelo referido dispositivo legal. O mesmo se verificou no II Juizado Especial Cível.

Todavia, realidade diversa foi diagnosticada no I Juizado Especial Cível de Campos. Em tal juízo, no segundo semestre de 2006, foi aplicado o art. 285-A em diversas "ações idênticas", envolvendo pedidos indenizatórios decorrentes de suposta falha de serviço por parte de empresa fornecedora de energia elétrica que atende o município de Campos — sendo certo que todas as ações estavam fundamentadas em "fato idêntico", qual seja, a ocorrência de "apagão elétrico" no mês de fevereiro de 2006.

Assim, e considerando um universo de aproximadamente 25.000 (vinte e cinco mil) processos em andamento no Juizado Especial Cível de Campos (na oportunidade, ainda não havia o desmembramento em dois Juizados, fato que ocorreu no início do ano de 2007), cerca de 4.000 (quatro mil) processos envolviam a questão acima apontada, sendo certo que todos estes foram encerrados com a improcedência do pedido autoral, em virtude da aplicação da regra do art. 285-A, do CPC. Isso significa a eliminação, por

meio de uma “única” penada, de mais de 15% (quinze por cento) de todos os processos que se encontravam em andamento.

É a constatação precisa de que a aplicação de tal dispositivo legal permite que se tenha um processo efetivo, julgado em tempo curto, atendendo-se, por conseguinte, ao princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF).

CONCLUSÃO

Diante do que foi visto no presente estudo, algumas conclusões podem ser alcançadas a respeito do art. 285-A, do CPC:

1) Para que se tenha o julgamento *prima facie* do processo, antes mesmo da citação do réu, é preciso que a matéria versada na ação seja unicamente de direito e possua a mesma “tese jurídica” de outros julgamentos paradigmas, para que, ao final, seja prolatada uma sentença com a improcedência integral do pedido.
2) O paradigma a ser utilizado como fundamento para a sentença deve encontrar respaldo na jurisprudência dominante nos tribunais, de preferência com a existência de súmula sobre o assunto, para que não se provoque uma verdadeira “inefetividade processual” (o que ocorrerá se, na hipótese, a sentença de primeiro grau for contrária ao posicionamento que prevaleça nas instâncias superiores, pois dessa forma, ao contrário de proporcionar o rápido exame do litígio, incentivará a interposição de recurso objetivando a sua reforma).
3) Na formação do paradigma deve ser permitida a participação da sociedade, por meio do *amicus curiae*, para que, com isso, seja garantido o respeito ao “dever de cooperação”.
4) Inexiste inconstitucionalidade na regra do art. 285-A, do CPC, pois a mesma não provoca qualquer afronta aos princípios do contraditório, da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação e do devido processo legal.
5) Não há “princípio absoluto”, de modo que, ainda que seja necessário se fazer uma ponderação de princípios, deve haver, na hipótese do art. 285-

A, a preponderância do princípio da razoável duração do processo, para que seja alcançada a efetividade processual almejada.

6) A aplicação do art. 285-A, embora exija certa cautela (adotando-se como paradigma posicionamento que seja majoritário nos tribunais), pode acarretar uma rápida e considerável redução do volume de processos — desencorajando aqueles que pretendiam valer-se da mesma "aventura" e, simultaneamente, permitindo melhores condições de julgamento das questões que realmente mostrarem-se como controversas.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR, Vicente de Paula. *A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006)*. RePro 141, ano 31, nov/2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 3.695. Relator: Ministro Cézar Peluso. Petição inicial.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo nº 3.695. Relator: Ministro Cézar Peluso. Parecer do Procurador Geral da República.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 7ª ed. Salvador: Jus Podium, 2007.

DONIZETTI, Elpídio Donizetti. *Curso didático de direito processual civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide.* Revista de Processo, nº 141, ano 31, nov/2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. Vol. 2. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. In: Leituras complementares de processo civil. Fredie Didier Jr (org.). 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível no site www.professormarinoni.com.br, acessado em 19.05.2007.

MEDINA, José Miguel. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MITIDIERO, Daniel. Processo civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil – volume 2: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7.2.2006, 11.277, de 7.2.2006, e 11.280, de 16.2.2006*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil. Vol 1. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As novas reformas do Código de Processo Civil: l*eis nºs 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006; e 11.280, de 16.02.2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: i' "azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, ano LXI, nº 1, mar/2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. *O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil*. Revista dos Tribunais, ano 95, vol. 853, nov/2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Avanços e retrocessos na reforma do CPC*. Palestra proferida no dia 16 de abril de 2007. Brasília. II Seminário sobre as “Novas reformas do processo civil”.

MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUSTIÇA CO-EXISTENCIAL OU EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA?[1]

Delton R. S. Meirelles[*]

RESUMO

Este artigo traz uma reflexão os meios alternativos de resolução de controvérsias, apresentados como solução para a crise judicial da pós-modernidade. Após a comparação entre as diferentes visões sobre seus objetivos, será analisado o impacto da agenda econômica sobre a política pública de alguns países latino-americanos.

PALAVRAS-CHAVES: MEIOS ALTERNATIVOS, MARC, JURISDIÇÃO

ABSTRACT

This paper brings a reflection about the Alternative Dispute Resolution, presented as the solution for the judicial crisis of Postmodernity. After comparing the different ways on its purposes, will be analyzed the impact of the economical agenda on the politics of some Latin American countries.

KEYWORDS: ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, ADR, ADJUDICATION

I. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É corrente a idéia da crise do Judiciário a partir da segunda metade do século XX, determinada, entre outros motivos, pela crescente judicialização da política e das relações sociais. Tal questão, especialmente sensível na realidade dos países periféricos e a busca pela constitucionalização e efetivação de direitos fundamentais, alia-se ao problema da constante complexidade da interpretação jurídica de novos conflitos e conseqüentes questionamentos à legitimidade judicial estatal para dirimi-los.

Mas esta crise da legitimidade não se restringe às deficiências interpretativas nesta reconfiguração dos conflitos sociais. Merece também destaque a luta de diversos

[1] Trabalho apresentado no GT COMPLTAR

[*]Professor assistente do departamento de processualística da Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF). Doutorando em Direito (UERJ)

movimentos sociais para a derrubada de barreiras à tutela jurisdicional plena, pressionando os Estados a pensarem em políticas públicas inclusivas, conhecidas como movimentos de Acesso à Justiça, analisadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no revolucionário projeto de Florença. Assim, há vários obstáculos que não se esgotam nos limites econômicos[2], como questões técnicas referentes à proteção de interesses coletivos, questões sociais[3] e culturais[4].

Uma das soluções apresentadas é o estímulo aos chamados meios alternativos de resolução de conflitos (doravante chamados de MARC's[5] em vez do seu equivalente inglês ADR – *Alternative Dispute Resolution*), cujo conceito não é muito preciso na literatura sócio-jurídica[6]. Mauro Cappelletti, p. ex., em relatório apresentado em simpósio sobre a Justiça Civil e suas alternativas (1992), oferece um conceito bem amplo, incluindo "*expedientes – judiciais ou não – que tem emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais, de procedimento*"[7], como as *class actions* e o acesso à informação. Assim, os meios alternativos constituiriam uma forma de tutela jurisdicional diferenciada, em oposição aos procedimentos clássicos do processo tradicional.

---

[2] O que afeta triplamente as classes mais baixas, em razão das altas custas, a desproporcionalidade entre tais custas e o valor das causas e a lentidão dos processos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, pp. 168/169)

[3] Para T. H. Marshall, "*a distância dos tribunais era devida aos tecnicismos do direito e de seu processo que fez com que o cidadão ordinário tivesse de lançar mão de especialistas para orientá-lo quanto à natureza de seus direitos e para auxiliá-lo a obtê-los"* (*Cidadania e classe social*, p. 65.)

[4] Os fatores culturais e sociais são o desconhecimento dos direitos pelos cidadãos mais pobres, a hesitação em propor ações por medo de represálias (como no direito do trabalho) e a falta de acesso a advogados. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, p. 170). No mesmo sentido, o relatório feito por Earl Johnson Jr. (Projeto Florença), para quem "*economic cost is not the only source of inaccessibility for many litigants. For many, the format courts may seem inaccessible in psychological terms. This, of course, is a more subtle phenomenon. It seems compounded of several factors: the anxiety-provoking formality of the typical courtroom setting, the language barrier for some litigants, the mysterious legal machinations for nearly all, and similar considerations"*(*Promissing institutions: a synthesis essay*, p. 878). Também Cappelletti & Garth dizem que "*o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem*" (*Acesso à Justiça*, p. 97.)

[5] Segue-se a crítica feita por Elisabetta Silvestri, para quem a moda destes meios alternativos, imposta culturalmente pela hegemonia ideológica norte-americana, a qual acabaria impondo até mesmo a sigla ADR ("*il sucsesso incontrato daí metodi alternativi è quase senza precedenti: autorevoli esponenti della dottrina, come pure membri di spicco Del ceto forense e della magistratura sembrano conquistati dalla moda delle ADR, como ormai vengono familiarmente chiamate anche da noi le alternative al processo, spesso italianizzando la pronuncia di questo acronismo che, come si spera sia noto almeno a coloro che se ne servono, sta per* Alternative Dispute Resolution " - "Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", p. 475).

[6] Ada Pellegrini Grinover, em relatório brasileiro para o VIII Congresso Internacional de Direito Processual (1987), aplica o conceito de *defomalização* em dois sentidos (processo e controvérsia), para estabelecer tal diferença: " (...)*de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante intrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais.* ("Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 179).

Em outros casos, os MARC's constituiriam o estímulo dos juízes e/ou auxiliares do juízo à solução negociada pelas partes. Em vez de um procedimento voltado apenas para a imposição de uma sentença fundada num contraditório técnico, surgiriam oportunidades (predeterminadas em audiências ou não) para tentativas de acordo, evitando-se o prolongamento do processo com a produção de provas e interposição de recursos.

Finalmente, os MARC's podem ser analisados sob um ângulo menos técnico-processual e mais político-social: uma paulatina redução do intervencionismo estatal e a ascensão de soluções privadas para os conflitos atuais. Neste caso, o adjetivo "alternativo" se referiria à jurisdição estatal, e não ao procedimento formal e tradicional, restando ao Judiciário verificar a existência da tentativa prévia de negociação ou executar o termo de acordo/arbitragem[8].

Diante deste quadro plurissignificativo, surge um debate sobre os fundamentos de tais métodos alternativos, o qual transcende a teoria do processo e chega ao debate sócio-político: qual é o seu papel? Garantir uma maior legitimidade da jurisdição estatal ou satisfazer aos objetivos de redução do Estado?

Certamente que este quadro não pode ser analisado maniqueisticamente, sob pena de se simplificar a discussão entre um modelo necessariamente bom e outro essencialmente perverso. Mas isto não significa admitir-se a fábula da neutralidade axiológica do trabalho científico[9] ou o autismo gerado pelo formalismo dogmático: problematizar a utilização dos MARC é reconhecer a necessidade de uma análise epistemológica e interdisciplinar dos institutos jurídico-processuais, como alerta Mauro Cappelletti,

> esta autonomia do direito processual significa uma certa abstração de alguns aspectos deste direito face ao objeto substancial do processo; isso porém não significa, ao mesmo tempo, uma necessária abstração destas facetas do direito processual relativamente a fundamentos extrajurídicos, extraprocessuais, culturais, políticos, econômicos, ideológicos[10].

---

[7] "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", *in Revista de Processo* nº 74, p. 82.

[8] Também é possível um sistema misto, em que há política publica de incentivo à arbitragem, mas dentro de um contexto jurisdicional estatal, como relata Oscar Chase, *"the most obvious way in which the judiciary hás contributed to the growth of ADR hás been by establishing the already-noted 'court-annexed' programs. These tipically involve the creation of na arbitration or mediation service (or both) that is administrated by the court"*("The Rise of ADR in Cultural Context",p. 97)

[9] Como bem assinala Weber em "A objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais"

[10] "A ideologia no processo civil", *in Ajuris nº23*, p. 29

I.1. OS MARC'S COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

Uma das vantagens da utilização dos meios alternativos, para seus defensores, é o retorno a um modelo de justiça baseado em idéias comunitárias[11], em oposição à distante e formal jurisdição estatal. Como lembra Boaventura de Sousa Santos, "*pode-se dizer que todas as sociedades minimamente complexas têm à disposição dos litigantes um conjunto mais ou menos numeroso de mecanismos de resolução dos litígios, entendendo como tal todas as instâncias suscetíveis de funcionar como terceira parte, ou seja, como instâncias decisórias exteriores às partes em litígio*"[12]. Em outra oportunidade, o pesquisador português relata experiências sociológicas neste sentido, que tinham "*por unidade de análise o litígio (e não a norma) e por orientação teórica o pluralismo jurídico, orientados para a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais*"[13].

Neste sentido, cria-se uma atmosfera favorável aos MARC's, entendidos como instâncias legitimadas para a solução de conflitos sociais pelo próprio meio social em que se inserem, gerando uma maior conscientização política e participação popular[14]. Mauro Cappelletti, nos seus estudos sobre as políticas públicas de acesso à Justiça, defende um ideal de *justiça coexistencial* que "(...) *deve ser perseguida quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um second best, mas também melhor do que a Justiça ordinária contenciosa*"[15]. Assim, não haveria uma concorrência entre as duas "justiças"[16, 17 e 18], já que os MARC's não esvaziariam o Judiciário formal,

---

[11] O ideal comunitário está mais presente nos modelos autocompositivos (mediação e conciliação) do que nos equivalentes jurisdicionais (arbitragem). Neste sentido, Chase afirma que "*mediation retained vigor as a response to dispute, it was largely in various self-organized utopian communities and within the insular world of immigrant groups (...) that brought a deep distaste for litigation to the New World"* (The Rise of ADR in Cultural Context", p. 101). O mesmo autor busca compreender este atual surto das ADR's a partir do movimento do *counterculturalism* (*ib.* , *ibid.*, pp. 109/111)

[12] SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 52

[13] *Pela mão de Alice*, p. 175.

[14] Este parece ser o ponto defendido por Ada Pellegrini Grinover, ainda que trate do tema específico da conciliação ("*a ponto de falar-se de uma 'cultura da conciliação', que conheceu um impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importante desdobramento, por indicar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da Justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também por assumir relevante papel promocional de conscientização política*" - "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 192)

[15] "O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época".

[16] Entretanto, não pode ser desprezada à resistência da magistratura tradicional. Em pesquisa realizada no ano de 1994, 64,9% dos juízes fluminenses entrevistados mostraram-se contrários às idéias de sua abertura à participação

e sim deveriam ser entendidos como órgãos de auxílio das políticas públicas de acesso à Justiça[19], atendendo-se ao escopo de pacificação social dos litígios[20].

Destaque-se que os MARC's não constituem um fenômeno recente. Ainda que não se considerem a autocomposição e a heterocomposição privadas pretéritas à constituição dos Estados modernos (já que não seriam alternativos, e sim principal método utilizado nas respectivas comunidades), é possível identificar esta cultura enraizada em países como os EUA (como relata Chase, "*alternatives to litigation have been a feature of the American way of disputing throughout its history"*)[21].

Outro ponto interessante é que tais órgãos não ficam necessariamente vinculados à dominante jurisdição de direito, e sim podem decidir como base na equidade[22], como expõe Calamandrei:

> Anche nei sistemi processuali dell'Europa continentale si trovano numerosi esempi di "giurisdizioni di equità" o di collegi arbitrali composti di "amichevoli compositori", i quali cercano la giustizia del caso singolo, traendo ispirazione non dalla lege, che non li vincola, ma

---

popular (JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*, p. 204)

[17] "*Também não se põe de modo alternativo e excludente a escolha entre o processo, como meio de solução dos litígios, e equivalentes jurisdicionais capazes de evitá-lo, como a conciliação prévia extrajudicial, atividade preparatória cuja finalidade é a autocomposição. Nem todos os tipos de controvérsia se coadunam com as vias conciliativas. E estas devem permanecer a nível facultativo e coexistente ao processo, a fim de que não se frustre a garantia constitucional da proteção judiciária dos direitos e dos interesses*".(GRINOVER, Ada Pellegrini. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 201).

[18] Destarte, tais meios alternativos não poderiam servir para esconder as mazelas do Judiciário estatal, como pontifica Ovídio Baptista: "*As alternativas dos Juizados Especiais e das juntas de conciliação, instrumentos sem dúvida valiosos como coadjuvantes na busca de uma prestação jurisdicional compatível com os nossos tempos, podem transformar-se em escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas ou relegadas para as calendas gregas. (...) Devemos buscar alternativas, sem no entanto perder de vista o problema fundamental enfrentado pela jurisdição estatal*".(*Processo e ideologia*, p. 319).

Em sentido semelhante, Michele Taruffo aponta uma função negativa de tais órgãos: "*quando il processo giudiziario funziona bene (...) l'ADR rimane um fenomeno tutto sommato marginale e chi ha bisogno della tutela di um próprio diritto preferisce rivolgersi al giudice. Quando, al contrario, i rimedi giurisdizionali non funzionano (...) l'ADR diventa uma sorta di alternativa necesssaria per coloro che hanna bisogno di risolvere controversie ma non posso o non vogliono farlo per mezzo di procedure formali di amministrazione della giustizia che sono onerose, costose ed eccessivamente lunghe*". (*Dimensioni transculturali della giustizia civile, p. 1065*).

[19] Ainda conforme Boaventura, "*não me parece tão-pouco que estes mecanismos de resolução dos litígios à margem do controlo do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade*"(*Pela mão de Alice*, p. 179).

[20] Como afirma Ada Pellegrini Grinover, "*é isso que vem finalmente indicar aquela que talvez seja a função primordial da conciliação: a pacificação social. Esta não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto*(...)". ("Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 192). É curioso notar o discurso recorrente na literatura brasileira ao "espírito pacífico" de nosso povo (ou o *homo cordialis* de Sergio Buarque de Hollanda), como se observa no argumento construído por Cândido Rangel Dinamarco: "*é do sentimento popular o refrão segundo o qual 'mais vale um mau acordo, do que uma boa demanda'* (...) *Isso corresponde ao decantado espírito conciliador que caracteriza a nação brasileira*".("Princípios e critérios no processo das pequenas causas", p. 112).

[21] CHASE, Oscar G.. "The Rise of ADR in Cultural Context", p. 100. No mesmo sentido, diz Elisabetta Silvestri: "*molti sembrano ignorara che próprio negli Stati Uniti le alternative al processo costituiscono un fenomeno già Vecchio, sai per data di nascita, sai perchè, a torto o a ragione, si ritiene che la fase di massima espansione delle alternative sai terminata e che sai tempo di valutare, quase in una prospettiva storica, gli effetti che la loro diffusione há prodorto*"("Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", p. 478)

[22] São exemplos legislativos brasileiros os juizados especiais (lei 9099/95, arts. 6º e 25) e a arbitragem (lei 9307/96, art. 2º).

> da quel senso di equità vivente nella loro coscienza, che detta loro la decisione più conveniente e più aderente alle circostanze del singolo caso[23].

Por fim, Barbosa Moreira ressalta que o uso dos meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos de interesses não se confunde com privatização do processo: de fato "*longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem sua atividade revestida de caráter público*"[24] ou, em outras palavras, "*o caso é antes de* publicização *da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de* privatização*"*[25].

I.2.OS MARC'S COMO POLÍTICA DE REDUÇÃO DO ESTADO

Sob uma perspectiva weberiana, os Estados modernos somente puderam construir sua dominação política a partir da apropriação do poder decisório, constituindo o monopólio jurisdicional. A partir de então, poder-se-ia verificar a formação do conflito entre maximização dos poderes estatais e autonomia privada. Assim, pode-se adotar uma dicotomia entre Estados reativos e ativos, conforme o grau de intervenção nos conflitos sociais[26].

Nesta perspectiva, poderíamos identificar entre os argumentos pró-MARC's uma defesa da redução do papel do Estado na resolução de conflitos[27]. Este discurso ganhou força com a crise do modelo de *wellfare state* e ressurgimento do liberalismo econômico como ideologia hegemônica do capitalismo globalizado. Sendo assim, a sobrecarga de trabalho dos tribunais[28] e a conseqüente morosidade da prestação jurisdicional justificariam os meios alternativos como medida garantidora de maior eficiência estatal, já que não seria economicamente viável maiores investimentos no aparelho judicial[29], e conseqüente "*necessidade real de remédios acessíveis e efetivos para pequenas*

---

[23] *Opere giuridiche*, p. 640.
[24] *Privatização do processo?*, p. 09.
[25] *Privatização do processo?*, p. 11.
[26] DAMASKA, Mirjan. "I due tipi di Stato e gli scopi del processo".
[27] Como pode se observar da seguinte passagem "Existem vantagens obvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral" (CAPPELLETTI &GARTH, *Acesso à Justiça*, p. 82).
[28] Esta visão burocrática já era percebida por Carnelutti, para quem "*infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes* [a autocomposição] *se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes*" (*Instituições do Processo Civil – Volume II*, p. 70).
[29] "*Reformar o judiciário pode parecer, à primeira vista, uma tarefa simples. Se os recursos disponíveis não são suficientes para que se processe com rapidez e segurança o grande número de casos que chegam à justiça a cada ano, a solução seria aumentar a disponibilidade de recursos ou reduzir o número de casos. No primeiro grupo, estão as propostas de se investir mais em tecnologia de informação (informática) e preencher os cargos vagos de juizes;*

causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais"[30]. Ainda que mencione expressamente as intenções do juiz Warren Burger, da Suprema Corte Americana, a crítica feita por Owen Fiss é adequada a esta exposição:

> O juiz Burger não é movido pelo amor ou pelo desejo de encontrar novos caminhos para restaurar ou preservar as relações amistosas, mas sim por preocupações relativas à eficiência e à ordem política. Ele busca alternativas para a litigância com o propósito de diminuir o volume de casos no Judiciário ou, de forma mais plausível, de isolar o *status quo* da possibilidade de reforma pelo Judiciário[31].

Frise-se que seria difícil a simples delegação da atividade jurisdicional a particulares, até porque mesmo os defensores do modelo de Estado gerencial entendem que o Judiciário integra o núcleo estratégico que não pode ser desvinculado[32]. Mas não seria exagero falar em privatização da resolução de controvérsias (ao contrário do que supõe Barbosa Moreira), sendo admitida esta natureza por Cappelletti & Garth:

> Aspecto (...) que decerto merece ênfase é o da 'privatização', como um dos elementos da evolução jurídica moderna (...). A privatização é evidentíssima na 'segunda onda' do movimento de acesso à Justiça, em que indivíduos e associações privadas têm adquirido legitimidade para demandar a proteção de interesses de grupos coletivos (chamados difusos). Mas a privatização também emerge na 'terceira onda': considere-se o fato de que, em muitos expedientes de ADR, leigos assumem funções decisórias ou quase decisórias, assim como o fato de que, com freqüência, o critério de julgamento antes a equidade que o direito escrito. [33]

Nos EUA, a questão fica ainda mais clara quando se analisa a força da arbitragem privada como meio usual de resolução de controvérsias, constituindo opção corrente à jurisdição estatal, conforme narra Oscar Chase:

> Privatization of disputing involved, of course, removing disputes from the relevant organ of government, the judiciary. (...) The Supreme Court, no doubt affected by a concern for the overloaded judiciary, relied on the Federal Arbitration Act (FAA) to rigorously enforce arbitration agreements. Corporations quickly took advantage of these decisions to insisto n arbitration clauses in contracts of employment, Sales, and brokerage. They were thus able to privatize the resolution of such disputes because under FAA there is only very little judicial supervision of arbitration awards. Legal rules need not determine an arbitral award[34].

Por outro lado, é nítido o interesse das corporações capitalistas nas políticas públicas para o Judiciário: não há dúvidas de que "*os sistemas jurídico e legal ocupam um papel de destaque entre as instituições que mais influenciam o desempenho econô-*

---

ou seja, fazer mais da mesma maneira. Obviamente isso implicaria o aumento dos gastos com o judiciário, o que se chocaria com a necessidade de reduzir o déficit público e ao mesmo tempo elevar a oferta de serviços como saúde, educação e segurança pública". (PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 191).

[30] CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 97.

[31] FISS, Owen. "Fora do paraíso", p. 147.

[32] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. "A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle"

[33] "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", *in Revista de Processo* nº 74, p. 95.

mico das nações"[35], como reconheceu o então presidente do STJ, Min. Edson Vidigal, durante reunião-almoço com os integrantes do Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa):

> A economia é indissociável da operação do Direito. Porque o que é o Direito senão a afirmação dos parâmetros e dos comportamentos de todos os setores que se movem na sociedade? E a sociedade, na civilização, não se move sem a economia. Então, uma decisão judicial equivocada pode comprometer muito o chamado risco Brasil.[36]

Neste cenário, o Estado (especialmente em sua função jurisdicional) revela-se como um obstáculo à livre negociação, fenômeno decorrente do princípio da autonomia da vontade. Quanto menos o Judiciário intervir, melhor será para a Economia. Assim, o estímulo às soluções privadas se explica não só pela eficiência e rapidez, mas especialmente para que a "mão invisível do mercado" possa ditar o ritmo das negociações. Não é de se estranhar que, em pesquisa realizada entre empresários, diante da afirmação "*os empresários costumam dizer que 'é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça'*", 36,9% dos entrevistados concordaram totalmente e 51,3% concordaram parcialmente (totalizando 88,2%)[37]. Por outro lado, a mesma pesquisa revela reclamações por parte do patronato contra o excesso de controle do Judiciário, o qual impediria a expansão dos meios alternativos:

> A estrutura legal foi apontada como uma razão para a não utilização de mecanismos de resolução de conflitos, como a arbitragem, porque a lei não proíbe à parte perdedora de recorrer aos tribunais num momento posterior. Também foi mencionado o fato de as instituições públicas não se acharem autorizadas a propor ou aceitar a solução de conflitos fora dos tribunais[38].

Acontece que a intervenção estatal não significa necessariamente excesso de burocratização ou corrupção institucionalizada. Nos países social-democratas, especialmente aqueles que constitucionalizaram a garantia do pleno acesso à Justiça (como nosso art. 5º, XXXV), a tutela jurisdicional se revela um direito fundamental a ser protegido pelo Estado. E isto se deve ao reconhecimento das desigualdades sócio-econômicas[39], que são reequilibradas pela constante vigilância do juiz na condução do processo.

---

[34] CHASE, Oscar G.. "The Rise of ADR in Cultural Context", p. 111
[35] PINHEIRO, Armando Castelar, *in Judiciário e Economia no Brasil*, p.13.
[36] Notícias do STJ de 24/01/06, em <http://ww2.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=16295>
[37] PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 114.
[38] PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 105.
[39] Frise-se que o desequilíbrio não reside apenas no plano econômico. Num mundo em que ainda se convive com a intolerância religiosa e preconceitos de vários tipos, faz-se necessário um Judiciário independente para se assegurar a devida tutela jurisdicional. Neste ponto, Fiss se opõe a Chase, afirmando que "*a partir da perspectiva de uma comunidade religiosa isolada, que se distingue por sua coerência e pela devoção de seus membros com relação a um*

Nos casos de flagrante disparidade de forças[40] (por mais que os liberais ignorem tal realidade), o acordo pode se revelar altamente prejudicial para o hipossuficiente[41], que não teria as mesmas informações sobre a previsão da decisão do litígio (ao contrário do empresário, que pode calcular os riscos da sentença), além da necessidade urgente do pagamento, por menor que seja, para garantia da subsistência[42]. Assim, o "*consentimento é obtido via coação,* [sendo] *o acordo* (...) *uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado*"[43].

O acordo, como fruto de um consenso legitimidade pela livre negociação entre as partes[44], acaba sendo menos legítimo do que a sentença estatal, quando se verifica um desequilíbrio entre os contratantes, como observa Boaventura de Sousa Santos

> a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais [45]

II.OS MARC'S NAS POLÍTICAS PÚBLICAS LATINO-AMERICANAS

Um bom exemplo de como o discurso dos meios alternativos é utilizado para satisfazer os interesses econômicos está em nosso continente. A partir do final da

---

grupo de valores partilhados, deve haver um motivo para duvidar-se da alegação, daqueles que recorrem às cortes, de que a reconciliação não é possível. (...) Quando deixamos os antigos Hebreus e Cristãos e voltamos nossa atenção para os Estados Unidos na atualidade, podemos perceber que não há razão alguma para aceitarmos tais suposições. Não existem motivos para que suponhamos que o desejo das minorias de conseguir justiça por seus próprios meios seja injustificado ou que elas promovam ações judiciais porque querem conselhos de uma classe superior. É mais razoável supormos que elas recorram às cortes por necessidade" ("Fora do paraíso", p. 149).

[40] Este risco foi previsto por Cappelletti, alertando para o uso incorreto dos MARC's nestes casos, ao afirmar que "*isto suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: ou seja, que eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes*" ("Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", p. 91).

[41] "(...) *o acordo é também um produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, freqüentemente, distribuídos de maneira desigual [o que] irá, invariavelmente, contaminar o processo de negociação e, conseqüentemente, o acordo ofenderá a concepção de justiça"*(FISS, Owen. "Contra o acordo", p. 124-125).

[42] Owen Fiss também cita os problemas da falta de recursos para a contratação de bons advogados e de manter as despesas do processo ("Contra o acordo", p. 125). Talvez este problema mereça ser relativizado no caso brasileiro, tendo em vista o sistema de defensoria pública formado por profissionais qualificados, a despeito de deficiências estruturais.

[43] FISS, Owen. "Contra o acordo", p. 124.

[44] Merece registro a observação irônica de Elisabetta Silvestri, criticando um suposto romantismo dos defensores da justiça coexistencial: "*L'happy ending è immancabile: gli strumenti alternativi trionfano sulla giustizia ordinária e, in uma società purificata dall'arcaica ideologia del processo come duello fra irriducibilli nemici, si affermano quale espressione di un'armoniosa e ovviamente più evoluta 'giustizia coesistenziale'*" ("Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", p. 477)

década de 1970, vários países latino-americanos passaram por um processo de redemocratização, após períodos ditatoriais (entre outros, Brasil – 1964/1984; Argentina – 1966/1973 e 1976/1983; e Chile – 1973/1990). Traumatizados com tais períodos de repressão, houve um intenso processo de incorporação de valores democráticos e políticas sociais. Concomitantemente, entretanto, o *wellfare state* já se encontrava em declínio, sendo aos poucos substituído por um modelo econômico neoliberal e por reformas de Estado.

No final da década de 1980, os países latino-americanos sofreram graves crises econômicas, marcadas por recessão e inflação, além de aumento da dívida externa. Com isto, economistas do FMI, do Banco Mundial e do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, baseados em texto do economista John Williamson (*International Institute for Economy*), formularam um conjunto de medidas - composto de dez regras básicas - que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional. Este chamado o chamado **Consenso de Washington** (1989) passou a ser *"receitado"* para promover o *"ajustamento macroeconômico"* dos países em desenvolvimento.

Algumas das medidas estavam presentes no relatório nº 319 do Banco Mundial (1996), em que é feito um amplo diagnóstico do Poder Judiciário dos países latino-americanos e caribenhos. Dentro da política de redução do Estado, os meios alternativos de resolução de conflitos acabam ganhando destaque, como se verifica em várias passagens do relatório[46]:

> O acesso à justiça pode ser reforçado através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). A morosidade, ineficiência e corrupção têm estimulado os litigantes a evitar completamente o sistema judiciário formal, optando pela resolução de conflitos extrajudicial. MARC podem proporcionar as partes métodos alternativos de resolução amigável de conflitos, distante da morosidade do sistema formal. (p. 38)
>
> (...) Inicialmente magistrados e advogados podem se sentir ameaçados pela perda de poder causado pelas vias adicionais proporcionados aos litigantes. Entretanto, os juízes podem ser cooptados pela capacidade dos MARC em aliviar o volume processual, removendo a responsabilidade pelos processos complexos e de grande visibilidade pública (p. 39).
>
> (...) Os MARC podem proporcionar diversas vantagens. Os mediadores e árbitros bem treinados podem assegurar conhecimentos específicos e decisões mais previsíveis do que o sistema formal das Cortes, onde os magistrados talvez não estejam familiarizados com a matéria. (p. 39)
>
> Todavia, em muitos países da América Latina e Caribe, o potencial dos MARC, como formas de redução da morosidade e dos acúmulos de processos, tem perdido o seu potencial,

---

[45] *Pela mão de Alice*, pp. 179/180.

[46] Obs. As páginas correspondem à numeração do relatório em português disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>

em face a mentalidade passiva dos membros das Cortes, que não tem consciência de sua capacidade na resolução consensual de conflitos. (p. 40)

Atualmente, como tem se implementado na América Latina, os sistemas de juízes de paz não fazem parte do sistema formal. Esse sistema é uma resposta a ineficiência do Judiciário e pode assegurar a necessária competição na resolução de conflitos. (p. 40)

Os MARC tem se tornado bastante popular na América Latina por representar uma alternativa a morosidade e corrupção que caracteriza o sistema judiciário formal, proporcionando, ainda, uma saudável competição ao Judiciário. (p. 40)

Em determinados países da América Latina, incluindo Peru e Equador, os juízes não respeitam acordos extra-judiciais (e a lei não os obriga a aceitá-los) sustentando que a resolução de conflitos são suas atribuições, e assim, tentam manter sua capacidade de gerenciar os conflitos. Se os MARC não forem reforçados e respeitados pelas Cortes, não serão eficazes em aplicar o acesso à justiça, reduzir a morosidade e diminuir os gastos com a resolução de conflitos. (p. 41)

Muitos países usam arbitragem e/ou mediação para processos trabalhistas. De longe, esses mecanismos tem sido muito bem sucedidos . (p. 42)

Visando proporcionar competição na resolução de conflitos, os programas de reforma devem considerar a implantação de MARC vinculados as Cortes e MARC privados . Os programas devem se direcionar aos MARC vinculados as Cortes, bem como MARC privados, uma vez que a maioria dos códigos de processo já incluem os institutos da conciliação, mediação e arbitragem . (p. 47)

Ademais, visando evitar maiores protelações, os acordos devem obrigar as partes e ser reconhecidos em juízo para não gerar maiores delongas no processo. (p. 47)

Qualquer programa de reforma do Judiciário deve considerar os interesses corporativistas presentes no Judiciário, nos conselhos profissionais de advogados e outros setores governamentais . Esse interesses podem impedir o consenso. Tal fato pode ser visto em recentes atividades conduzidos pelos setores publico e privado . Dessa forma, é importante construir coalizões para superar esses interesses corporativistas. (...). Os projetos tem observado que, em alguns casos, os membros da advocacia tem "relutado em participar de discussões abertas sobre a reforma, que podem ser vistas como uma crítica ao Judiciário, por temor que os juízes possam se indispor contra eles prejudicando-os em processos futuros".(...) Similarmente, espaços efetivos e gratuitos na mídia são necessários para construir uma base de apoio e gerar pressão pública pelas reformas. (p. 58)

Os projetos devem incentivar a participação de um amplo comitê informal ou conselho judicial (consejo) durante as fases de elaboração e implementação, visando promover um consenso em torno do projeto, promover uma contrapartida, bem como garantir confiança e viabilidade. Os comitês também devem, em última instância, serem capazes de gerir os conflitos que podem ocorrer entre o Executivo e o Judiciário. Ademais, possibilita uma base de sustentação consensual mais ampla, uma vez que muitos elementos da reforma são bem recebidos além do Judiciário. Essa base de sustentação consensual é importante ao sucesso dos programas. (p. 58)

As reformas do judiciário nos anos 90 leva em consideração as condições locais bem como os padrões internacionais. Devem ser considerados os aspectos econômico, social e cultural dos países, para determinar as medidas exatas necessárias a atingir os objetivos. (p. 60)

A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvi-

> mento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global. (p. 61)

Este documento do Banco Mundial, aliado ao Consenso de Washington, determinou uma série de reformas processuais e institucionais, incorporando o tema dos meios alternativos aos discursos políticos latino-americanos. Este tema pode estar presente em acordos internacionais, como se verifica na *Declaração de Buenos Aires*, firmada em simpósio organizado por, entre outros, magistrados e promotores latino-americanos, ONU (Programa para o Meio Ambiente – PNUMA – e a Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL), Banco Mundial e entidades de defesa ambiental. Houve o compromisso de se adotarem os ADR, nos seguintes termos:

> Consideramos oportuno fomentar la utilización de medios alternativos de solución de controversias (mediación, arbitrajes) a los fines de reducir las demandas por cuestiones ambientales (sem grifos no original) [47]

Mas há várias outras incorporações pontuais. No Chile, pode-se ter como exemplo o discurso de inauguração do ano judicial de 2004, em que o presidente do tribunal superior afirma

> No podemos tampoco dejar de destacar, ahora que se escribe tanto sobre los "métodos alternativos de solución de conflictos", como eficaz opción para aliviar a los tribunales de justicia en su siempre creciente trabajo, que la Constitución que venimos comentando estableció un Título dedicado a "los jueces de conciliación", expresando que "ninguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación"(art. 167) y otorgándoles este carácter a una gran variedad de personas: en la capital a cada uno de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y en otros lugares, según los casos, a alcaldes, regidores, comerciantes etc.[48]

Na Argentina, a *Ley de Mediación* de 1994 estabeleceu a obrigatoriedade da mediação prévia à propositura da ação, a ser realizada em centros oficiais ou privados de mediação e conciliação. Interessante destacar que a iniciativa partiu do Ministério da Justiça, e não do Judiciário. Mais tarde, este mesmo ministério, por meio da resolução n° 121 de 22/02/02, criou uma comissão de estudos para a reforma do Judiciário, justificando da seguinte forma:

> Que la sociedad civil en su totalidad y las principales Organizaciones de la Sociedad Civil relacionadas con la Justicia, han manifestado la convicción de la necesidad de llevar a cabo

[47] <http://www.eclac.cl/dmaah/noticias/paginas/7/27987/Declaracion_de_Buenos_Aires_Jueces_y_fiscales.pdf>, acesso em 22/05/2007.
[48] Disponível em <http://www.poderjudicial.cl/noticias/contenido/discurso2004.pdf, p.27>

> una profunda reforma del Sistema Judicial, pues ya nadie discute que su mal funcionamiento, con el resultado de la ruptura de la previsibilidad y el resquebrajamiento de la seguridad jurídica, repercuten en la vida cotidiana de todos los habitantes e implican un serio obstáculo para nuestro desarrollo social y econômico.[49]

Também no México a reforma do Judiciário entrou na agenda política. Em março de 2007, um encontro entre ministros da Suprema Corte de Justiça e parlamentares formalizou a entrega do "*Libro Blanco de la Reforma Judicial*", contendo as propostas recebidas na "*Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano"*. Ao longo de três anos, foram apresentadas 12 mil propostas, sistematizados por 284 especialistas reunidos em fóruns organizados pela Suprema Corte de Justiça[50]. Dentre as 33 ações sugeridas, inclui-se "*promover el uso de medios alternativos de solución de controversias*" e "*evaluar el funcionamiento de la justicia laboral*".

No caso mexicano, o relatório não considera os meios alternativos como concorrentes à Justiça tradicional, mas se inseririam num contexto mais amplo de acesso à Justiça[51]. Assim, "*los mecanismos alternativos para resolver controversias se presenta como un importante reto para los poderes judiciales. Los programas de justicia alternativa tienen que empezar por difundir su potencial al interior de los poderes judiciales. Los juzgadores deben conocer y entender sus alcances*"[52]. Por fim, sustenta-se a profissionalização dos operadores de mecanismos alternativos, como forma de se assegurar uma maior qualidade nas tomadas de decisão, sem que isto importe necessariamente na formação técnico-jurídica destes terceiros[53]

---

[49] Disponível em <http://www.justiciaargentina.gov.ar/actividades/proyect_ley.htm>, acessado em 22/05/2007.

[50] Disponível em <http://200.38.86.53/NR/exeres/7F7D7A2A-658B-4810-837D-A871754D3264,frameless.htm>, acessado em 22/05/2007.

[51] "*Los mecanismos alternativos para resolver controversias no cuentan con una valoración uniforme al interior de los poderes judiciales. En muchas ocasiones se les considera como instancias que representan una competencia ilegítima frente al servicio de impartición de justicia. De esta manera, el empleo de un mecanismo alternativo puede visualizarse como una acción que impide la rápida conclusión de los procesos. Incluso, cuando existe una valoración positiva, se les caracteriza como instancias que permiten descongestionar a los juzgados al reducir su carga de trabajo. Sin embargo, estas concepciones empiezan a cambiar. El fenómeno es particularmente visible en poderes judiciales en donde se han articulado programas que conciben a la justicia alternativa como un mecanismo para facilitar el acceso a la justicia. Esta caracterización presenta a los mecanismos alternativos como medios que permiten que los justiciables participen activamente en la solución de sus problemas"* (*Libro Blanco de la Reforma Judicial*, p. 318).

[52] *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, p. 319.

[53] "*Un problema específico que plantea el desarrollo de medios alternativos de solución de controversias es si sus operadores deben estar sujetos a mecanismos de regulación y colegiación obligatoria. La racionalidad de esta medida sería garantizar a sus usuários una calidad mínima de desempeño profesional, técnico y ético. Una cuestión previa al establecimiento de la regulación o colegiación obligatoria de los operadores de los medios alternativos de solución de controversias es la determinación de su perfil profesional. En este punto debe reconocerse que no todos los tipos de medios alternativos requieren de un entrenamiento jurídico equivalente al de un abogado, por lo que no sería deseable exigir en todos los casos como requisito el de tener una licenciatura en derecho. Asimismo algunos tipos de medios alternativos requieren de habilidades de las cuales muchas veces carecen los abogados. Deben por*

No Brasil, entre outros institutos, mereceriam destaque a regulamentação da arbitragem, em que é possível a escolha de qualquer pessoa capaz de confiança das partes (lei 9307/96, art. 13); e as Comissões de Conciliação Prévia, órgãos paritários formados por representantes dos empregadores e dos empregados, instituídos nas sedes das empresas e nos sindicatos (CLT, art. 625-A, com a redação da lei 9958/2000). Em termos de política pública, o mais notável é o "*Movimento pela Conciliação*", programa desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e abraçado pelo Judiciário brasileiro desde 2006, e que tem como estratégia

> diminuir substancialmente o tempo de duração da lide, viabilizar a solução delas e de conflitos por intermédio de procedimentos simplificados e informais, reduzir o número de processos que se avolumam no Judiciário, alcançando, portanto, as ações em trâmite nos foros e as ocorrências que possam vir a se transformar em futuras demandas judiciais, concebidas como um mecanismo acessível a todo cidadão, enfrentando o gravíssimo fato da litigiosidade contida, por meios não adversariais de resolução de conflitos, da justiça participativa e coexistencial, levando-se, enfim, instrumentos da jurisdição às comunidades[54]

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verificou, ao longo do texto, o tema dos MARC's transcende a problemática técnico-processual, e é intimamente vinculada ao debate quanto às políticas públicas. Ainda que a social-democracia tenha sido abalada com a recessão do final do século passado e com o desmonte do bloco soviético, não há como ignorarmos as conquistas de um Estado mais solidário e democrático.

Se, de um lado, o modelo de Judiciário formal se esgotou diante do crescente processo de judicialização das questões sociais, por outro lado o seu completo desaparelhamento acarretaria a perda de espaço para soluções negociadas, fundadas na autonomia da vontade e na lógica econômica. Os países pobres, que a duras penas conseguiram constitucionalizar vários direitos fundamentais, devem reunir esforços para concretizá-los, com o auxílio de instituições judiciárias abertas à participação democrática, mas independentes das regras de mercado. Cabe aos processualistas problematizar estas tentativas de esvaziamento do Judiciário, sob pena de se perder um importante aliado contra um sistema que pode ser opressor, se não for devidamente controlado.

---

ello diferenciarse los perfiles profesionales de mediadores, conciliadores y árbitros" (*Libro Blanco de la Reforma Judicial*, p. 320).

[54] Disponível em <http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/arquivos/ProjetoConciliar.doc>

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Gladys Stella. "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas". Disponível em <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/arg_marc_alvarez.pdf>

CAPPELLETTI, Mauro. "A ideologia no processo civil" [trad. Athos Gusmão Carneiro], *in* **Ajuris** *nº23*, pp. 16/33

CAPPELLETTI, Mauro. "O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época". In: **Conferência Nacional da OAB**, 13. Anais. Belo Horizonte: OAB, 1990. p. 115-130.

CAPPELLETTI, Mauro. "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", *in Revista de Processo* nº 74.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil** – Volume II. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHASE, Oscar G.. "The Rise of ADR in Cultural Context". In: **Law, Culture and Ritual**. Nova Iorque: New York University Press, 2005. p. 94/113.

DAKOLIAS, Maria. *O setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma* (Documento Técnico nº 319). Trad. Sandro Eduardo Sardá. WASHINGTON: BANCO MUNDIAL. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>.

DAMASKA, Mirjan. "I due tipi di Stato e gli scopi del processo", *in* **I metodi della Giustizia Civile** (coord. BESSONE, Mario, SILVESTRI, Elisabetta & TARUFFO, Michelle. Padova: CEDAM, 2000, pp. 217/265)

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", p. 112 in **Juizado especial de pequenas causas**" (coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FISS, Owen. "Contra o acordo", *in* **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade** (trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melida de Medeiros Rós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

FISS, Owen. "Fora do paraíso", *in* **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade** (trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melida de Medeiros Rós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", *in* **Novas tendências do direito processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

JOHNSON Jr., Earl. "Promissing institutions: a synthesis essay" *in* CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice**, vol. II. Milão: Giuffrè Editore, pp. 871/903.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Juízes: retrato em preto e branco**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997

MÉXICO. *Libro Blanco de la Reforma Judicial*: *una agenda para la justicia en México.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1ª ed., 2006. Disponível em < http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/D1A3F5A2-02ED-42EC-8BBE-4C902CC770F0/0/02ContenidoyPortada.pdf >

MARSHALL, T. H.."Cidadania e classe social" *in* **Cidadania, Classe Social e *Status.*** Rio de Janeiro: Zahar Editores.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Privatização do processo?", *in* **Temas de Direito Processual: 7ª série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90 : lógica e mecanismos de controle* **in Revista Lua Nova** nº 45, pp. 49/95, 1998

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão & PEDROSO, João. "Os tribunais nas sociedades contemporâneas" *in* **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, pp. 29/62.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.
SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
TARUFFO, Michelle. "Dimensioni transculturali della giustizia civile" *in* **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, ano LIV, nº 1.
WEBER, Max. A "objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais. In: Cohn, Gabriel (org.). **Max Weber: Sociologia**. São Paulo: Ática, 1979 (Grandes Cientistas Sociais, 13). p. 79-127.

A QUESTÃO DA ACESSIBILIDADE DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA CIDADE DE CAMPOS DOS GOYTACAZES/RJ

Leandro Causin Alves[*]
Rodrigo de Almeida Amoy[**]
Raquel Lemos Pinto[***]

RESUMO

Grande parte da população mundial convive com alguma forma de deficiência, seja ela física, visual, auditiva, mental ou múltipla. Não bastassem as limitações de ordem física, decorrentes da própria deficiência a que estão sujeitas, tais pessoas ainda sofrem com a discriminação, a exclusão social e o descaso do Poder Público no que se refere à adoção de medidas concretas tendentes a proporcionar sua integração junto à comunidade em que vivem. Inicialmente, este trabalho pretende demonstrar a proteção conferida pelo Direito à pessoa portadora de deficiência. Para tanto, necessário se apresenta um breve exame da legislação sobre o assunto, analisando-se a proteção em âmbito internacional e na esfera do direito pátrio, chegando-se até a legislação existente no Município de Campos dos Goytacazes relativa à matéria. Na seqüência, ocupa-se em revelar a importância do Ministério Público na promoção dos interesses do portador de deficiência, desde que relacionados a esta última, mediante o exame da legislação e da jurisprudência sobre o assunto. No capítulo seguinte, adentra-se ao exame da questão da acessibilidade sob uma perspectiva local, enfatizando a atuação do Ministério Público Estadual na Cidade de Campos dos Goytacazes/RJ. Por fim, apresentam-se algumas considerações finais sobre as principais idéias e argumentos expostos ao longo do texto.

PALAVRAS-CHAVE: PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, ACESSIBILIDADE, LEGISLAÇÃO, MINISTÉRIO PÚBLICO, CAMPOS DOS GOYTACAZES.

ABSTRACT

Great part of the world-wide population has some kind of deficiency, be it physical, visual, auditory, mental or multiple. Besides the physical limitations, resulting from the owner deficiencies, these people are still victims of discrimination, social exclusion and

[*] Mestrando em Direito pela FDC – Área de Concentração em Políticas Públicas e Processo. Advogado. Integrante do Grupo de Pesquisa de Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da FDC.
[**] Mestrando em Direito pela FDC – Área de Concentração em Políticas Públicas e Processo. Bolsista da CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa de Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da FDC.
[***] Graduanda em Direito pela FDC. Bolsista do Programa de Iniciação Científica e Tecnológica pela FENORTE/TECNORTE. Integrante do Grupo de Pesquisa de Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da FDC.

indifference of the Public Power as for the adoption of tending concrete measures to provide his integration on the community where they live. Initially, this work aspire to demonstrate the protection gave to deficient people by the Law. For that, it is necessary a brief examination of the legislation about the theme, analyzing the protection in international scope and in the sphere of the domestic law, until the legislation existent in Campos dos Goytacazes city relative to the theme. In the sequence, intend to show the importance of the Ministério Público in promove the interests of the people with deficiency, as long as relative to this last one, by the examination of the legislation and the jurisprudence about the theme. In the following chapter, to hand on to the examination of the question about accessibility in a local perspective, emphasizing the performance of the Ministério Público in Campos dos Goytacazes/RJ city. Finally, some final considerations are presented about the main ideas and arguments developed throughout the text.

KEYWORDS: DEFICIENT PEOPLE, ACCESSIBILITY, LEGISLATION, MINISTÉRIO PÚBLICO, CAMPOS DOS GOYTACAZES.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de demonstrar que a Constituição Federal de 1988 enaltece que todos os seres humanos são igualmente detentores de direitos, deveres e obrigações. A Carta Magna estabelece em seu artigo 5º que homens e mulheres são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Sendo assim, uma pessoa não possui mais ou menos direitos em face da outra, o certo é que todos possuem direitos iguais.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) define acessibilidade como sendo a "possibilidade e condições de alcance, percepção e entendimento para utilização com segurança e autonomia de edificações, espaço, mobiliário, equipamento urbano e elementos".

O último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE mostra que, no Brasil, vinte e quatro milhões e quinhentas mil pessoas são portadoras de algum tipo de deficiência, das quais pelo menos nove milhões em idade produtiva. Esse número representa 17% (dezessete por cento) da população brasileira que sofre com falta de consciência de uma sociedade que ainda não despertou para as questões dos direitos dos portadores de deficiência. As pessoas deficientes são aquelas que possuem pelo menos alguma dificuldade de enxergar, de ouvir, de locomover-se e/ou alguma deficiência física ou mental.

Planejar uma cidade para todos não é uma tarefa impossível quando os responsáveis estão envolvidos para a concretização deste ideal. Prever acessibilidade nos projetos de qualquer cidade significa garantir o direito de ir e vir de todos os cidadãos sem nenhuma distinção. Esta garantia já faz parte de inúmeros documentos nacionais e internacionais que preconizam uma melhor qualidade de vida para as pessoas, bem como a eliminação de barreiras urbanas, arquitetônicas, de transporte e de comunicação. A acessibilidade é a possibilidade da convivência entre as diferenças, sendo benéfica para a sociedade e resultando numa melhor qualidade de vida para os cidadãos portadores de deficiências.

1. A PROTEÇÃO JURÍDICA ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

1.1. Um breve histórico legislativo – da proteção global à proteção local.

A conscientização mundial sobre as necessidades especiais das pessoas portadoras de deficiência é fenômeno recente, tendo sido incrementada a partir da especial atenção que ao problema passou a ser emprestado pela Organização das Nações Unidas – ONU. [1] O pioneirismo veio apenas a partir do início da década de 1970, com a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência Mental, de 1971. Um pouco mais tarde, em 1975, por meio da Resolução nº 3.447, foi aprovada a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, surgindo pela primeira vez o conceito de pessoa deficiente, como sendo "qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas e mentais". (FONTE DE PESO). Na seqüência, por intermédio da Resolução nº 123, o ano de 1981 foi proclamado como o Ano Internacional das Pessoas Portadoras de Deficiência.

Em 1º de junho de 1983, a Organização Internacional do Trabalho – OIT proclamou sua Convenção nº 159, por meio da qual estabeleceu, como finalidade da reabilitação profissional, que a pessoa deficiente obtenha e conserve um emprego adequado e possa nele progredir, alcançando-se sua integração ou reintegração na sociedade. [2]

---

[1] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.* 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 513.

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 514.

No continente americano, o destaque deve ser dado à Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada em 26 de maio de 1999, na Guatemala, e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001.

Portanto, é possível perceber que a preocupação com a questão dos portadores de deficiência, envolvendo o combate a toda e qualquer forma de marginalização e exclusão, bem como a luta para assegurar direitos e dignidade a estas pessoas é fenômeno iniciado somente a partir das últimas décadas.

No Brasil, aponta Mazzilli, a evolução não foi diferente. [3] Foi apenas com a promulgação da Constituição da República de 1988 que a matéria recebeu um tratamento mais adequado. Assim, vejam-se as referências constitucionais às pessoas portadoras de deficiência:

a) O art. 7º, XXXI, dispõe que é direito do trabalhador, urbano ou rural, portador de deficiência a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios para a sua admissão.

b) Em termos de competência, os artigos 23, II e 24, XIV, estipulam que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência" (art. 23, II), sendo concorrente a competência entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre "proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência" (art. 24, XIV). Dessa forma, em princípio o Município não estaria contemplado com a competência legislativa. Esta questão será objeto de análise mais à frente.

c) O art. 37, VIII ao tratar das disposições gerais sobre a Administração Pública, dispõe que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". [4] A Lei referida é a de nº 8.112/90, que trata da questão em seu artigo 5º, § 2º, dispondo da seguinte forma:

> Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscreverem em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam

[3] *Ibidem*, p. 515.

[4] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

> compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso. [5]

d) O art. 203 da CR trata dos objetivos da Assistência Social, nestes incluída "a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária" (inciso IV), e "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei" (inciso V). [6]

e) Ao tratar do dever do Estado em relação à educação dispõe o art. 208, III que é garantido o "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino". A Lei n. 10.845, de 05 de março de 2004, em cumprimento ao mandamento constitucional, instituiu o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência (PAED).

f) O art. 227 da CR regula a proteção da criança e do adolescente, que, de acordo com o texto constitucional, devem merecer prioridade absoluta. O § 1º trata da obrigação por parte do Estado de promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente. Dentre eles:

> A criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos (inciso II). [7]

O § 2º do art. 227 confere à lei ordinária o poder para dispor sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de *garantir acesso adequado às pessoas portadoras de*

---

[5] BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

[6] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

[7] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

deficiência (grifo nosso). Tal tarefa foi cumprida pela Lei nº 7.853/89, que mais adiante será analisada.

Por fim, o art. 244 da Carta Política, complementando a orientação fornecida pelo § 2º do art. 227 no tocante a medidas de acessibilidade, aduz que:

> A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de *garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*, conforme o disposto no art. 227, § 2º (grifo nosso). [8]

Diversos diplomas legais foram editados e promulgados, de forma a dar efetivo cumprimento aos mandamentos constitucionais. Dentre as leis federais, reputam-se mais importantes:

a) Lei nº 7.853/89 – dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. [9]

Esta lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298/99, que dentre outros assuntos, define, em seu art. 4º, com a nova redação dada pelo Decreto nº 5.296/04, quem são as pessoas portadoras de deficiência, classificando-as como aquelas que se enquadram nos conceitos de deficiência física, auditiva, visual, mental ou múltipla:

> I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
> II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;
> III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que

[8] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

[9] BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 19 mai. 2007.

> significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
> IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho;
> V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências. [10]

b) Lei nº 8.899/94 – concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual. A lei é importante por trazer o benefício do transporte gratuito, mas é preciso mais do que isso. É necessário que o portador de deficiência tenha condições efetivas de acessibilidade aos coletivos. Embora a Lei nº 10.098/00, que adiante será analisada, discipline esta questão, de antemão pode-se afirmar que a realidade mostra não estarem as empresas de transporte coletivo devidamente equipadas para atender às necessidades especiais das pessoas com deficiência.

c) Lei nº 10.048/00 – confere prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência. A lei se refere à "tratamento diferenciado" e "atendimento prioritário", que terão os portadores de deficiência junto a repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras. Também estabelece algumas normas de acessibilidade em seu favor, estabelecendo multas por seu descumprimento.

d) Lei nº 10.098/00 – estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Esta lei é de grande importância, na medida em que cria normas gerais e critérios básicos de acessibilidade, "mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação" (art. 1º). [11]

---

[10] BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

[11] BRASIL, Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

Inicialmente, a lei se preocupa em definir o que deve ser entendido por acessibilidade:

> Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 2º, I).

A acessibilidade pressupõe a eliminação das barreiras e obstáculos que a entravam. Barreiras são conceituadas como qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas, sendo classificadas em barreiras arquitetônicas, que podem ser urbanísticas, na edificação e nos transportes, e barreiras nas comunicações (art. 2º, II).

Na seqüência, a Lei 10.098/00 define o que vem a ser pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, como aquela que "temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo" (art. 2º, III).

Por fim, a partir do Capítulo IV, cuida dos requisitos de acessibilidade nas diversas áreas passíveis de serem utilizadas pelos seres humanos em geral: edifícios públicos e privados, transporte coletivo, sistemas de comunicação e sinalização.

O Poder Legislativo do Estado do Rio de Janeiro também se preocupou com a matéria e, valendo-se da competência normativa concorrente a ele outorgada pela Carta de 1988 (art. 24, XIV) e do esforço de alguns parlamentares, também dispôs sobre a matéria.

De acordo com a Constituição Estadual, em seu art. 8º, caput: *todos têm o direito de viver com dignidade*. Complementando a regra do caput, destaca o parágrafo único:

> É dever do Estado garantir a todos uma qualidade de vida compatível com a dignidade da pessoa humana, assegurando a educação, os serviços de saúde, a alimentação, a habitação, o transporte, o saneamento básico, o suprimento energético, a drenagem, o trabalho remunerado, o lazer e as atividades econômicas, devendo as dotações orçamentárias contemplar preferencialmente tais atividades, segundo planos e programas de governo. [12]

Não obstante o artigo se referir a todas as pessoas em geral, incluindo-se na expressão, obviamente, as pessoas portadoras de deficiências, para que não restasse a

[12] BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage. Acesso em: 19 mai. 2007.

menor dúvida, o artigo seguinte, em seus parágrafos 1º, 2º e 3º, proíbe expressamente qualquer tipo de discriminação, inclusive em razão de *deficiência física ou mental*, para utilizar os termos do dispositivo constitucional estadual. [13] Embora o enunciado normativo tenha utilizado a expressão *deficiência física ou mental*, restringindo as espécies de deficiência, a interpretação mais lógica e consentânea com o espírito de proteção integral à pessoa humana constante da Constituição Federal e da própria Constituição do Estado do Rio de Janeiro é no sentido de proibir as discriminações contra qualquer tipo de deficiência, seja ela física, mental, auditiva, visual ou múltipla.

Ainda dentro dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, o art. 14, II, da Carta Estadual garante aos portadores de deficiência com reconhecida dificuldade de locomoção, a gratuidade dos serviços públicos estaduais de transporte coletivo, mediante passe especial, expedido à vista de comprovante de serviço de saúde oficial.

Dentro do Capítulo III, do Título VII, a Constituição Estadual, ao tratar da Política Urbana, dispôs no art. 234, VII:

> Art. 234: No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão: VII- especialmente às pessoas portadoras de deficiência, *livre acesso* a edifícios públicos e particulares de freqüência aberta ao público e a logradouros públicos, mediante eliminação de barreiras arquitetônicas e ambientais (grifo nosso). [14]

A Constituição Estadual também trata das pessoas portadoras de deficiência em muitas outras normas, garantindo-lhes tratamento especial em relação aos serviços públicos (art. 242, §§ 5º e 6º), à saúde (art. 293, XIII), à educação (arts. 308, IV e § 4º e 314, § 2º), ao desporto (art. 325), além de outros direitos.

Importante destaque deve ser dado ao Capítulo VII do Título VIII da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que dentro da Ordem Social, inseriu um capítulo específico sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências (arts. 338 a 342 da Constituição).

---

[13] BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Art. 9º (…). § 1º. Ninguém será discriminado, prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, idade, etnia, raça, cor, sexo, estado civil, trabalho rural ou urbano, religião, convicções políticas ou filosóficas, *deficiência física ou mental*, por ter cumprido pena nem por qualquer particularidade ou condição (grifo nosso).

[14] BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage. Acesso em: 19 mai. 2007.

No Título IX, que trata da Organização Municipal, o Capítulo I, em seu art. 352, destaca que caberá à lei municipal dispor, com vistas a facilitar a locomoção de pessoas portadoras de deficiência, a previsão de rebaixamentos, rampas e outros meios adequados de acesso, em logradouros, edificações em geral e demais locais de uso público, bem como a adaptação das já existentes.

Diversas leis estaduais foram promulgadas de forma a regulamentar e dar aplicabilidade às normas gerais estabelecidas na legislação federal e aos artigos da Constituição Estadual que versam sobre pessoas portadoras de deficiência. Em linhas gerais, tais diplomas legais visam, dentre outros assuntos, regulamentar o acesso das pessoas portadoras de deficiência ao serviço público, aos espaços públicos e mobiliários urbanos, aos meios de transporte coletivo, cinema e teatros, à educação, à saúde, a garantir prioridade de tratamento em instituições financeiras e órgãos públicos etc.

Volta-se a um ponto que foi comentado acima. O art. 24, inciso XIV, da Constituição da República atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre *proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência*. A pergunta que se faz é a seguinte: e quanto aos Municípios? Estariam estes entes impedidos de legislar sobre tal matéria? O assunto é instigante e merece, dada a sua importância, ser tratado em artigo em separado. No entanto, sucintamente, enfrenta-se a questão, que é crucial para este trabalho, na medida em que o Município de Campos dos Goytacazes/RJ, tema do presente estudo, promulgou algumas leis que tratam da proteção e integração das pessoas portadoras de deficiência. Seriam estas leis inconstitucionais em face do disposto no art. 24, inciso XIV, da CF?

Entendemos que não. Em primeiro lugar, porque o art. 24 que trata da competência concorrente não deve ser interpretado isoladamente. Não obstante a não contemplação dos Municípios pelo citado dispositivo constitucional, referidos entes federativos também possuem competências normativas, definidas estas no art. 30, I e II da Carta de 1988. Sendo assim, compete aos Municípios legislar sobre *assuntos de interesse local*. Pergunta-se então, se as questões relacionadas à acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ao transporte coletivo e sua gratuidade, à educação em escolas públicas, à prioridade de atendimento em postos de saúde são assuntos de interesse local. Da mesma forma, questiona-se se a construção de rampas e a supressão de barreiras e obstáculos em logradouros, edificações e outros espaços públicos, a fim

de facilitar a locomoção de pessoas portadoras de deficiências seriam assuntos de interesse local. Em nossa visão, a resposta é afirmativa. São, de fato, matérias que devem ser regulamentadas pelos Municípios. No entanto, tais assuntos dizem respeito à *proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência*.

Portanto, embora não figure o Município como ente competente para legislar sobre as matérias disciplinadas no art. 24 da Carta Política, sendo o assunto qualificado como de interesse local, será o Município competente, nos termos do art. 30, I da Constituição Federal.

Além disso, a própria Constituição do Estado do Rio de Janeiro determinou em seu art. 352 que:

> Lei municipal disporá, com vistas a facilitar a locomoção de pessoas portadoras de deficiência, a previsão de rebaixamentos, rampas e outros meios adequados de acesso, em logradouros, edificações em geral e demais locais de uso público, bem como a adaptação das já existentes. [15]

Ultrapassada esta questão e considerando que o Município é competente para legislar sobre proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, quando isto implicar em assunto de interesse local, o Município de Campos promulgou as seguintes leis que versam sobre pessoas portadoras de deficiência e sua acessibilidade, havendo outros tantos projetos de lei [16] sobre o assunto:

a) Lei nº 6.491, de 11 de dezembro de 1997 – torna obrigatória a construção de rampas de acesso para deficientes físicos em construções imobiliárias destinadas a espetáculos públicos, aeroportos, hotéis, estabelecimentos de ensino, supermercados e museus;

b) Lei nº 7.236, de 24 de maio de 2002 – reserva 5% (cinco por cento) das vagas de estacionamento de veículos para deficientes físicos;

---

[15] BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/processo6.htm>. Acesso em: 21 mai. 2007.

[16] Dentre os Projetos de Lei existentes, destacam-se: Projeto de Lei nº 0046/05, por meio do qual condiciona-se a concessão de alvará de funcionamento de edifícios de uso público e equipamentos urbanos às adaptações a deficientes físicos; Projeto de Lei nº 0112/05, obrigando os supermercados, hipermercados e estabelecimentos similares a reservarem caixas especiais para gestantes, deficientes físicos e idosos; Projeto de Lei nº 0161/05, o qual torna obrigatório o fornecimento, por parte de *Shopping Centers* e similares, de cadeiras de rodas para utilização de deficientes físicos, idosos e pessoas com dificuldades de locomoção; Projeto de Lei nº 0127/05, que assegura aos idosos e portadores de deficiência física direito à prioridade de atendimento em hospitais e postos de saúde no Município de Campos dos Goytacazes, sendo todos estes de autoria do então Vereador Geraldo Augusto Pinto Venâncio. As informações foram retiradas dos autos do inquérito civil nº 096/06, instaurado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, responsável pela 2ª Promotoria de Tutela Coletiva do Núcleo de Campos.

c) Lei nº 7.794, de 15 de dezembro de 2005 – dispõe sobre a adaptação de listas de preços e cardápios, em bares, lanchonetes, restaurantes e estabelecimentos similares, ao uso por deficientes visuais e ainda os principais pontos de ônibus do Município.

1.2. A defesa da pessoa portadora de deficiência e o papel do Ministério Público

As pessoas com algum tipo de deficiência, em razão de sua própria condição fática, de um modo geral não possuem condições de assumir por si mesmas a defesa ou o exercício de seus próprios interesses ou direitos. Desse modo, apresenta-se aqui um campo específico para a aplicação do princípio da igualdade substancial.

É necessário, no entanto, examinar à luz do nosso ordenamento jurídico se o Ministério Público detém atribuição e legitimidade para atuar em defesa dos interesses desta classe de pessoas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, dispôs que constitui função institucional do Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*" (grifo nosso).

A Constituição, portanto, foi mais além do que a Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, que até então, não continha dispositivo abrangente de outros interesses difusos ou coletivos, posteriormente inserido no inciso IV do art. 1º, com a edição do Código de Defesa do Consumidor.

No ano seguinte à promulgação da Constituição Federal, em 1989, entrou em vigor a Lei nº 7.853, que disciplinou a proteção e a integração social das pessoas portadoras de deficiência. Dentre outros assuntos, a referida lei instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinando a atuação do Ministério Público. Conforme observa Mazzilli:

> Pela primeira vez a lei aludiu expressamente à atuação do Ministério Público nessa área. Conferiu ainda, ao Ministério Público e a outros co-legitimados ativos, a incumbência da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência, defesa esta a ser empreendida por meio da ação civil pública. [17]

[17] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 519. A legitimação do Ministério Público para atuar nas causas onde são discutidas questões relacionadas à deficiência das pessoas já não se trata de assunto controvertido. Veja-se acórdão da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a

O art. 3º da lei ora examinada elenca o rol de legitimados à propositura da ação civil pública em defesa dos interesses das pessoas portadoras de deficiência, guardando grande semelhança com o art. 5º da Lei n. 7.347/85.

Em sede de ação civil pública, podem ser ajuizadas medidas judiciais destinadas a garantir a acessibilidade nas áreas de educação, saúde, transporte, edificações, recursos humanos, dentre outros interesses desta classe de pessoas.

A título de ilustração, na seara da acessibilidade aos meios de transporte, aponta-se a decisão da 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento do agravo de instrumento nº 2005.002.22075, ocorrido em 13 de dezembro de 2005, do qual foi relatora a Des. Célia Meliga Pessoa:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COISA JULGADA EM AÇÃO COLETIVA. ALCANCE. Decisão que antecipou os efeitos da tutela para compelir a agravante a proceder às adaptações necessárias para que a agravada, deficiente física, possa locomover-se sem a ajuda de terceiros nas plataformas das estações do metrô Afonso Pena e São Francisco Xavier, sob pena de multa diária. Sentença de procedência proferida em ação civil pública ajuizada pelo Centro de Vida Independente do Rio de Janeiro em face da Companhia do Metropolitano do Rio de Janeiro - Metrô, de quem o agravante é sucessor, "para *condenar a ré a construir vias de acesso garantidoras do direito de ir e vir dos deficientes físicos, em todas as suas estações*", com trânsito em julgado noticiado na Internet, que tem efeito "ultra partes", nos termos do art. 103, inciso II, da Lei n° 8.078/90. Isso posto, ainda que a agravada não integre o quadro associativo do Centro de Vida Independente do Rio de Janeiro, a coisa Julgada proferida nos autos da ação civil pública por esta ajuizada projetou seus efeitos sobre a esfera jurídica da agravada, devendo lá ser pleiteado, pela via da execução específica. PROVIMENTO DO RECURSO. (Grifo nosso).[18]

Em outro caso, foi proposta ação civil pública pela Associação Brasileira de Construção e Defesa da Cidadania – ABRACC e outras, em face do Município de Passo Fundo/RS, determinando que o réu incluísse em seu orçamento anual receitas destinadas à realização de um plano de atividades voltadas à obrigação de fazer e/ou reforçar políticas públicas que resultassem em ações específicas, garantidoras do direito

---

matéria, proferido no agravo de instrumento nº 70018368696, julgado em 12.04.2007, do qual foi relatora a Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins: "O Ministério Público tem legitimação própria para ajuizar ação em defesa de interesses difusos dos portadores de deficiência. Não lhe é exigida a juntada de ata de assembléia de associação ou relação nominal de seus membros. Inteligência da CF, LOMIN, Decreto nº 3.298/99 e Lei nº 7.853/89. AGRAVO PROVIDO". Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 21 mai. 2007.

[18] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2005.002.22075. Rel. Des. Célia Meliga Pessoa. J. 13.12.2005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 19 mai. 2007.

de acesso a pessoas portadoras de deficiência na comunidade. Tendo sido o pedido julgado procedente em primeira instância, apelou o réu ao respectivo Tribunal de Justiça, que assim, resumidamente, decidiu a questão:

> APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATENDIMENTO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL E SENSORIAL. Ônus da administração pública municipal, ainda que compartilhado com os demais entes públicos. Medidas que estão sendo implantadas, mas que carecem de complementos, não indicando o atendimento, ainda, de todas as urgências quanto à saúde. Colaboração do Município que não afasta a decisão mandamental. RECURSO DESPROVIDO, MANTIDA A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO. [19]

Nos termos do art. 5º do diploma legal sob análise, a intervenção do Ministério Público será obrigatória nas ações públicas, coletivas ou individuais, em que se discutam *interesses relacionados à deficiência das pessoas*. Assim, vale ressaltar, o Ministério Público não intervirá em qualquer ação proposta por pessoa portadora de deficiência ou contra ela, mas somente se o objeto da ação estiver relacionado com a dita deficiência. [20]

O art. 6º da Lei nº 7.853/89 autoriza o Ministério Público a instaurar o inquérito civil, cuja natureza é de procedimento administrativo investigativo, por meio do qual o órgão do Ministério Público colherá os elementos necessários à propositura da ação civil pública. Contudo, poderá o *Parquet*, esgotadas as diligências, entender que não há elementos suficientes à propositura da demanda, caso em que promoverá fundamentadamente o arquivamento do inquérito civil, que será decidido em última instância pelo Conselho Superior do Ministério Público.

Por fim, o art. 7º possibilita a aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/85, naquilo que for cabível, podendo-se, por exemplo, celebrar compromissos de ajustamento de conduta.

Portanto, é possível concluir que a atuação do Ministério Público na defesa dos interesses das pessoas com necessidades especiais encontra amparo na legislação pátria, havendo na jurisprudência interessantes exemplos de ações civis públicas

---

[19] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº 70014128441. 21ª Câmara Cível. Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. J. 13.12.2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 19 mai. 2007.
[20] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Op. cit.*, p. 520.

intentadas pelo *Parquet*, cobrando do Poder Público a adoção de medidas concretas que possam garantir ampla acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência.

2. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DA CIDADE DE CAMPOS DOS GOYTACAZES NA DEFESA DOS INTERESSES DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.

Campos dos Goytacazes é uma das nove cidades da região norte fluminense com uma área total de 4.040 Km², dividida em 15 distritos e 102 bairros. Atualmente vive um momento de oportunidades em função da sua grande capacidade de investimentos gerada a partir do aumento das receitas dos *royalties* do petróleo.

Em meados de agosto de 2003 foi realizada na cidade de Campos a *1ª Conferência Nacional das Cidades*, tendo como *slogan* "Campos dos Goytacazes - Uma cidade para todos", contribuindo para tornar mais eficientes o planejamento e as ações necessárias à formação de políticas que melhorem a vida das pessoas que habitam nosso município.[21] Especificamente em tema de acessibilidade, evento de grande importância foi a *1ª Conferência Municipal para a Inclusão Social da Pessoa com Deficiência*, realizada em Campos nos dias 13 e 14 de dezembro de 2005, contando com a presença de várias entidades ligadas à luta da inclusão social para deficientes, além de secretários municipais da Prefeitura de Campos, cujo tema versou sobre "Acessibilidade, você também tem compromisso".

A política de inclusão social deve garantir a plena acessibilidade ao portador de deficiência, preparando-o para o mercado de trabalho, mediante atendimento educacional especializado e de qualidade, devendo garantir também assistência integral à saúde e reabilitação dessas pessoas. Outra questão que foi discutida na Conferência Municipal para a Inclusão Social dizia respeito ao transporte público municipal, completamente despreparado para garantir mobilidade urbana adequada ao portador de deficiência.

No ano de 2006, a 2ª Promotoria de Tutela Coletiva do Núcleo de Campos instaurou inquéritos civis em quatro municípios do norte do Estado do Rio de Janeiro: Campos dos Goytacazes, São Fidélis, São João da Barra e São Francisco de Itabapoana,

[21] PESSANHA, Roberto Moraes. Apresentação. In: PESSANHA, Roberto Moraes. (Org.). *Campos dos Goytacazes "Uma cidade para todos". Análises e Resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – Subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes, RJ: CEFET CAMPOS, 2005. p. 08.

com a finalidade de verificar possível desrespeito à legislação vigente, federal ou estadual, no que tange à acessibilidade das pessoas portadoras de deficiências. A provocação à atuação do *Parquet* partiu de expediente encaminhado à época pela Deputada Estadual Georgette Vidor, então Presidente da Comissão de Defesa da Pessoa com Deficiência, que em visita à cidade de Campos, constatou a existência de "calçadas impróprias para a circulação, hotéis sem aposentos devidamente adaptados, prédios públicos sem a mínima acessibilidade para pessoas com mobilidade reduzida e todo o quadro de obstáculos lançados à frente daqueles que mais têm direito à sua remoção".

Em relação ao município de Campos dos Goytacazes foi instaurado o inquérito civil autuado sob o nº 096/06, em 21 de junho de 2006. Inicialmente foi designada uma audiência pública, a qual foi realizada no dia 28 de julho de 2006, na Faculdade de Direito de Campos, contando com a participação de autoridades municipais, advogados, representantes do CREA/ANFEA, além de outros representantes da sociedade civil organizada. Apresentados e discutidos os principais problemas relacionados à questão da acessibilidade, foi celebrado com o Município compromisso de ajustamento de conduta, na forma do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85.

Em termos gerais, o TAC versou sobre os seguintes aspectos: a) comprometimento do Município a, no prazo de 1 (um) ano, adaptar equipamentos urbanos (ruas, praças etc.) às necessidades das pessoas portadoras de deficiência, no que tange à construção de rampas para cadeirantes e pisos diferenciados para deficientes visuais; b) no mesmo prazo, se comprometeu a realizar as adaptações necessárias nos prédios públicos sob a administração do Poder Executivo; c) também dentro de 1 (um) ano, o Presidente da Câmara se comprometeu a providenciar a acessibilidade do prédio sede do Poder Legislativo; d) com relação ao comércio em geral, comprometeu-se o Município a, na próxima renovação anual dos alvarás, notificar o interessado de que, no ano seguinte (2008), somente serão concedidos (renovados) alvarás caso fique comprovado que o estabelecimento está devidamente acessível às pessoas portadoras de deficiência, salvo casos excepcionais, a serem resolvidos pelo titular da pasta concedente. Dentre as adaptações incluem-se: rampas, elevadores com sinais sonoros e leitura braile, cardápios em braile, banheiros públicos adaptados, quartos adaptados, vagas de estacionamento privativas etc., no que couber; e) com relação ao sistema de transportes, comprometeu-se o Município a elaborar um estudo que vise a alcançar os

objetivos delineados na audiência, discutindo o assunto com o setor, bem como apresentar as notícias no prazo de 1 (um) ano, devendo fazer o mesmo com relação aos prédios já construídos.

Após a instauração do inquérito civil nº 096/06, outros inquéritos civis foram instaurados nos Municípios de São João da Barra, São Francisco de Itabapoana e São Fidélis, com a finalidade de verificar os problemas relativos à questão da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência nestes Municípios.

Atualmente, os inquéritos estão suspensos aguardando pelo decurso do prazo para cumprimento das cláusulas dos compromissos de ajuste de conduta pactuados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbra-se uma satisfatória produção legislativa em matéria de proteção, garantia de direitos e inclusão social das pessoas portadoras de deficiência. Um bom exemplo disso é a Lei nº 10.098/00, que instituiu critérios básicos para a promoção da acessibilidade a estas pessoas. Para nós, os principais problemas ainda se encontram no grande desrespeito e na falta de cumprimento das disposições legais e constitucionais pelo Poder Público. No que se refere ao Município de Campos, as poucas leis municipais existentes que conferem direitos aos portadores de deficiência não são devidamente cumpridas. Tal fato pode ser constatado a partir de uma simples verificação pelas ruas da cidade, por seus prédios públicos e privados e estabelecimentos empresariais, tais como hotéis, instituições de ensino, restaurantes, além de outros, que não estão nem de longe preparados para dar acessibilidade às pessoas portadoras das mais diversas deficiências.

Conforme ensinam Mário Galvão e Edissa Fragoso, um município acessível a todos é aquele em que, a partir das opiniões e controle dos cidadãos, praticam-se ações concretas visando à participação comunitária de todos os segmentos da população local; em que as pessoas podem circular livremente e em condições adequadas; em que os cidadãos são informados corretamente sobre os serviços e bens que lhes são oferecidos na comunidade e deles tenham condições de usufruir; em que a legislação municipal (Lei Orgânica do Município, Plano Diretor, Leis Orçamentárias, Leis de Parcelamento e Uso do Solo, Código de Obras e Edificações, Código de Posturas, etc.) funcione como

instrumento de inclusão social e não como mecanismo de exclusão e opressão das pessoas. [22]

Nesta linha, aponta-se como o principal fator de exclusão social a baixa participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, cujas principais dificuldades decorrem de barreiras atitudinais; falta de capacitação profissional; barreiras arquitetônicas e urbanísticas, dificultando o acesso, tanto ao estudo quanto aos locais de trabalho propriamente ditos, além do despreparo em geral da sociedade para atender às pessoas com deficiência.

Estes dados permitem concluir que uma verdadeira política de inclusão social na cidade de Campos deve ver a questão da acessibilidade como fundamental no planejamento urbano, de modo a abranger todos os setores da cidade. Iniciativas isoladas que apenas levam à construção de rampas, concessão de passe livre nos transportes e ingresso gratuitos em eventos culturais e de lazer, não são suficientes para garantir o direito à saúde, à educação, ao lazer, ao trabalho, à assistência social, ao transporte. É preciso garantir também a eliminação de barreiras.

Ressalta-se aqui a importância da atuação do Ministério Público como defensor dos interesses das pessoas portadoras de deficiência. Através dos compromissos de ajustamento de conduta firmados com quatro dos municípios do norte do Estado do Rio de Janeiro, busca-se pressioná-los para que realizem as obras e adaptações necessárias a tornar plena a acessibilidade de todas as pessoas, contribuindo para a integração social dos portadores de deficiência. No entanto, deve-se registrar que os inquéritos civis encontram-se em andamento, aguardando pelo cumprimento das cláusulas dos compromissos pelos Municípios, que ainda dispõem de prazo para tal. Pela mesma razão, a pesquisa por nós realizada não se esgota com a elaboração deste sucinto artigo, que consiste apenas em um primeiro e parcial resultado das investigações.

[22] GALVÃO, Mário; FRAGOSO, Edissa. Plano Diretor: uma política de acessibilidade para Campos. In: PESSANHA, Roberto Moraes. *Campos dos Goytacazes "Uma cidade para todos". Análises e Resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – Subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes, RJ: CEFET CAMPOS, 2005. p. 103.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

BRASIL. Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage. Acesso em: 19 mai. 2007.

BRASIL. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm>. Acesso em: 19 mai. 2007.

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

BRASIL, Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10098.htm>. Acesso em: 15 mai. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 2005.002.22075. Rel. Des. Célia Meliga Pessoa. J. 13.12.2005. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 19 mai. 2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70018368696. 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Rejane Maria Dias de Castro Bins. J.

12.04.2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 21 mai. 2007.

_____. Apelação cível nº 70014128441. 21ª Câmara Cível. Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. J. 13.12.2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 19 mai. 2007.

GALVÃO, Mário; FRAGOSO, Edissa. Plano Diretor: uma política de acessibilidade para Campos. In: PESSANHA, Roberto Moraes. (Org.). *Campos dos Goytacazes "Uma cidade para todos". Análises e Resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – Subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes, RJ: CEFET CAMPOS, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

PESSANHA, Roberto Moraes. Apresentação. In: PESSANHA, Roberto Moraes. (Org.). *Campos dos Goytacazes "Uma cidade para todos". Análises e Resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – Subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes, RJ: CEFET CAMPOS, 2005.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O INQUÉRITO POLICIAL

Margarida Maria Nunes de Abreu Gomes[*]

Bernardo Barrozo Ribeiro[**]

Ivna Mauro Cruz[***]

RESUMO

O objetivo do presente trabalho tem como exame a incidência do princípio do contraditório no inquérito policial, refletindo sobre a obrigatoriedade e a utilidade de se fazer informar o procedimento investigatório por tal princípio, que obrigaria à audiência do investigado no curso das investigações, a partir do momento em que contra o mesmo fosse reunido o princípio de prova suficiente ao seu indiciamento.

Questiona-se, no entanto, a utilidade da observância de tal princípio nesta etapa, ao passo em que sabe-se que os elementos de convicção colhidos por ocasião do inquérito esgotam-se com o oferecimento da denúncia.

A divergência da questão é saber se há acusação no inquérito policial ou se, durante ele o que se tem é somente uma atividade de colheita de subsídios para a propositura da ação penal, para o que basta um juízo de fumaça de bom direito, a exonerar o Estado, ante a ausência de acusação até então, de observar o princípio do contraditório neste momento.

PALAVRAS-CHAVE: CONTRADITÓRIO; INQUÉRITO POLICIAL; SISTEMA INQUISITIVO.

ABSTRACT

The objective of the present work has as examination the incidence of the principle of the contradictory in the police inquest, reflecting on the obligatoriness and the utility of if making to inform the investigatory procedure for such principle, that it would compel to the hearing of the investigated one in the course of the inquiries, from the moment where

[*] Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante do Grupo de Pesquisas Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da Faculdade de Direito de Campos – FDC. Advogada.

[**] Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Campos. Itegrante do Grupo de Pesquisas Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da Faculdade de Direito de Campos.

[***] Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Campos. Itegrante do Grupo de Pesquisas Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da Faculdade de Direito de Campos.

against the same the principle of enough test to its inducement was congregated. It is questioned, however, the utility of the observance of such principle in this stage, to the step where one knows that the elements of certainty harvested by occasion of the inquiry are depleted with the offer of the denunciation. The divergence of the question is to know if it has accusation in the police inquest or if, during it what if it has is only an activity of harvest of subsidies for the bringing suit of the criminal action, for what is enough a smoke judgment of good right, to relieve the State, before the accusation absence until then, to observe the principle of the contradictory at this moment.

KEYWORDS: CONTRADICTORY; POLICE INQUEST; INQUISITIVE SYSTEM.

INTRODUÇÃO

Um dos mais importantes princípios, no sistema acusatório, é o princípio do contraditório, ou bilateralidade da audiência, sendo uma garantia constitucional com fundamento legal no art. 5º, LV, da Constituição Federal:

> Art. 5º, LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. [1]

Leonardo Greco define o contraditório como o princípio que "impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão (audiatur et altera pars) e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa". [2]

O contraditório é o "grande salto" de nosso tempo, deixando de ser meramente um princípio para constituir, em si mesmo, uma garantia fundamental, transformando-se numa ponte de mão dupla entre as partes e o juiz, de modo que construam, juntos, a solução da causa. Dessa forma, o juiz passa a integrar o contraditório, assegurando às partes os meios

[1] BRASIL. *Código de Processo Penal*. *Op. cit.*
[2] GRECO LEONARDO. *O princípio do contraditório.* São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n.24, 2005. p. 72.

necessários para influenciar eficazmente a decisão judicial e, conseqüentemente, a observância do princípio político da participação democrática. [3]

Assim, o princípio do contraditório está atrelado ao direito de audiência e de alegações mútuas, o qual o juiz deve conferir a ambas as partes, sob pena de parcialidade. Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga não somente que cada ato seja comunicado e cientificado às partes, mas que o juiz, antes de proferir sua decisão, ouça as partes, oferecendo oportunidade para que busquem, através da argumentação e juntada de elementos de prova, influenciar a formação de sua convicção. Ou seja, o contraditório é observado quando são criadas as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, mesmo que ela não queira utilizar-se de tal direito, podendo lançar mão do direito ao silêncio.[4]

Além disso, é necessário que essa comunicação feita à parte seja realizada a tempo de possibilitar essa contrariedade, concedendo prazo suficiente para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato e de direito.[5]

Ainda nas palavras de Aury Lopes Jr.[6], explica-se que os dois pólos da garantia do contraditório são: informação e reação, pois a participação se realiza por meio da reação, vista como resistência a pretensão acusatória e isso expressa a dificuldade prática de, em certos casos, distinguir reação e o direito de defesa. Por isso, conclui-se que o contraditório é o direito de ser informado e participar do processo, constituindo nulidade a

[3] *Ibidem*.
[4] LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 225.
[5] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 43.
[6] LOPES JR., Aury. *Op. cit*., p. 227.

preterição desses direitos, conforme o disposto no art. 564, III, “c”, “e”, “f”, “g”, “h”, “l”, “o”, do Código de Processo Penal.

Diante essa idéia, O princípio constitucional do contraditório não é considerado incidente no inquérito policial, conforme grande parte da doutrina e jurisprudência, devido a sua natureza inquisitiva.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal não deve ser interpretado extensivamente, na medida em que não há que se falar em processo nem em acusado nessa fase preliminar, pois as provas serão repetidas após o oferecimento da denúncia, quando, nesse momento haverá uma efetiva acusação e conseqüentemente aplicação da ampla defesa e contraditório.

O inquérito policial constitui mera peça informativa para a formação da opinio delicti do órgão acusador e a concessão de medidas cautelares pelo juiz, não podendo esses fundamentos servir de base para a sentença.

1. o INQUÉRITO POLICIAL:

Foi com a lei nº 2.033/71, regulamentada pelo Decreto Lei nº 4.824/71 que surgiu entre nós o inquérito policial com essa denominação, e o artigo 42 da referida lei o definia nestes termos:

> O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e

> de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.[7]

Assim, pode-se conceituar o inquérito policial como "o procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, presidido pela autoridade policial, e constituído por um complexo de diligências realizadas pela polícia judiciária com, vistas à apuração de uma infração penal e à identificação de seus autores".[8]

1.1 FINALIDADE

Há consenso doutrinário e jurisprudencial de que a finalidade do inquérito policial é tão somente possibilitar a reunião de elementos de prova que reforcem e fundamentem as suspeitas acerca da prática de delito de natureza penal, sendo um procedimento preparatório para eventual ajuizamento da ação penal. Além disso, esse procedimento preliminar na apuração de crimes serve também como "filtragem" do sistema penal, ao prevenir a movimentação do Poder Judiciário para o processamento de fatos não esclarecidos ou de autoria ainda desconhecida.[9]

Apurar a autoria significa que a autoridade policial deve descobrir o verdadeiro autor do fato infringente da norma, tendo em vista que não será possível promover a ação penal sendo desconhecido o autor do fato, ou seja, não poderá o órgão do Ministério Público, ou o ofendido, caso o crime seja de alçada privada, dar início ao processo com a denúncia ou queixa, pois o artigo 41 do CPP exige como um dos requisitos para a propositura da peça vestibular da ação penal, a qualificação do réu, ou, pelo menos,

[7] BRASIL. *Código de Processo Penal*. *Op. cit*.
[8] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26ª ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2004. p.192.
[9] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10

esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, sob pena da denúncia ou queixa ser rejeitada por inépcia formal.[10]

Nas palavras de Marcelo Lessa Bastos:

> A investigação criminal não é um fim em si mesma, mas um meio que visa a um fim, que é justamente a propositura da ação penal, sendo certo que os elementos de convicção colhidos no curso da investigação se esgotam, em sua grande maioria, uma vez cumprido esse objetivo.[11]

Assim, o inquérito policial aparece como peça de informação, o momento inicial da persecutio criminis, o conjunto de informações que, sem se vincular a um rito preestabelecido, apresenta uma seqüência cuja única preocupação é a apuração da infração ocorrida e a determinação da respectiva autoria.[12]

Já se chegou a sustentar que bastaria como justa causa para o oferecimento da ação penal, a descrição do fato típico. No entanto, a doutrina e jurisprudência atual, perceberam que o exercício da ação penal já é por si só um constrangimento para a parte ré, e assim exige-se elementos probatórios mínimos, que sirvam de fundamento razoável para sustentar esse constrangimento, o qual, caso contrário seria ilegal. [13]

Conclui-se que a finalidade investigatória do inquérito cumpre dois objetivos: dar elementos para a formação da opinio delicti e dar o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa, que é o princípio de prova mínima razoáveis sobre a existência do crime e da autoria.[14]

---

[10] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit*., p.192.
[11] BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 88.
[12] SALLES JR., Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p.4.
[13] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 1997. p. 92.
[14] *Ibidem.*

1.2- NATUREZA JURÍDICA

O inquérito policial é sigiloso, pois visa à investigação, à elucidação e descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, e nada mais necessário que possa a autoridade policial providenciar as diligências cabíveis para a completa elucidação do fato sem que ocorra durante esse caminho empecilhos que dificultem a colheita de informações e busca da verdade dos fatos. Assim, dispõe o artigo 20 do Código de Processo Penal: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade". [15]

Se a publicidade da audiência ou ato processual resultar escândalos ou perturbação da ordem, o juiz pode restringir o princípio da publicidade, não é de se estranhar a existência do sigilo na fase do inquérito policial, em que se colhem as primeiras informações a respeito da existência da infração penal e sua autoria. [16]

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal, proclama que aos litigantes no processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, no entanto, não se pode dizer que o processo administrativo aí compreenda o inquérito, pois, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. [17] Além disso, o

[15] BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 49-50.

[16] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p. 202.

[17] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. ....

artigo refere-se aos acusados “em geral”, não se podendo aplicá-lo ao indiciado, na medida em que não há nessa fase investigativa uma acusação propriamente dita.

Se o inquérito é sigiloso e não possui contraditório, pode-se afirmar a sua natureza inquisitiva, tendo em vista o fato de a autoridade comandar as investigações com certa discricionariedade, não existindo um rito preestabelecido para a elaboração ou andamento das suas investigações. Não há acusação nem defesa. A autoridade policial, sozinha, é que procede à pesquisa dos dados necessários à propositura da ação penal. [18]

Classificá-lo como procedimento administrativo, entretanto, não significa dizer que não devam ser resguardados ao longo do seu curso, os direitos fundamentais do investigado, devendo a autoridade policial, o magistrado e o Ministério Público zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar afrontas ao direito do acusado, como é, por exemplo, o direito à liberdade, pois a polícia não pode, sem autorização judicial, prender quem quer que seja, a não ser em flagrante delito.

2.4 VALOR PROBATÓRIO

Conforme afirmação na doutrina e Tribunais de que o inquérito policial constitui peça meramente informativa, porque, como já foi dito, limitar-se-ia a fornecer elementos para o oferecimento da denúncia ou queixa em juízo, nada mais lógico apresentar caráter preparatório e informativo, conquanto tenha por finalidade última possibilitar a punição daqueles que infringem a ordem penal, fundamentando a convicção do órgão incumbido de exercer a ação penal acerca da existência do crime, no sentido de

[18] SALLES JR., Romeu de Almeida. *Op. cit.*, p.7.

que o inquérito policial é o momento em que se colhem todas as provas, no que diz respeito ao recebimento da denúncia e decretação da prisão preventiva. [19]

Outros ressalvam que esse valor informativo não é absoluto, possuindo esse caráter apenas em relação às provas chamadas de renováveis ou repetíveis, sob pena de admitir-se, na espécie, a existência de duas instruções, uma provisória e outra definitiva, podendo, paradoxalmente, aquela confrontar esta, na formação do convencimento do juiz.[20]

Entretanto, nele se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do indiciado, contém em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nesse caso, elas possuem valor idêntico ao das provas colhidas em juízo.[21]

É verdade que o inquérito não chega a ter consistência de um conjunto probatório obtido em juízo, quando as garantias do agente ou autor do delito são maiores, na medida em que existe o contraditório, com ampla participação da acusação e defesa, porém não se pode negar o seu devido valor como integrante de um conjunto probatório, cuja finalidade é formar a livre convicção do julgador na busca da verdade real.

Assim, nas lições de Marcelo Lessa Bastos:

> Não se concebe mais, em tempos modernos, uma concentração de formalidades em atos que, pela necessidade imperiosa de se respeitar o devido processo legal, haverão de ser repetidos durante a instrução criminal, perante o juiz, sob o crivo do contraditório e garantindo ao réu a ampla defesa, garantias que não se observaram por ocasião do desenrolar do inquérito, procedimento inquisitorial que é, por suas próprias características e atento à necessidade de atingir sua finalidade.[22]

[19] BONFIM, Edilson Mougenot. *Op. cit*., p.103.
[20] SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 160.
[21] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit*., p. 79.
[22] BASTOS, Marcelo Lessa. *Op. cit*., p.103.

Até mesmo a confissão do agente, quando prestada perante a autoridade policial, e a prática do delito e as demais circunstâncias confirmarem a prática do delito pelo indiciado, pode alicerçar um decreto condenatório, conforme entendimento jurisprudencial, mesmo que encontre, posteriormente, a retratação do réu que, ao ser interrogado em juízo, nega totalmente a imputação.[23]

A jurisprudência é pacífica ao dispor o valor da confissão, no seguinte sentido:

> As confissões perante a autoridade policial, desde que em harmonia com outros elementos probatórios, podem servir de alicerce à convicção do julgador quanto à responsabilidade criminal do confitente, não bastando a retratação pura e simples para invalidá-la.[24]

Em resumo, as provas obtidas no curso da instrução criminal é que irão fornecer subsídios para a prolação da sentença e quase sempre são as mesmas provas do inquérito policial, renovadas e esmiuçadas em juízo, pois se os indícios e elementos circunstanciais forem tais que gerem a convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, completamente a sua decisão, notadamente quando os fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, a provas colhidas na fase final da instrução.

3 – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

3.1 SISTEMAS PROCESSUAIS

[23] SALLES JR., Romeu de Almeida Salles. *Op. cit.*, p.129.
[24] SALLES JR., Romeu de Almeida Salles. *Op. cit.*, p.129.

A doutrina identifica três sistemas processuais utilizados na evolução histórica do direito, segundo os princípios que os informam e a distribuição da titularidade das atividades de julgar, acusar e defender. São eles: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

No sistema inquisitivo encontra-se mais uma forma auto-defensiva de administração da justiça do que um genuíno processo de apuração da verdade.[25] Não há separação entre a função de acusar e julgar, na medida em que o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. [26]

O acusado é privado do contraditório, prejudicando-lhe o exercício da defesa, pois perde a condição de sujeito de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Em definitivo, no sistema inquisitório não é conferido ao acusado nenhum tipo de garantia, transformando a prisão cautelar em regra geral, lançando, muitas vezes, mão da tortura para obter a confissão, além da inexistência de coisa julgada, podendo a qualquer momento haver a abertura do caso pelo Tribunal. [27]

Já no sistema acusatório, caracteriza-se, principalmente pela separação entre as funções de acusar e julgar, ou seja, ao preservar a imparcialidade, o juiz é inerte, dependendo da iniciativa das partes para imputação do fato delituoso. Dessa forma, o acusado deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de parte do processo penal.

O procedimento é realizado de maneira ampla, possibilitando o contraditório e o exercício de uma ampla defesa, ou seja, as partes acusadora e acusada encontram-se no

[25] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*, p.40.
[26] LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p.162.
[27] LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p.167.

mesmo pé de igualdade. O processo é público, oral ou escrito, fiscalizável pelos olhos do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial. [28]

Por fim, é assegurada a segurança jurídica da coisa julgada, além da possibilidade de impugnação das decisões e o duplo grau de jurisdição.

No sistema misto a acusação é monopólio estatal, realizada pelo Ministério Público, órgão diverso do que irá julgá-lo. Na verdade, é um aperfeiçoamento do sistema acusatório primitivo, constituindo-se pela junção dos dois modelos anteriores, tornando-se, assim, eminentemente bifásico.

Este modelo divide o processo penal em duas fases, uma chamada de pré-processual e outra processual propriamente dita. A primeira fase é inquisitiva, sigilosa, escrita e não contraditória. A segunda é acusatória, informada pelos princípios já mencionados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

No Brasil, examinando o Código de Processo Penal, assegura-se a adoção do sistema misto, ou sistema acusatório moderno, na medida em que sua composição é mista, com uma primeira fase, do inquérito policial, inquisitiva, sigilosa e não contraditória; e uma segunda fase, após o encerramento do inquérito e com a instauração da relação processual com o oferecimento da denúncia ou queixa, quando passariam a vigorar as garantias constitucionais das partes, de acordo com o sistema acusatório. [29]

No entanto, outros autores classificam o sistema brasileiro de acusatório, já que na fase investigatória não há uma característica processual, mas sim administrativa.

---

[28] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p.63.

[29] LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p.31.

3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

O já mencionado artigo 5º, inciso LV é garantidor da existência do contraditório em sede de inquérito policial, não podendo servir de obstáculo as ultrapassadas definições entre processo e procedimento. Tampouco mencionar acusados e não indiciados, não pode ser um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.

Diversa não é a posição de Aury Lopes Jr. que afirma:

> É inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado.[30]

Além do mais, se o legislador entende ser possível a utilização do vocábulo processo para designar procedimento, nele se evidencia a noção de qualquer procedimento administrativo-persecutório de instrução provisória, destinado a preparar a ação penal, que é o inquérito policial, na medida em que há no processo administrativo da investigação criminal um conflito de interesses, portanto existindo litígio e, por conseqüência litigantes.

Há ainda, a defesa técnica, pois trata-se da espécie do gênero da ampla defesa, conforme estudado. E para exercê-la com plenitude, o defensor deve estar rodeado de uma série de garantias que lhe assegurem independência e autonomia em relação ao juiz, promotor e autoridade policial.

Com as inovações trazidas pela Lei 10.792/03, exige-se a presença de advogado para a oitiva do imputado, podendo-se entrevistar prévia e reservadamente com o

[30]LOPES JR., Aury. *Op. cit*., p.245.

indiciado e formular as perguntas correspondentes. Em razão disso, o artigo 7º, inciso XIV da Lei 8.906/64 assegura ao advogado:

> examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.[31]

Está claro que a nova lei assegura que o advogado não será alcançado pelo segredo interno, pois mais do que limitar o exercício de uma atividade profissional, o segredo interno fulmina o contraditório e o direito a defesa técnica.

De acordo com o entendimento de Aury Lopes Jr., a prova que é colhida na fase do inquérito e trazida integralmente para dentro do processo acaba mascarando a decisão final do julgador, tendo em vista que a eleição de culpa ou inocência é o ponto nevrálgico do ato decisório e pode ser feita com base nos elementos do inquérito policial e disfarçada com um bom discurso.[32]

Tem-se então, uma dependência extremada entre os autos da ação penal e os da investigação. Isso provoca a indevida utilização dos elementos informativos não rara vezes como prova, quando não é esta sua função e finalidade. Além do mais, existe a identidade física do juiz que julga a ação e toma contato com o desenrolar da investigação, afrontando claramente o princípio constitucional da imparcialidade do juiz. [33]

Por fim, a característica de irrepetibilidade de alguns atos existentes ao longo da investigação criminal, é que autoriza a colocação em pauta do tema do contraditório

[31] BRASIL. *Código de Processo Penal*. *Op. cit.*
[32] LOPES JR., Aury. *Op. cit*., p.170.
[33] CHOUKR, Fauzi Hasan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. ....

nessa fase, relacionando-se que não poderá haver um pleno direito de defesa se não for possibilitada a intervenção do suspeito já desde esse momento.

Como conseqüência, para os defensores dessa tese, a adoção do princípio do contraditório dá ao inquérito policial outra natureza, não de peça meramente informativa, mas com valor de prova na instrução, conseqüentemente, mais célere a prestação jurisdicional.

3 -ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS AO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL

Face à natureza jurídica inquisitiva do inquérito policial, grande parte da doutrina e jurisprudência brasileira continuam firmes no entendimento de que o procedimento realizado pela polícia judiciária não é contraditório, pois existe apenas uma colheita de informações, conforme acima exposto, e dessa forma, não há partes nem conflitos de interesses.

Não obstante a Carta Magna em seu artigo 5º, inciso LV, se refira a processo administrativo, não está incluído o inquérito policial, pois conforme observa Nelson Néri Junior, o inquérito policial não pode ser considerado "procedimento administrativo", mas sim " procedimento inquisitório", meramente preparatório para o ajuizamento da ação penal[34], não se extraindo dele nenhum resultado final ou conclusivo, pois o mesmo somente ocorrerá com o fim da referida ação penal. Além disso, o termo acusado também não pode aqui ser compreendido como indiciado, pois estaria uma lei infraconstitucional ampliando o alcance da Constituição Federal.

O entendimento jurisprudencial acerca do tema é tranqüilo:

[34] NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 141.

> Para que seja respeitado integralmente o princípio do contraditório, a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração. Tal significa que, acaso não tipificada na fase judicial, a solução será absolver o acusado.[35]

Fernando da Costa Tourinho Filho, por sua vez, nos ensina que havendo o princípio do contraditório, a defesa não deveria estar sujeita a restrições, porque quando se fala em contraditório, fala-se da completa igualdade entre acusação e defesa – o que não há realmente no inquérito policial pois, não há neste momento procedimental um acusado e sim um indiciado. [36]

Mais do que isso. O inquérito deve reunir elementos informativos para a formação da opinio delicti do órgão acusador e a concessão de medidas cautelares pelo juiz, não podendo esses fundamentos servir de base para a sentença. [37]

Dessa forma prestigia-se, nesse primeiro momento, a sociedade, sob pena de se tornar inviabilizada qualquer investigação, o que não significa dizer que o indiciado está sujeito a todo tipo de arbitrariedade, pois ele está revestido de todas as garantias inerentes à pessoa. Por isso não se cogita ampla defesa ou contraditório em sede de inquérito policial, dada sua natureza jurídica de procedimento administrativo. Aliás, sequer pode ser considerado processo administrativo, posto que não há lide, não há acusação para que o investigado possa se defender, pois há mera atividade persecutória da investigação penal.

---

[35] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 93464, da 6ª Turma do Tribunal de Justiça de Goiás, Rel. Min.Anselmo Santiago, 28 de maio de 1998. In: SALLES JR, Romeu de Almeida. *Op. cit.*, p.129.
[36] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*, p.196.
[37] BASTOS, Marcelo Lessa. *Op. cit.*, p.95.

Ressalvam-se as denominadas vistorias ad perpetuam rei memória, ou seja, as provas irrepetíveis. Assim, nas perícias a cargo da polícia judiciária, a defesa poderá apresentar quesitos ou contraditá-la a posteriori, no decorrer da ação penal.

Apesar de não se admitir o contraditório na fase policial, é preciso que se tenha em mente a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do Estado Democrático de Direito, consoante com o insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição, o que veda qualquer tratamento desumano ao investigado. [38]

Considerações Finais

Após toda a discussão acerca da aplicação ou não do princípio constitucional do contraditório em relação ao inquérito policial, é necessário se ter em mente que os direitos fundamentais são uma garantia do cidadão, até mesmo contra direitos que porventura o Estado possa ter. O próprio Estado está incumbido de velar pela proteção desses direitos, e mais, é uma obrigação imposta ao mesmo pela ordem constitucional vigente em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, nessa fase investigativa, não é possível se falar na aplicação do contraditório como instrumento de defesa do investigado, na medida em que o inquérito policial não é um fim em si mesmo, sendo apenas mais um instrumento que se pode dispor para obter lastro probatório mínimo, possibilitando a propositura da ação penal como

[38] ROESLER, Átila Rold. *O contraditório no inquérito policial*. Disponível em: *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* <http:// www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 12 jan. 2007.

conclusão depreendida da análise dos artigos 12 e 39, ambos do Código de Processo Penal.[39]

No entanto, uma crítica deve ser feita no tocante à questão probatória advinda do inquérito. Com relação às provas irrepetíveis colhidas em fase preliminar, estas devem obrigatoriamente ser produzidas novamente em juízo com a incidência do crivo do contraditório, sob pena de violar um direito fundamental e acarretar um dano irreparável ao acusado. Assim, quando o assunto versa sobre as provas irrepetíveis é inegável a situação de desvantagem processual que se encontra o acusado, pois o mesmo terá, no máximo, direito a um contraditório diferido com relação a esse tipo de prova, que em razão da mudança da situação fática existente na fase de sua elaboração, ou em razão do desaparecimento, ou modificação substancial do objeto, resulte impossível sua renovação em juízo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. A *investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BATISTA, Weber Martins. *Direito Penal e Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 93464, da 6ª Turma do Tribunal de Justiça de Goiás, Rel. Min. Anselmo Santiago, 28 de maio de 1998. In: SALLES JR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

[39] BRASIL. *Código de Processo Penal*. *Op. cit.*

CHOUKR, Fauzi Hasan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal.* São Paulo: Saraiva, 1997.

GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório.* São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n.24, 2005.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Pena*l. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROESLER, Átila Rold. *O contraditório no inquérito policial*. Disponível em: *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 12 jan. 2007.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALLES JR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2004.

O PRECATÓRIO JUDICIAL:

UM OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DO PROCESSO

Maria das Graças Verly Tardin*

RESUMO

A base do Estado de Direito tem assento no art.1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, que se constitui em Estado de Direito, destacam-se o direito à cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana. Também, o art. 3º, da Constituição vigente, propõe-se, ao lado de outros objetivos visados, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Para a consecução de tais objetivos, foram consagrados, pelo legislador constituinte, como direitos fundamentais: a inafastabilidade da tutela jurisdicional, a coisa julgada, a segurança jurídica e a igualdade. Nesse contexto, a falta de cumprimento e a irreverência à coisa julgada situam o Poder Judiciário, em face à sociedade, em uma postura de suspeição e de incapacidade. O desprestígio da coisa julgada torna-se evidente no processo de execução. A situação agrava-se, ainda mais, na execução de título judicial contra a Fazenda Pública, cujo cumprimento da obrigação se submete ao sistema dos precatórios. O presente estudo tem por objetivo central dar enfoque ao tema dos precatórios judiciais e demonstrar, afinal, que este constitui um dos obstáculos à efetividade da tutela jurisdicional. Negar a relevância do tema é deixar de reconhecer que o acesso à Justiça é algo mais amplo do que a simples demanda do juízo. Reforça, ainda, a importância e a atualidade do assunto a necessidade do reconhecimento de uma nova realidade, onde os interesses da sociedade brasileira estão acima de tudo e de todos, até mesmo do próprio Estado, que subsiste em razão dos seus cidadãos, visando à promoção do bem comum a todos os nacionais, sem qualquer discriminação. Para melhor entendimento do que se está a discorrer, o desenvolvimento do presente trabalho divide-se em três partes principais. Na primeira, realizar-se-á uma abordagem histórica do sistema acima referido. Num segundo momento, far-se-á uma análise dos privilégios concedidos à Fazenda Pública nos processos em que figura como executada. Posteriormente, verficar-se-ão como devem ser interpretados os dispositivos que regem a execução em face da Fazenda Pública, a fim de proporcionar efetividade à tutela jurisdicional. Por fim, a conclusão deste trabalho deverá efetivamente trazer uma contribuição para a ciência do direito, pois a eficácia da tutela jurisdicional constitui, na verdade, o mais amplo acesso do cidadão à justiça.

PALAVRAS-CHAVES: EXECUÇÃO, PRECATÓRIO, EFETIVIDADE, PROCESSO.

* Tabeliã, professora de Direito Civil na UCAM – Nova Friburgo/RJ, especialista em Direito Civil e Processual Civil, especialista em Direito Administrativo, Constitucional e Tributário, mestranda em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos – FDC. Integrante do Grupo de Pesquisa Acesso à Justiça e Tutela de Direitos da Faculdade de Direito de Campos – FDC.

ABSTRACT

The foundation of the State of Law lays on the 1st article of the 1988 Brazilian Constitution. Among the elements of the Brazilian Republic, constituted as a State of Law, the right to citizenship and the respect to human's dignity are detached. Likewise, the 3rd article of the present Constitution is willing – alongside other aimed objectives – to build a free society, fair and solitary. In order to achieve these goals the constituent legislator established as fundamental rights: not removing the jurisdictional tutelage, the judged matter, the judicial security and the equality. In this context, the lack of accomplishment and irrelevance to the judged matter place the Judiciary Power in front of society in a position of suspicion and incapacity. The discredit of the judged matter becomes evident in the execution process. The situation is even worse in the execution of the judicial title contrary to the Public Estate, whose obligation accomplishment is submitted to the precatory system. The main objective of this study is to give focus to the theme of judicial precatory, showing that this constitutes one of the obstacles to the effectiveness of jurisdictional tutelage. Denying the relevance of this theme is failing to recognize that the access to Justice is something wider than the simple demand of judgment. It still reinforces how updated the matter is, as well as its relevance to the necessity of recognition of a new reality, where the interests of Brazilian society is above everything and every one, including the State, whish subsists on account of its citizens, aiming at the promotion of welfare to all, without any exceptions. For a better understanding of the subject, the development of the present work will be divided into three main parts. In the first part a historical approach on the referred system will be held. In the second part an analysis of the granted privileges for the Public State in the processes of already being considered executed will be held. Subsequently we will verify how the devices that rule the execution in view of the Public State must be interpreted, in order to provide effectiveness to the jurisdictional tutelage. The conclusion of this research must effectively make a contribution to the science of law, as the effectiveness of the jurisdictional tutelage actually constitutes the widest access a citizen may have to justice.

KEYWORDS: EXECUTION, PRECATORY, EFFECTIVENESS, PROCESS.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através de seu art. 5º, XXXV, confere aos cidadãos o direito fundamental de buscar a tutela jurisdicional. Logo, é evidente que esse direito deve ser usufruído, ampla e efetivamente, por todos, de modo que o bem da vida pleiteado seja entregue num intervalo de tempo razoável.

No direito brasileiro, há vários dispositivos que consagram privilégios à Fazenda Pública. Alguns aceitáveis, tais como: prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, levando em consideração à complexidade da máquina administrativa. Outros, no

entanto, apesar de insertos no texto constitucional, acarretam latente violação a direitos fundamentais.

Na primeira década do século XXI, presenciou-se a promulgação de leis reformadoras do Código de Processo Civil, notadamente, na parte referente ao processo de execução. Todavia, nenhuma delas, propositadamente ou não, alterou os dispositivos do mencionado diploma legal que concedem prerrogativas ao Poder Público.

Há tanta preocupação com o aspecto científico do Direito Processual Civil, mas ao mesmo tempo a sua finalidade, servir à cidadania, é abandonada a um plano secundário. É necessário lembrar que esse ramo do direito público não constitui um instrumento a serviço do Estado.

Até 1988, os cidadãos eram súditos do Estado. Com o advento da Constituição da República de 1988, ocorreu uma alteração na estrutura das forças estatais; o Estado passou a ser súdito. Nesse contexto histórico, o julgador deixou de exercer uma tarefa mecanicista de mero aplicador da norma. Ele deve buscar extrair dela o máximo de sentido em benefício de seu destinatário, ou seja, o cidadão.

É cediço que a Fazenda Pública, quando em juízo, reveste-se de interesse coletivo. Contudo, os recursos estatais, são infinitamente, mais poderosos em relação aos particulares. Assim, não há como deixar de reconhecer que o sistema do precatório reflete na entrega incompleta e tardia do direito material pleiteado pela via judicial. Representa, ainda, fator de incapacidade para o Poder Judiciário, na medida em que a sociedade questiona sobre a eficiência e legitimidade das decisões judiciais. Tal poder passa a ser responsabilizado pelo atraso na entrega da prestação jurisdicional, o que acarreta abalo na sua credibilidade e o coloca numa situação subalterna em relação aos demais poderes.

Consiste a exposição em analisar que o pagamento dos créditos oriundos de decisões judiciais, através do sistema de precatório, constitui verdadeiro obstáculo à efetividade do processo.

Sendo assim, o presente trabalho propõe realizar, de forma objetiva, uma abordagem histórica do precatório no Brasil. Procurar-se-á demonstrar ao longo do exposto que, após a Constituição de 1988, o pagamento dos créditos emanados de decisões judiciárias, por intermédio do sistema em comento, viola direitos fundamentais.

Em momento posterior, indentificar-se-ão as prerrogativas concedidas à Fazenda Nacional, dando ênfase, exclusivamente, ao precatório.

Por fim, procurar-se-á revelar que a interpretação sistêmica do art. 100, da CRFB/88, possibilitará uma prestação jurisdicional rápida, justa, eficaz e pacificadora.

Diante do exposto, resta induvidosa a importância do tema, sendo este digno de especial atenção por parte dos doutrinadores, posto que, ainda hoje, prepondera obscuridade a respeito do mesmo. Remanesce, ainda, claro que a proposta consubstanciada no trabalho ora elaborado, exige um julgador destemido, imparcial e independente. Se o Poder Judiciário não se der ao respeito contido na sua missão constitucional, continuará proferindo sentenças formais desprovidas de qualquer conteúdo significativo para as partes.

1 PRECATÓRIO JUDICIAL: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O precatório é uma forma de pagamento, na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, disciplinada pelo art. 730, do Código de Processo Civil.

Para Pedro Lenza[1] "[...] o precatório judicial é o instrumentos através do qual se cobra um débito do poder público (pagamento devido pela Fazenda Pública Federal, Estadual, Distrital ou Municipal), conforme art. 100 da CF/88".

O juiz da causa requisitará o pagamento mediante intervenção do presidente do tribunal ao qual estiver vinculado. Dessa forma, se a demanda foi julgada pela Justiça Comum, o pagamento deverá ser solicitado ao presidente do Tribunal de Justiça do Estado. Se a competência era da justiça Federal, o requerimento será feito ao presidente do Tribunal Regional Federal. Em se tratando de julgamento realizado pela Justiça do Trabalho, o juiz da causa requisitará, ao presidente do Tribunal Regional do Trabalho respectivo, o pagamento.

Os ensinamentos de José Augusto Delgado[2] asseguram que, "nas ordenações Manuelinas e Filipinas, a execução contra a Fazenda Pública se processava da mesma forma como contra qualquer pessoa, inclusive com penhora".

[1] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006. p. 424.

Contudo, havia uma restrição à penhora, eis que não constituíam objeto de penhora os cavalos, as armas, os livros, os vestidos de seus corpos e as camas dos fidalgos, dos cavalheiros, dos desembargadores, posto que outros bens não tinham. A execução recairia nos cavalos, nos vestidos e nas coisas sobreditas, que não lhes forem necessárias, quando inexistissem outros bens móveis ou de raiz.

A proibição da penhora de bens da Fazenda Pública ocorreu em 10 de abril de 1851, quando o Directório do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda Pública editou instrução, instituindo, no art. 14, a impenhorabilidade dos bens da Fazenda Nacional. Depois, os Avisos da Fazenda de 1863 e de 1865, de números 120 e 395, respectivamente, prescreveram a impenhorabilidade dos bens provinciais e municipais. Dessa forma, todos os bens públicos não podiam ser penhorados[3].

Até 1934, a existência do precatório restringia-se ao âmbito infraconstitucional. Em 16 de julho do referido ano, o precatório conquistou *status* constitucional através da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Entretanto, o texto constitucional dedicava-se, somente, às dívidas da Fazenda Federal. Os Estados e Municípios tinham liberdade de regulamentar o modo pelo qual realizariam o pagamento referente a dívidas sobrevindas de sentenças judiciais. Tal afirmação encontra respaldo no art. 182, deste diploma legal[4], *in vervis*:

> Art 182 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais. Parágrafo único - Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

Ao confrontar o texto acima com a redação do art. 95, da Constituição de 1937[5], verifica-se que a Constituição de 10 de novembro de 1937 concedeu tratamento idêntico ao

---

[2] DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica:** advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em <http://www.cjf.gov.br.pdf>.Acesso em: 17 maio. 2007.
[3] SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998. p. 36.
[4]BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil,** Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 17 maio. 2007.
[5] BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil,** Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 19 maio. 2007.

precatório, apresentando, unicamente, como novidade a imprescindibilidade de inserir, no orçamento, a quantia suficiente para satisfação dos credores da Fazenda nacional, cujos créditos sejam originários de condenações judiciais.

O Código de Processo Civil de 1939, ao elencar os bens impenhoráveis, inicia pelos inalienáveis. Assim dispõe este diploma legal[6]: "Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados: I – os bens inalienáveis por fôrça de lei"; Dentre estes bens, estão insertos os de natureza pública, nos termos do art. 67, do Código Civil Brasileiro de 1916. O mencionado código de processo, ao disciplinar a execução contra a Fazenda Pública em seu artigo 918[7], a fez de forma idêntica à Constituição de 1937.

Todavia, houve a inclusão do Estado e sobre esse aspecto, o parágrafo único do artigo acima transcrito não faz referência à Fazenda federal, mas sim, à Fazenda Nacional. Porém, Américo Luís Martins da Silva[8] as autarquias e as outras entidades públicas da Administração indireta não se submetiam ao precatório. Este era aplicado, apenas, à Administração direta.

A Constituição de 1946 estendeu o alcance do precatório judicial às Fazendas municipais e ampliou a atribuição de expedir o precatório aos Presidentes do Tribunal Regional de Recurso e do Tribunal de Justiça, subordinando a prerrogativa ao caso concreto.

Só com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, corroborou-se um progresso na sistemática do precatório em face às Constituições antecedentes, uma vez que se criou a obrigatoriedade da inserção no orçamento de verba para pagamento dos precatórios exibidos até primeiro de julho do ano da elaboração da proposta orçamentária. O descumprimento do comando constitucional ensejaria crime de responsabilidade. Também, transmitiu-se ao Presidente do Tribunal, que prolatou a decisão exeqüenda, a competência para a expedição do precatório.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada Constituição cidadã, dispensou tratamento privilegiado aos créditos de natureza alimentícia; retirando-os do pagamento via precatório, bem como inseriu a ordem cronológica de apresentação para os

[6] BRASIL. **Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**, Rio de Janeiro, 18 set. 1939. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 19 maio. 2007.
[7] BRASIL. **Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**, Rio de Janeiro, 18 set. 1939. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 19 maio. 2007.
[8] SILVA, Américo Luís Martins da. Op. cit. p. 57.

pagamentos e a atualização monetária dos valores até o dia primeiro de julho do exercício anterior ao pagamento.

Por outro lado, não se pode deixar de frisar o pensamento de Leonardo Greco[9] no sentido de que o artigo 730, do Código de Processo Civil, não foi revogado pela Lei 11.232/2005, tendo em vista a impossibilidade de instituição de penhora sobre os bens da Fazenda Pública. Logo, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública continuará a se desenvolver através de processo autônomo.

2 PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

É certo que a Fazenda Pública goze de uma gama de prerrogativas de ordem processual. Dentre elas, pode-se citar os seguintes exemplos: 1) fixação diferenciada dos honorários advocatícios em caso de sucumbência (art. 20, § 4º, do CPC); 2) dispensa do adiantamento de despesas dos atos processuais, eventualmente, requeridos, pagos ao final pelo vencido (art. 27, do CPC); 3) privilégio de foro na Capital do Estado ou do Território quando em litígio (art. 99, do CPC); 4) prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188, do CPC); 5) dispensa de depósito prévio para o ajuizamento da ação rescisória (art. 488, parágrafo único, do CPC); 6) dispensa do preparo para a interposição de recurso (art. 511, do CPC); 7) audiência prévia em caso de requerimento de medida liminar em ação possessória (art. 928, parágrafo único, do CPC); 8) impenhorabilidade de seus bens (art. 20, da CRFB/88; art. 649, do CPC; art. 100, do CCB/020; 9) pagamento dos créditos oriundos de decisões judiciais através do precatório (art. 100, da CRFB/88).

Sem a pretensão de emitir juízo de valor sobre a importância dos citados princípios, mas tão somente por questão de limitação espacial, será selecionado, para comentar, o pagamento dos créditos oriundos de decisões judiciais através do precatório.

O precatório é o ato pelo qual o juiz requisita, ao presidente do Tribunal competente, a ordem de pagamento à Fazenda Pública, para efetuá-lo no processo executivo em lhe seja movido.

---

[9] GRECO, Leonardo. **Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05.** Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v.1, nº 6, p. 87-107, dez./jan. de 2006

O ponto de relevância sobre o tema consiste na identificação se o pagamento, através de precatório, revela ou não flagrante violação a princípios constitucionais. Em que se pese à posição majoritária, que defende que tal privilégio conferido às Fazendas Públicas, quando em juízo, se assentam na supremacia dos interesses coletivos sobre os individuais, há de se reconhecer que aqueles interesses não podem transcender a estes. A razão desta afirmativa consubstancia-se no fato de que o respeito às decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente as decorrentes de sentenças transitadas em julgado, constitui dogma a ser observado por aqueles que integram a estrutura orgânica do Estado. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Celso de Melo[10]. Segundo ele, a exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e erigida em postulados que informam, no sistema jurídico brasileiro, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. A obrigatoriedade de cumprimento das decisões oriundas do Poder Judiciário, notadamente nas hipóteses em que a condenação judicial tem por destinatário o Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontestável obrigação institucional, sem deixar de subtrair o aparelho do Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República.

Importante salientar que os princípios jurídicos podem estar explícitos em norma escrita, ou sua identificação pode derivar de uma visão axiológica, que possibilita o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Os princípios ideológicos continuam dotados de força normativa. Ruy Samuel Espíndola[11] evidencia a necessidade de se reconhecer normatividade não só aos princípios que são, expressa e implicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Dentre os princípios consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pertinentes ao tema abordado, destacam-se aqueles que consagram direitos fundamentais. Inserta na categoria destes direitos encontra-se a tutela jurisdicional efetiva. A determinação constitucional do art. 100 frente ao direito fundamental citado impõe os seguintes questionamentos: 1) o processo tem realizado a sua função? Há exceção ao

[10] Informativo STF, n. 590, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 09/10/98.
[11] ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 55.

princípio da isonomia? 3) Está sendo respeitado o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, quando se expede um precatório para ser pago no prazo de dez anos?

A função do processo brasileiro é a de servir como instrumento para garantir aos cidadãos o direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade, à dignidade humana. Tudo isso compreendido como valores mais elevados de uma sociedade fundada na harmonia social. Os anseios da Nação brasileira estão representados no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim, a missão do processo é revelar-se como garantidor de uma prestação jurisdicional justa, eficaz e pacificadora, lançando mão, para esse fim, de todos os princípios que possam decorrer da ordem constitucional.

Na categoria de princípios de obrigatória observância, situa-se o princípio do respeito às ordens judiciais e, como conseqüência lógica da harmonia entre os poderes, o Executivo não pode se furtar de cumprir as determinações oriundas dos órgãos jurisdicionais. Sendo assim, o princípio da razoabilidade não pode se sobrepor ao princípio acima mencionado como justificador de descumprimento de ordens emanadas do Poder Judiciário. Contudo, vive-se, no Brasil jurídico de hoje, um momento extraordinariamente fecundo nos planos doutrinário e jurisprudencial de supremacia do princípio da razoabilidade em prejuízo de outros que dizem respeito à dignidade humana.

A título ilustrativo, em relação à aludida supremacia, oportuno mencionar que no dia 26 de março de 2003, o Ministro Marco Aurélio[12] conduziu a julgamento, perante o STF, 356 processo de intervenção federal contra os Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, por descumprimento de decisões judiciais quanto ao pagamento deprecatórios de natureza alimentar. O plenário julgou improcedentes os pedidos seguindo a tese de que a aplicação da pena violaria o princípio da proporcionalidade. No julgamento, foi vencido somente o relator.

Verifica-se, através da decisão citada, que o processo, como instrumento de reivindicação pelo qual o indivíduo pleiteia os direitos que são garantidos na ordem jurídica, apresenta-se ineficaz no cumprimento de sua função. Emerge, assim, na sociedade a valoração pelo não cumprimento da obrigação. Quem busca justiça tem suportado a injustiça, no tocante ao lapso temporal existente entre o direito e o seu exercício, entre o fato jurídico e gozo de

[12] REBELO, José Henrique Guaracy. **O processo civil e o acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.gov.br.pdf>. Acesso: em 17 maio. 2007.

suas vantagens pelo titular, beneficia tão somente o sonegador da obrigação que, escudado em razões políticas, não cumpre a obrigação jurídica.

O descumprimento da ordem judicial acarreta múltipla lesão, porque além de violar o direito fundamental à dignidade, afeta o próprio conceito de ordem jurídica eficaz. A sua não incidência nas relações cidadão-Estado atinge o alicerce do Estado Democrático de Direito. Como o Estado vai impor a ordem jurídica exigida pelo interesse público se, quando figura no pólo passivo da relação processual, a decisão dos Tribunais o privilegia e retarda, ainda mais, a prestação jurisdicional?

O não cumprimento das obrigações propaga-se como regra imperativa na sociedade. A ineficácia da prestação jurisdicional institui a mentalidade de que comportamento contrário ao ordenamento jurídico é mais vantajoso. Daí, a imoralidade e a má-fé passam a ser tônica da sociedade, exacerbando-se o subdesenvolvimento.

Observa-se no segundo questionamento, o princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, XXXVII, da CRFB/88, que tem por finalidade garantir a identidade de situação jurídica para o cidadão. É um direito fundamental que exige a aplicação da lei de modo idêntico para todos os cidadãos. Nesse sentido, nenhuma das funções estatais (legislativa, judiciária e executiva) pode fixar privilégios para determinados entes. Pois, caso contrário, haverá lesão ao conteúdo político-ideológico do Estado Democrático de Direito.

Para José Augusto Delgado[13] não há, no Direito Constitucional positivo hoje posto, possibilidade de restrição na aplicação do princípio da isonomia. A justificação das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública baseia-se, em regra, na complexidade das atividades desenvolvidas pelo Poder Público. Todavia, esse argumento há de ceder ao postulado maior posto na Carta Magna, que não admite distinção de qualquer natureza perante a lei. Não existe mais a possibilidade do cidadão ceder a sua garantia fundamental em face de um alegado interesse público, que se conflita com dogmas constitucionais. A igualdade é ilimitada, absoluta, sem permissão de tratamento desigual.

Outrossim, para demonstrar que o sistema de precatório viola o princípio da dignidade da pessoa humana, porque, de fato, acarreta demora na entrega da prestação jurisdicional, faz-

[13] DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993. p. 73-74.

se mister evidenciar o pensamento de Francisco Fernandez Segado[14] no sentido de que "los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana". Logo, é no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da CRFB/88, que se encontra a matriz dos direitos fundamentais. Por esse motivo, para Marcelo Lima Guerra[15] como expressão imediata da dignidade humana, tais direitos passaram a ocupar o centro do universo jurídico, caracterizando-se, principalmente, por sua aplicabilidade imediata, conforme determina o art. 5º, § 1º, da CRFB/88, ao dispor que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Oportuno, ainda, mencionar que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não eliminam os oriundos de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, nos termos do art. 5º, § 2º, da CRFB/88.

Inserto entre os direitos e garantias fundamentais o devido processo legal, prescrito no art. 5º, LIV, da CRFB/88, constitui-se princípio fundamental do processo, sendo o alicerce sobre a qual todos os outros se sustentam.Uma das repercussões desse direito fundamental é o princípio da celeridade processual, reconhecido, primeiramente, no art. 6º, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais[16], subscrita em Roma, em 4 de novembro de 1950, *in verbis*:

> Artigo 6°- 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num **prazo razoável** por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela (grifo nosso).

Também, o Pacto de San José da Costa Rica tratou, em seu art. 8º, do devido processo legal e da celeridade processual, como se verifica a seguir[17]:

> Artigo 8º - Garantias judiciais. 1- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um **prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se

[14] SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional.* Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1994. p. 77.
[15] GUERRA, Lima Marcelo. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 82.
[16]ROMA. *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, Roma, 04 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int.pdf >. Acesso em: 21 maio. 2007.
[17]COSTA RICA. *Pacto de San José da Costa Rica*, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br.htm.>. Acesso em: 21 maio. 2007.

> determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (grifo nosso).

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar um *status* supraconstitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. E o retardo da prestação jurisdicional implica na sua inefetividade e constitui elemento violador do referido princípio. Desse modo, quando o atraso na prestação jurisdicional ensejar num dano expressivo à parte, poderá esta recorrer ao sistema de proteção internacional dos direitos humanos, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), da Organização dos Estados Americanos (OEA), com base no art. 8º acima transcrito. Tal possibilidade já aconteceu no Brasil, onde um credor de precatório alimentar do Estado de São Paulo denunciou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a violação aos seus direitos fundamentais, principalmente, ao direito à duração razoável do processo. Esta denúncia, que poderá acarretar na condenação do país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Torna-se imprescindível, então, o posicionamento de Leonardo Greco[18] sobre o assunto.

> No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.

Os estudiosos proclamam que a justiça ideal é aquela de boa qualidade, econômica e célere. Assim, não há como deixar de reconhecer que a instrumentalidade do processo tem na efetividade seu aspecto mais significativo. Nesse diapasão, a expedição de precatório, para ser pago no prazo de dez anos, revela verdadeiro atentado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3 A INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE DETERMINA O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO

Considerando que o Direito está em constante movimento, frente ao dinamismo social, resta induvidoso que o mesmo deve ser adaptado às necessidades do cotidiano das pessoas. Desse modo, impõem-se aos magistrados um trabalho incessante de elaboração e revisão no

[18] GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual.** Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225.

seu campo de atuação, de modo que suas decisões sejam voltadas para a justiça do caso concreto .

Com os olhos voltados a essa realidade, percebe-se facilmente que o julgador da primeira década do século XXI deve ter uma atuação voltada para a defesa da moralidade, da sociedade, revelando, assim, um juiz do cidadão.

Diante das infindáveis garantias processuais, ainda no intuito de fazer valer a segurança jurídica, salta aos olhos que a sociedade vivencia uma eterna insegurança, quando se trata de uma sentença judicial proferida contra o Poder Público.

Não é por demais reafirmar a posição ocupada pelo cidadão após a Constituição da República de 1988. Na vigência do século XXI, o Estado passou a ser súdito, de modo que o cidadão conquistou o topo da pirâmide na relação entre comandante e comandado.

Dessa forma, o magistrado não mais se limita à função julgadora. O Estado Democrático de Direito exige uma conduta ativa do juiz. Este não pode ser mais um mero expectador dos acontecimentos sociais, mas sim deverá participar efetivamente dos destinos da sociedade e ser responsável pelo bem comum. Essa nova postura repudia normas constitucionais que implicam violação da dignidade humana.

Mas que criticar é necessário apresentar solução. E esta passa pela hermenêutica.O art. 100, da CRFB/88, deve ser inserido dentro de um sistema jurídico, sendo impossível admitir uma interpretação isolada do mesmo. O mencionado dispositivo deve ser interpretado levando-se em consideração o preâmbulo da Constituição de 1988, onde menciona como dever do Estado resolver as controvérsias pacificamente. Possibilitando, assim, que a prestação jurisdicional tenha como objetivo fundamental proporcionar a paz ao cidadão.

É incontestável que o art. 100, da CRFB/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, representa um verdadeiro contraste ao Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, não é absurdo o pensamento de que o julgador o conceba somente como uma regra constitucional desprovida de amparo principiológico e ideológico. Assim, pode ele determinar o arresto das verbas públicas, excluindo àquelas destinadas ao pagamento dos servidores e à saúde pública, até que sejam pagos os créditos oriundos de decisões judiciais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indolência do legislador em modificar o tratamento dispensado à Fazenda Púbica, notadamente, no que diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais, impõe ao julgador o reconhecimento de que os interesses da sociedade brasileira estão acima de tudo e de todos, até mesmo do próprio Estado, que subsiste em razão dos seus cidadãos, visando à promoção do bem comum a todos os nacionais, sem qualquer discriminação.

O sentimento de ineficiência e injustiça é patente, quando o Estado proíbe ao cidadão a justiça de mão própria, mas não o confere um meio eficiente para a entrega da prestação jurisdicional, principalmente, quando o bem da vida pleiteado deve ser satisfeito pela milionária Fazenda Pública.

A alegação de que a interpretação defendida no presente trabalho levaria a prolação de decisões abusivas e arbitrárias, não subsiste quando o melhor remédio para a desconfiança é a transparência e objetividade das sentenças.

O poder Judiciário somente assegurará a efetividade da prestação jurisdicional quando lançar mão de direitos universais, reconhecendo, assim, que a outorga de privilégios e prerrogativas processuais reflete na entrega tardia e incompleta do direito material reclamado na via judicial.

Tão logo o julgador passe a interpretar o art. 100, da CRFB, de modo sistêmico, haverá uma redução no abalo de sua credibilidade, que o tem coloca em posição subalterna em relação aos demais ramos do Poder.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 17 maio. 2007.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 19 maio. 2007.

BRASIL. **Decreto Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**, Rio de Janeiro, 18 set. 1939. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br.htm>. Acesso em: 19 maio. 2007.

COSTA RICA. **Pacto de San José da Costa Rica**, Costa Rica, 22 nov. 1969. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br.htm.>. Acesso em: 21 maio. 2007.

DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça.** São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. **Precatório judicial e evolução histórica:** advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em <http://www.cjf.gov.br.pdf>. Acesso em: 17 maio. 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Leonardo. **Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05**. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v.1, nº 6, p. 87-107, dez./jan. de 2006.

_____. **Estudos de direito processual.** Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. **O processo de execução.** V.1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GUERRA, Lima Marcelo. **Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Informativo STF, n. 590, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 09/10/98.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2006.

MORAES, Guilherme Peña (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2. ed. Brasil: Lumen Júris, 2005.

REBELO, José Henrique Guaracy. **O processo civil e o acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.cjf.gov.br.pdf>. Acesso: em 17 maio. 2007.

ROMA. **Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais,** Roma, 04 nov. 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int.pdf >. Acesso em: 21 maio. 2007.

SEGADO, Francisco Fernandez. **Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional.** Brasília:Revista de Informação Legislativa, 1994.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.

VENOSA, Villaça. **Código civil anotado e legislação complementar.** São Paulo: Atlas, 2004.

EFETIVIDADE E GARANTIAS DO PROCESSO: DIREITO DE AÇÃO COLETIVA: ASPECTOS DESTACADOS

Moacyr Motta da Silva*

RESUMO

O estudo procura examinar aspectos processuais relativos à Ação Coletiva de natureza transindividual, frente a duas novas instituições do Código de Processo Civil: Efetividade e Garantia. Referidas instituições voltam-se para a Ação Coletiva. O estudo tem por objetivo demonstrar que, mesmo diante do aperfeiçoamento do Código de Processo Civil, este ainda se mantém na estrutura original. Ou seja, voltado para a proteção dos direitos e interesses intersubjetivos individuais. A proposta conclusiva consiste em formar-se uma mesa de estudos destinada à preparação de um esboço de projeto de lei, que desenhe o processo e o procedimento de Ação Coletiva, voltados para os interesses de massas ou difusos.

PALAVRAS-CHAVES: EFETIVIDADE, GARANTIAS DO PROCESSO, DIREITO DE AÇÃO

RESUMEN

El estudio busca examinar aspectos procesales concernientes a la Acción Colectiva de naturaleza transindividual, frente a dos nuevas instituciones del Código de Proceso Civil: Efectividad y Garantía. Tales instituciones se proyectan para la Acción Colectiva. El estudio tiene como objetivo demostrar que, mismo delante del perfeccionamento del Código de Proceso Civil, éste aún se mantiene en su estructura original, es decir, dirigido a la protección de los derechos y intereses intersubjetivos individuales. La propuesta concluyente consiste en formar una mesa de estudios destinada a la elaboración de un esbozo de proyecto de ley que cree el proceso y el procedimiento de Acción Colectiva, dirigido para los intereses de masas o difusos

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina UFSC: Curso de Direito. Professor aposentado pela UFSC: Programas Mestrado e de Doutorado. Professor titular do Curso de Pós-Graduação Stritco Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Membro da Academia Catarinense de Filosofia.

PALABRAS CLAVE: EFECTIVIDAD, GARANTÍAS DEL PROCESO, DERECHO DE ACCIÓN

INTRODUÇÃO

O estudo desenvolve-se em dimensão de artigo acadêmico. Por este motivo, limita-se ao espaço metodológico que lhe é reservado. O trabalho, que ora se elabora em forma de artigo, tem por objeto o exame da Efetividade e das Garantias do Processo, em relação ao Direito de Ação, na Ação Coletiva. Para a lógica deste estudo, define-se Ação Coletiva a invocação da jurisdição judicial, na qual o autor pede a proteção de um interesse ou de direito coletivo considerados pela lei. A Ação coletiva distingue-se pela legitimação ativa, a causa de pedir (coletiva), a sentença com efeitos sobre toda a comunidade ou coletividade de pessoas vinculadas. Entre as modalidades de Ação Coletiva destacam-se: Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo. Justifica-se a necessidade da investigação teórica, em face da real situação em que se encontra o Poder Judiciário, diante do volume de demandas que o mesmo concentra, ai incluídas as Ações Coletivas . Inúmeros são os fatores que concorrem para este fenômeno: educação, financeiro, político, sociológico, jurídico e, até mesmo, ético. O estudo opta por discutir, como já referido, pontos ligados à efetividade e às garantias do processo frente ao Direito de Ação, relativa a Ação Coletiva.. Diante do universo de questões que chama a atenção dos operadores jurídicos destaca-se o que focaliza o direito de ação, de natureza coletiva. Trata-se de conflito de interesses de natureza transindividuais, para cujo processo e procedimento, o legislador ainda mantém o processo regulado pelo Código de Processo Civil de 1973, e pela legislação extravagante. É do conhecimento comum que o atual Código do Processo Civil foi projetado, em todos os seus livros, para regular o processo de índole individual. A partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ganhou “status” de preceito constitucional. Ao Ministério Público, a “ Constituição Cidadã” outorgou-lhe a função,

entre outras, de promover o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública, para a proteção dos Interesses Difusos [1] e Coletivos.[2]

A ação coletiva, anteriormente à Constituição Federal de 1988, encontrava-se em passos iniciais para o seu aperfeiçoamento. Nessa fase, as estatísticas indicavam tímida porcentagem das demandas judiciais. Graças à incansável atuação do Ministério Público, (Federal e dos Estados Membros), os Inquéritos Civis e a Ação Civil Pública passaram a constituir significativo volume de ações desta natureza. (ações coletivas para a proteção de interesses difusos e coletivos) A despeito do crescente índice de ações coletivas, as regras processuais, ainda hoje aplicáveis à espécie, são extraídas do Código de Processo Civil de 1973. Complementarmente, um pequeno número de leis extravagantes normatiza o processo e o procedimento das Ações Coletivas. É de se registrar que além de leis específicas sobre a ação coletiva, os Órgãos do Poder Judiciário vêm, gradualmente, formando jurisprudência sobre a matéria. Os institutos da efetividade e da garantia do Processo, ainda mantém-se voltados para o processo e o procedimento do Código de Processo Civil. As duas instituições aplicam-se à Ação Coletiva, consideradas suas vocações ao processo civil. Por convenção semântica, as expressões direitos de massa ou transindividuais compreendem os direitos difusos e os direitos coletivos. O trabalho tem início com breves considerações em torno da concepção de Estado Democrático de Direito. A seguir, pesquisa-se idéia do direito de ação, a partir de tratadistas selecionados para esse fim. Examinam-se, igualmente, regras jurídicas do Código de Processo Civil, em torno do direito de ação. O mesmo tratamento aplica-se ao conceito de interesse processual. Por fim, o autor propõe a criação de regras de natureza processual destinadas a dar condições de operacionalidade às ações sobre direitos difusos e coletivos. As considerações finais são de ordem propositivas.

---

[1] Interesses Difusos ou transindividuais, os de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (Código de Defesa do Consumidor.Lei n° 8.078, de 11.09.1990)

[2] Interesses direitos coletivos, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo , categoria ou classe de pessoas ligas entre si com a parte contrária, uma relação jurídica de base. (Código de Defesa do Consumidor.Lei n° 8.078, de 11.09.1990)

DESENVOLVIMENTO

1 O Processo como instrumento da Ação.

Entende-se por Processo, o conjunto de modelos de atos simples e ou complexos, regulado por norma jurídica, que têm por objetivo à atuação da mesma, diante de casos concretos que exigem o exercício da função jurisdicional do Estado. O Processo, assim considerado, orienta-se por Princípios Constitucionais, a saber: Devido Processo Legal (Procedural). Deste Princípio decorrem os seguintes: Princípio do Juiz Natural; Princípio da Investidura; Princípio da Isonomia; Princípio do Contraditório; Princípio da Reserva Legal; Princípio da Motivação das Decisões Judiciais e o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Portanto, deve ser afastada a antiga concepção, segundo a qual, o processo representa, simplesmente, um conjunto de atos concatenados, com vistas a alcançar a decisão. O Processo, na moderna Teoria Geral do Processo envolve: Juiz; Partes (autor e demandado); Pessoa legitimada (interesse de massa ou Coletivo), Advogados; Assistentes; Serventuários da Justiça; Peritos e Terceiros interessados.

2 Efetividade e Garantia como condições instrumentais do Processo.

Os institutos da **Efetividade** e da **Garantia** do Processo constituem nomes modernos. Em outras palavras, surgiram com as reformas do Código de Processo Civil de 1973.

O **tempo do processo** constitui um dos problemas (dilemas) principais da atividade jurisdicional do Estado-Juiz. É preciso reconhecer que o processo tenha um **tempo** final razoável, para entrega da prestação jurisdicional. É do conhecimento do operador do direito, que o órgão jurisdicional (Juiz), tem um **tempo** para cada processo. As partes do processo (autor (s) e demandado (s) possuem, cada uma, o seu **tempo.** É necessário encontrar-se um **tempo** médio ideal, no sentido de que os jurisdicionados (autor (s) e demandado (s), recebam do Estado-Juiz, a prestação jurisdicional em **tempo** capaz da fruição do mesmo. (decisão) A falta de observação do **tempo do processo**, compatível com o **tempo das partes** gera angústia, intranquilidade, descrédito do Judiciário. A entrega jurisdicional tardia, converte-se em injustiça do Estado-Juiz. De nada adianta. a prestação jurisdicional chegar à parte, após

a mesma ter esgotado seu **tempo de vida útil**. (morte ou incapacidade como: visual, auditiva, fala, mente e outras impeditivas da fruição da vida.) Além do prejuízo de ordem pessoal, é recorrente no processo judicial, sobrevir conflitos de ordem moral e éticos, com repercussão ao próprio Judiciário.

É necessário lembrar que o Direito, na medida em que regula a vida do Homem em Sociedade é, igualmente, um instrumento de paz, de tranqüilidade. Al Ross assinala que o Direito foi concebido pela Sociedade, a partir da idéia de necessidade.[3] Entre as múltiplas necessidades da vida em Sociedade está a do bem estar social. Toda comunidade busca o bem estar social. Nesta linha de entendimento, o Direito não serve para causar motivo de desestímulo, de descrença nas instituições da Justiça. Com este sentimento, foram criadas as duas instituições, denominadas efetividade e garantia do processo. Nelas encontram-se instrumentos processuais destinados a combater a morosidade do processo. O clamor dos jurisdicionados diante do interminável tempo da prestação jurisdicional constituiu a justificativa primordial para a implantação destas duas instituições. A morosidade do processo, além de proporcionar uma consciência social de descrédito na Justiça (Justiça Política), estimula o inadimplente a usar o Poder Judiciário como escudo de suas atuações contrárias à lei. Não existe, no processo, momento (s) determinado, (s) pelo qual, a Efetividade e a Garantia têm início. Trata-se de esforço, de boa vontade, de sensibilidade do Juiz, bem como de todas as pessoas que integram a relação processual, interessados na pronta e efetiva entrega da prestação jurisdicional. Merece registrar que o Código de Processo Civil de 1973 vem sendo aperfeiçoado, pela legislação complementar. Neste particular, destacam-se as seguintes: a) a que dispõe sobre os recursos4; b) a que regula as ações de consignação em pagamento e de usucapião5; c) a que dispõe sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar6; d) a que dispõe sobre o processo de execução7; e) a que dispõe

---

[3] ROSS, Alf. Sobre el Princípio Y la Justicia. Buenos Aires. 1997 p 363

[4] BRASIL. Lei nº 8.950, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos a Recursos.

[5] BRASIL. Lei nº 8.951, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil referentes a ações de consignações e de usucapião.

[6] BRASIL. Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil que dispõe sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

sobre ação monitória8; f) a que regula a atividade dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais9. A posterior reforma do Código de Processo Civil verificou-se com a edição das regras: a) Emenda Constitucional que altera dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com repercussões, igualmente no Direito Processual Civil10; b) regula parte da separação consensual11; c) altera os arts. 522, 523 e 527, e revoga o § 4º do art. 523 do CPC12; d) estabelece a fase do cumprimento de sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial e dá outras providências13; e) cria novas formas de prova por meios eletrônicos e outros procedimentos relativos à prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória e ação rescisória14. A leitura dos textos processuais compreendidos nas chamadas micro-reformas do Código de Processo Civil continua voltada para os interesses individuais. Esta interrogação merece a atenção de todos os Operadores do Direito.(Advogado- Juiz- Membro do Ministério Público – Legisladores e Representantes do três níveis do Governo (Federal – Estadual e Municipal) A Sociedade, enquanto produtora e consagradora dos valores culturais deve participar desta reivindicação de ordem social,

3 Direito de Ação – Ação Coletiva

---

[7] BRASIL. Lei nº 8.953, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de execução.

[8] BRASIL. Lei n° 9.079, de 14.07.1995. Dispõe sobre dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da Ação Monitória.

[9] BRASIL. Lei nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

[10] BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30-12-2004. Altera dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[11] BRASIL. Lei n° 11.112, de 13.05.2005. Altera o inciso IV do *caput* e acrescenta o § 2º ao art.1.121 do CPC.

[12] BRASIL. Lei n° 11.187, de 19.10.2005. Altera os artigos n^{os} 522, 523 e 527, e revoga o § 4º do art. 523 do CPC.

[13] BRASIL. Lei nº 11.232, de 22.12.2005. Estabelece a fase do cumprimento de sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial e dá outras providências.

[14] BRASIL. Lei nº 11.280, de 16.02.2006. Trata da incompetência relativa, novas formas de prova por meios eletrônicos e outros procedimentos correspondentes à prescrição, à distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória e ação rescisória.

Estudos que vêm se realizando em sede da Teoria da Jurisdição e da Teoria da Justiça, apontam a necessidade de revisão do tradicional conceito do Direito de Ação. Trata-se de postura teórica de reflexão crítica, que pretende discutir o conceito do Direito de Ação, de índole individual, particular, para uma concepção de Direito de Ação comprometido com os anseios da Sociedade. Ou seja, o estudo do Ação Coletiva. O conceito de ação teorizado como expressão dinâmica de direito subjetivo público, ou como o poder de deflagrar a jurisdição, passa, necessariamente, pela idéia de dois níveis de interesses. O direito de ação no plano dos interesses individuais, singulares e o direito de ação no plano dos interesses de massa, coletivos ou difusos. Cada uma das duas matrizes de interesses (individuais) e (de massa) apresentam particularidades que são próprias. As duas formas de invocação do direito subjetivo de ação exigem do Estado justa resposta. Assinala-se que a atividade positiva do Estado Democrático de Direito age como dever político-jurídico em relação à Sociedade. Para este estudo, considera-se Estado de Direito o modelo de organização política que possui " estrutura formal destinado à garantia das liberdades fundamentais com a aplicação de lei geral abstrata, por juízes independentes; estrutura material do sistema jurídico, com liberdade de concorrência de mercado, reconhecida no comércio aos sujeitos de propriedade; estrutura social, mediante políticas reformistas de integração da classe trabalhadora; estrutura política com distribuição separação de poder." 15. Reconhece-se, com fundamento em estudos desenvolvidos na Teoria do Estado, que nenhuma pesquisa voltada para a construção do conceito de Estado, centrada em determinado âmbito do conhecimento humano, é suficientemente capaz de compreendê-lo, na forma como o mesmo se apresenta na realidade. O Estado de Direito, na contemporaneidade entendido como Estado Democrático de Direito, além das características apontadas por Bobbio, conceitua-se como o ente dotado de poder político que se legitima pela vontade do povo que o institui e o organiza16. Importante assinalar que a ausência de qualquer das estruturas caracterizadoras citadas, desfoca o conceito de Estado Democrático de Direito. No âmbito formal do sistema jurídico predomina a garantia das liberdades fundamentais, mediante a criação por lei, de órgãos de jurisdição, incumbidos da

[15]Texto inspirado na leitura de BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. v. I, A-K, 1991, p. 401.
[16] MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2000, 100p.

aplicação de normas gerais, abstratas. No âmbito material do sistema jurídico, destaca-se a liberdade de concorrência de mercado. Por sistema jurídico denomina-se o conjunto de princípios e de normas inter-relacionadas entre si, com vistas a determinado fim.17. No âmbito social do sistema jurídico, evidencia-se mediante a introdução de políticas públicas reformistas destinadas à satisfação de interesses sociais. O Estado Democrático de Direito observado por este prisma, assume função social vocacionada para os direitos sociais de coletividade. Pasold18 assinala: "é necessário colocar o Estado permanentemente em função da Sociedade toda". Por fim, a estrutura política do sistema jurídico do Estado tem, na teoria da distribuição das funções políticas, a sua nota principal. O direito criado pelo Estado, segundo a concepção positivista, constitui fonte exclusiva da ordem jurídica. Por este entendimento, o direito positivo reflete a vontade política do Estado. Deve-se assinalar que na produção do direito concorrem diversas forças políticas, representativas de classes dominantes, consideradas como a aglutinação de interesses econômicos, sociais, políticos de determinada época histórica. Portanto, o direito positivo estatal reflete a aspiração de um conjunto de atuações políticas, econômicas e sociais que gravita na Sociedade civil. O direito representa a síntese do modelo político do Estado. Segundo esta concepção, o direito se modifica, se aperfeiçoa, de acordo com sua trajetória histórica, política e social. Caenegem19 menciona que fatores econômicos desempenharam papel importante na elaboração dos modernos códigos do século dezenove. Assinala o mencionado pesquisador: "a filosofia do Iluminismo rejeitou os velhos dogmas e as tradições (especialmente religiosas) e colocou o homem e seu bem-estar no centro de suas preocupações". Dentro dessa visão, o homem, como ser individual, constituía o centro das atenções do direito. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao assegurar o direito subjetivo de ação, assume postura voltada para os interesses da Sociedade, e não somente para os direitos individuais20. Por essa lógica, o conceito de direito de ação há de ser

---

[17] Conceito que se inspira na leitura da obra: MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Ed., 2000, 100p.

[18] PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*, 1988, p. 66.

[19] CAENEGEM, R. C. Van. *Uma Introdução ao Direito Privado*, 1995, p. 129.

[20] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 3° "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

construído a partir dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito e dos objetivos almejados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dalari21 assinala que um dos traços característicos importantes da Sociedade contemporânea, na relação com o Estado, está na superação da distinção entre fenômenos políticos e sociais. O jurista Paulo de Tarso Brandão, 22 apresenta singular argumentação, na qual teoriza: "nova relação estabelecida entre Estado e Sociedade Civil..."23. Segundo o mencionado tratadista, no seio da Sociedade Civil surgem determinadas espécies de conflitos, cujas essências não guardam nenhum fundamento com interesses individuais. Diante das novas relações entre a Sociedade Civil e o Estado aparecem determinadas espécies de colisões de interesses generalizados, cujas matrizes são de ordem social e de impessoalidade. Paulo de Tarso Brandão volta a destacar que em face do fenômeno da generalidade do litígio e da ausência de titular ou pela impessoalidade, surge o que se chama direitos transindividuais ou direitos coletivos, direitos difusos e direitos individuais homogêneos. Maffesoli pensador e sociólogo francês denomina o Tempo das Tribos, o fenômeno cultural pelo qual o individualismo acha-se em declínio nas Sociedades de Massa.[24] Na visão de Maffesoli, a tendência da Sociedade é caminhar em direção ao modelo coletivo. O sociólogo emprega a metáfora tribo no sentido de agrupamento humano constituído pelo prazer de estar junto. O sentido do coletivo ou da Sociedade de Massa reconhece no individualismo, uma cultura fundada no racionalismo. O pensamento de Maffesoli parece corresponder o que o Direito da Pós-Modernidade chama de direitos transindividuais ou de Massa. O Estado Democrático de Direito não pode mais deixar de reconhecer a integração do elemento político e social na organização e no funcionamento do Estado. Ovídio assinala que a ação é o próprio direito subjetivo em seu movimento dinâmico de realização. O direito subjetivo de ação previsto no Código de Processo Civil, ainda

---

desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais outras formas de discriminação".

[21] DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*, 1980, p. 156.

[22] BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais. "Novos" Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed., 2006, 319p.

[23] *Op. cit.*, p. 298.

[24] MAFFESOLI, Michel. O Tempo das Tribos. 4ª ed. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2006 297 p

mantém sua estrutura voltada para a concepção destinada ao processo, na esfera dos interesses particulares. O novo conceito de direito subjetivo público de ação, de amplo espectro, inspira-se nos fundamentos consagrados nas garantias previstas nos artigos 1° e 3° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com projeção aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.25 Torna-se insuficiente pensar-se o conceito de ação, nos escassos limites de autor e de réu. Tanto a figura do autor, quanto a do réu, a do assistente ou a do opoente, bem como as do litisconsórcio (ativo ou passivo), denotam o caráter individual da ação. O jurista Aragão26 doutrina que a origem que explica o direito de ação fundado no direito material tem na teoria imanentista, também denominada teoria civilista, ponto de referência histórico. Para o referido processualista, o estudo da teoria imanentista ou civilista, apóia-se na definição do jurisconsulto Celso: "*actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudiciu quod sibi debetur*" (Ação nada mais é que o direito de alguém perseguir em juízo o que lhe é devido) ("Digesto", 44, 7, 51). Parece certo afirmar que a teoria civilista do jurisconsulto romano se projetou, para além de suas fronteiras. Estudos realizados na obra de Vincent e Serge indicam que autores clássicos assimilavam o direito substancial em relação à ação.[27] Os autores assinalam que a concepção de autores do século XIX e também do início do século XX, foi herdada do Direito Romano. Segundo os processualistas franceses, o *praetor* dava a ação, por uma fórmula, aquele que pedia o direito de agir na justiça. Ao ser concedida a ação, criava-se um direito. Do mesmo modo que sem a ação, não havia direito. A confusão de interpretação do direito de ação e do direito substantivo ainda é presente no âmbito do Direito Processual Civil francês. Veja-se, por exemplo, no Brasil a redação contida no anterior Código Civil de 1916, em cujo art.75 estatuía: " a todo direito corresponde uma ação que o corresponde".[28] Até então, só havia direito de invocar a jurisdição do Estado, na hipótese da parte demonstrar a titularidade do direito substantivo.

---

[25] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, arts. 1º e 3º.
[26] ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *O Estado de Direito e o Direito de Ação*, 1978, p. 70.
[27] VINCENT, Jean e SERGE Guinchard. Procédure Civile. 24ª ed. Paris. 1996. Dalloz. p. 72

[28] BRASIL. Lei n° 3.071, de 01.01.1916 Cria do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil

A ausência do direito substantivo desautorizava a invocação judicial do Estado. Para Couture, o mesmo critério de tratamento que impulsiona o Estado a prestar aos cidadãos, considerados individualmente, assistência nos casos de necessidade, prevalece em relação ao indivíduo, na hipótese de o mesmo pedir a tutela jurisdicional. Observe-se o conceito individualista da teoria de Couture29: "de la misma manera que todo individuo, encuanto tal, tiene el derecho de recibir asistencia del Estado en caso de necesidad, tiene también derecho de acudir a los órganos de jurisdicción, para pedirles su ingerencia cuando la considera procedente". Não se pode deixar de mencionar a teoria eclética, elaborada por Enrico Tullio Liebman30. Para o mencionado processualista, o conceito de ação, fundado no poder jurídico ou no direito, é considerado irrelevante. O conceito de ação independe de o autor ter ou não direito material, visto que essa condição será examinada na sentença. O direito de ação, como garantia de ordem pública, nasce diante da necessidade da pessoa invocar a tutela do órgão jurisdicional. Segundo estudo desenvolvido na teoria de Liebman, o direito de ação, como expressão subjetiva voltada para o judiciário, impõe ao autor a satisfação de dois pressupostos, denominados condições da ação. São eles: a) legitimidade; b) interesse de agir. Releva observar que Liebman, ao rever seu conceito originário sobre direito de ação processual, fixou como condições da ação: "interés para accionar e legitimación para accionar". A possibilidade jurídica, para este autor não mais constitui pressuposto da ação. A falta de um desses requisitos, considerados essenciais, inibe o direito de ação. Liebman31, ao reexaminar as condições da ação, doutrina: "las condiciones de la acción, mencionadas hace poco, son el interés para accionar y la legitimación". Para o citado autor, a categoria possibilidade jurídica, até então aceita como uma das condições da ação, deixa de ser admitida como tal. Embora Liebman tenha construído a prodigiosa teoria da ação como direito subjetivo abstrato, ao que nos parece, também não conseguiu teorizar o conceito de ação fora do pensamento liberal, individual. Esse fenômeno é, igualmente observado por Cappelletti32, ao afirmar que, nos Estados liberais "burgueses", dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos

---

[29] COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1993, p. 68.
[30] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual del Derecho Procesal Civil*, 1976, p. 114.
[31] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Idem*, p. 114.
[32] CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*, 1988, p. 9.

adotados para a solução dos conflitos, refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos então vigentes. O direito de ação construído em função do pensamento liberal marcou a política individualista dos séculos XVIII e XIX. Esse pensamento foi determinante na idealização e concepção do Código de Processo Civil de 1973. 33. O paradigma do modelo individualista criado no sistema jurídico processual de 1973 mostra-se inadequado para o processo e o procedimento de questões que emergem dos interesses de massas ou de interesses coletivos. Diante do que se examina, é possível afirmar que o direito de ação que se tem hoje, não é o mesmo que se experimentou até próximo do final do século passado. Embora não sistematizado do ponto de vista legislativo, como ocorreu com o Código de Processo Civil de 1973, o direito de ação de interesses de massa ou coletivo, não tem alcançado os princípios da celeridade e da decisão justa. Esse quadro tem uma de suas explicações, diante da insistência de determinados órgãos de jurisdição (juiz), invocarem dispositivos do processo civil para a ação de interesses de massa ou coletivo34. O conceito do direito de ação que emana do Estado Contemporâneo relativo aos interesses das comunidades ou aos interesses de pessoas indeterminadas, precisa ser reconstruído, a partir de fundamentos de direitos de coletividades assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Deve ser observado que os direitos sociais, enquanto titularizados por pessoas, individualmente consideradas, não integram o estudo do direito de ação, no sentido dos interesses de massa. Com tal advertência, não se quer afirmar que os direitos sociais, como categorias inerentes às pessoas individuais, não possam ser objeto de tutela do Estado. É na compreensão dos direitos sociais, como fenômenos jurídicos individuais, que se chega à idéia de direitos sociais das Sociedades de massa. Na verdade, a relação entre o Estado e o Direito exige visão macro do fenômeno jurídico. Ensina o pensador suíço Ottfried Hoffe35 que nas relações entre o Estado e o Direito, os direitos humanos somente alcançam plenitude jurídica quando o monopólio do poder político do Estado está na coletividade, no seio da Sociedade. O filósofo demonstra que nenhum órgão do

---

[33] BRASIL. Lei n° 5.869, de 11.01.1973, que institui o Código de Processo Civil.

[34] Entre outros, citam-se os seguintes dispositivos do CPC: Interesse e legitimidade, art. 3º; capacidade para estar em juízo, art. 7°; suspensão do processo, art. 267; extinção do processo, art. 267; petição inicial, art. 282; do pedido, art. 286; respostas do réu, art. 297; revelia, art. 319; das provas, art. 332; da sentença, art. 458. Esses dispositivos têm caráter apenas exemplificativo, posto que não esgotam o assunto.

Estado, nenhuma instância do poder político possui poder ilimitado, exclusivo. No interior da instância de poder político convive uma rede de poderes públicos que procura controlá-los, reciprocamente. A partir da visão das relações entre a Sociedade e o Estado, se há de pensar o direito de ação das Sociedades de massa. Diante do estudo realizado, pode-se afirmar que o direito subjetivo de ação fundado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não pode ser tomado no sentido individual, coletivo e social, já que se trata de garantia vocacionada para a Sociedade como um todo. É necessário assinalar que o moderno conceito de direito de ação necessita ser redesenhado por dois entes do Estado (órgão legislativo) e (órgão jurisdiciário)36. Pelo legislativo, mediante a criação de normas modernas, dotadas de legitimidade, ou seja, de normas que tenham correspondência com os anseios, interesses da Sociedade. Destaque-se, nesse âmbito que as normas cumpram o sentido do legislativo, ou seja, a representação popular da vontade da maioria dos membros da Sociedade democrática. Igualmente, pelo Poder Judiciário, na resolução de interesses em convergência e na orientação da ordem do Direito, mediante a aplicação concreta da norma jurídica. 37. O Código de Processo Civil, como vem sendo estudado, necessita reformulação, entre outros, nos seguintes pontos: a) legitimação difusa; b) interesse processual difuso; c) ampliação do conceito de presunções diante dos fatos sobre conflitos de massa; d) aumento dos juízos de probabilidade e de verossimilhança; e) aumento dos poderes discricionários do juiz no universo do Direito Probatório; f) previsibilidade de concessão de liminares, quer seja por requerimento da parte ou por ofício do juiz; g) direito de defesa efetivo, mediante produção de provas, no conhecimento integral dos fundamentos da sentença e dos meios de recursos rápidos.

4 Interesse processual - demonstração teórica – do Individual ao Coletivo

---

[35] HOFFE, Ottfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma Filosofia Crítica do Direito*, 1991, p. 377.

[36] Esta concepção teórica constitui uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIVALI, denominada Produção e Aplicação do Direito. No Brasil, o jusfilósofo Osvaldo Ferreira de Melo vem desenvolvendo pesquisas nessa área, cuja teoria denomina-se Política Jurídica. Para conhecimento do tema, recomenda-se a leitura de sua obra: MELO, O. F. *Fundamentos da Política Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, 136p.

[37] A idéia de Justiça, para a lógica do presente estudo designa o respeito à ordem jurídica consagrada pelo Estado Democrático de Direito.

Conceitua-se como interesse processual, do ângulo do direito processual estampado no Código de Processo Civil, a necessidade de invocar a tutela jurisdicional do Estado, diante de pretensão deduzida, segundo as normas formais existentes. Interesse processual não deve ser confundido com interesse de direito material, de índole primária. A compreensão teórica de interesse processual independe da idéia de legitimidade para agir ou de *legitimidade ad causam*, porque tal pressuposto liga-se às condições da ação. O interesse processual ou interesse de agir assume posição instrumental e constitui o tema nuclear do presente estudo. A investigação teórica examina o interesse processual numa perspectiva dos interesses difusos, interesses coletivos, no sentido da coletividade. Desloca-se, assim, o conceito de interesse processual, de natureza individual, para a idéia de interesse processual ou de agir numa dimensão coletiva, no qual as pessoas são vistas no plano coletivo. Pesquisas bibliográficas, desenvolvidas no micro-sistema do direito processual civil, não registram norma processual específica, reguladora do conceito de interesse processual difuso. O Código de Processo Civil38, em diversos momentos emprega a categoria interesse numa visão do processo, porém, dentro do modelo individual. A moderna doutrina vê na locução interesse processual os seguintes pressupostos: a) necessidade; b) adequação; c) utilidade. Necessidade significa a indispensabilidade de se recorrer ao judiciário, para julgar determinado conflito, que não pode ser satisfeito pelos meios conciliatórios espontâneos. Adequação compreende a providência jurisdicional técnica e formalmente compatível com a pretensão deduzida em juízo. Diz-se adequação da prestação jurisdicional, quando o pedido formulado pelo autor permite que a função jurisdicional se realize segundo os modelos processuais estabelecidos na lei. Bermudes39 afirma que o interesse processual estabelecido no tradicional processo civil configura-se útil, no sentido de que a prestação jurisdicional precisa repercutir, eficazmente, no meio social. Utilidade denota certa vantagem prática capaz de acrescentar ao autor da ação algo diferente da situação jurídica anterior ao processo, podendo, inclusive, remover certos obstáculos que prejudicam ou impedem o exercício de seu direito. Conforme já demonstrado, o direito positivo que regula a ação coletiva

[38] BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 3°, 4°, 267, inciso VI, e art. 295, inciso III.
[39] BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*, 1995, p. 50.

sobre interesses de massa, carece de norma própria relativa à configuração de interesse processual. Via de regra, o operador do direito busca no direito positivo, na jurisprudência ou na doutrina, orientação capaz de oferecer caminho justo. Ocorre que, por se tratar de tema relativamente novo entre nós, continua-se operando com a categoria interesse processual haurida do Código de Processo Civil. A adequação deste instituto processual, de índole individual, ao processo de massa, coletivo, apresenta-se complexa. Exige do juiz domínio de conhecimento, não só das normas que atuam sobre a relação processual individual como, também, das regras reguladoras da ação coletiva. Cappelletti40 doutrina que o juiz da atualidade, além de ter o dever de conhecer as grandes transformações que vêm se operando no mundo, sobretudo o papel do Direito e do Estado na moderna Sociedade do Bem-Estar Social, depara-se com um dos graves problemas, a discricionariedade. O juiz, ao ter que escolher os fundamentos sobre esta ou aquela decisão, muita vezes difícil e complexa, deve buscar, além do jurídico, fundamentos extraídos da história, da lingüística, da lógica abstrata, da sociologia, da psicologia e outros para tomar a decisão. A discricionariedade, com apoio no universo de conhecimento, não dispensa a valoração e balanceamento, quer dizer, ter presente os resultados práticos e as eventuais implicações morais, gerados pela escolha. É recomendável estabelecer-se uma visão sistêmica da ação proposta, da natureza jurídica do pedido, das implicações do pedido da causa no universo do direito positivo. Deve, igualmente, ser lembrado que, do ponto de vista do Código de Processo Civil, o interesse processual constitui uma das condições do regular exercício da ação41. Preocupa-nos a aplicação simplista da regra que autoriza a extinção do processo, fundada na ausência de interesse processual, recepcionada pelo Código de Processo Civil para o âmbito da ação coletiva. A noção da necessidade de adequação e de utilidade, modeladas para o Código de Processo Civil, não se ajusta à ação coletiva. Falar-se em interesse processual, como categoria do processo civil, de natureza individual, para adequá-la à ação civil pública, como instrumento de proteção de interesses difusos e coletivos, soa tão ilógico quanto conceituar parte no prisma individual, para adequá-la como representativa de relação processual coletiva. Hoje o

[40] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?,* 1993, p. 33.
[41] BRASIL. *Código de Processo Civil,* art. 267, VI.

sistema do direito processual depara-se não só com os conflitos de interesses individuais, mas, igualmente, com os interesses de terceira geração. Enfatiza-se que o direito positivo não regula, especificamente, o instituto processual chamado interesse, para a aplicação dos interesses difusos ou dos interesses coletivos. Liebman42 assinala que o jurista contemporâneo vem encontrando certa dificuldade para examinar os denominados interesses difusos. O processualista destaca que a matéria regulada pela lei sobre interesses de grupo, interesses de massa é fragmentária e incompleta. Esses dados não permitem uma solução uniforme e coerente. Mancuso43, ao estudar o interesse processual exaurido do sistema processual de caráter individual, afirma não haver dúvidas que é chegado o momento de uma ruptura com o processo civil, diante do acesso à Justiça dos interesses difusos. A partir desta perspectiva, deve-se evitar o equívoco de imaginar que o modelo de interesse processual refletido no Código de Processo Civil, nitidamente de índole individual, permita ser pensado como algo a ser aplicado nas ações coletivas. O interesse processual, visto do ângulo do direito coletivo, no qual o bem jurídico tutelado recai no interesse de massa, ajuda a compreender que por se tratar da indeterminação das pessoas, torna-se impróprio exigir-se a demonstração do interesse particular, do processo civil tradicional. Ao contrário, a litigiosidade que envolve interesses difusos e coletivos está próxima da idéia de garantia dos direitos sociais, nos quais o Homem, no plano coletivo, constitui o centro das atenções.. Releva assinalar que os institutos processuais, já mencionados anteriormente precisam ser repensados para a nova visão dos interesses difusos ou de massa. Nossa conclusão da temática aponta para a construção teórica de um novo modelo de interesse processual. Um dos critérios que selecionamos para a construção teórica de Interesse Processual, numa visão metaindividual, consiste em abandonar qualquer idéia sobre necessidade e utilidade, fundada em interesse individual. O que está em discussão não é o interesse subjetivo processual individual, em si, mas a necessidade de o Estado criar um modelo de norma destinada a disciplinar o exercício do direito de Ação Coletiva. Após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 1973, a Sociedade brasileira teve notícia de reformas de ordem processual, incorporadas ao texto original.

---

[42] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual del Derecho Procesal Civil*, 1976, p. 608.
[43] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 1994, p. 129.

Revela-se por um conjunto de leis processuais. Entre elas, destacam-se: a) a que dispõe sobre os recursos44; b) a que regula as ações de consignação em pagamento e de usucapião45; c) a que dispõe sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar46; d) a que dispõe sobre o processo de execução47; e) a que dispõe sobre ação monitória48; f) a que regula a atividade dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais 49. A seguinte reforma do Código de Processo Civil verificou-se com a edição das seguintes regras: a) Emenda Constitucional que altera dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com repercussões, igualmente no Direito Processual Civil50; b) regula parte da separação consensual 51; c) altera os arts. 522, 523 e 527, e revoga o § 4º do art. 523 do CPC 52; d) estabelece a fase do cumprimento de sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial e dá outras providências53; e) cria novas formas de prova por meios eletrônicos e outros procedimentos relativos à prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória e ação rescisória54. A leitura dos textos processuais compreendidos nas chamadas micro-reformas do Código de Processo Civil continua voltada para os interesses individuais. Mais uma vez,

---

[44] BRASIL. Lei nº 8.950, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil relativos a Recursos.

[45] BRASIL. Lei n° 3.071, de 01.01.1916 Cria do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil

[45] BRASIL. Lei nº 8.951, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil referentes a ações de consignações e de usucapião.

[46] BRASIL. Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil que dispõe sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar.

[47] BRASIL. Lei nº 8.953, de 13.12.1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de execução.

[48] BRASIL. Lei n° 9.079, de 14.07.1995. Dispõe sobre dispositivos do Código de Processo Civil, com a adoção da Ação Monitória.

[49] BRASIL. Lei nº 9.099, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

[50] BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30-12-2004. Altera dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

[51] BRASIL. Lei n° 11.112, de 13.05.2005. Altera o inciso IV do *caput* e acrescenta o § 2º ao art.1.121 do CPC.

[52] BRASIL. Lei n° 11.187, de 19.10.2005. Altera os artigos n^{os} 522, 523 e 527, e revoga o § 4º do art. 523 do CPC.

[53] BRASIL. Lei nº 11.232, de 22.12.2005. Estabelece a fase do cumprimento de sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos relativos à execução fundada em título judicial e dá outras providências.

[54] BRASIL. Lei nº 11.280, de 16.02.2006. Trata da incompetência relativa, novas formas de prova por meios eletrônicos e outros procedimentos correspondentes à prescrição, à distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória e ação rescisória.

prevalece a concepção do determinado em lugar do indeterminado; do individual sobre o coletivo; do eu em lugar do nós.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face aos fundamentos demonstrados, propõe-se uma tomada de consciência de todos operadores do Direito. O objetivo desta convocatória consiste em discutir-se uma nova reforma processual. O tema principal visa apresentar-se, discutir-se e propor-se uma legislação específica para a Ação Coletiva. A proposta visa chamar a atenção do Poder Legislativo em colocar em pauta de urgência, um catálogo de regras processuais. Sugere-se que os fundamentos aqui formulados sejam, igualmente, discutidos. A ausência de regras próprias destinadas ao processo de interesses das coletividades provoca desorientação ao operador jurídico na aplicação de regras de tal ordem. O Código de Processo Civil, por se constituir de um complexo de princípios e de regras destinado ao processo e ao procedimento da tutela de interesses intersubjetivos individuais, revela-se inadequado para a aplicação das demandas judiciais de natureza transindividuais ou coletivas. A forma encontrada na aplicação das regras processuais estatuídas no Código de Processo Civil de 1973 consiste no caráter subsidiário. Nesta posição, tem por objetivo atuar como instrumento processual de aplicação auxiliar. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz o discurso da proteção aos interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Por se constituir de novo direito, destinado à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, de bens e direitos de valor artístico, estético, paisagístico e cultural sua delimitação exige regras de processo e procedimentos próprios. Não são suficientes regras que disciplinam a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e outras hipóteses ali mencionadas (Lei n° 7.347, de 24.7.85). Do mesmo modo, mostra-se insuficiente a Lei que prevê a defesa do consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90). A simples aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 1973, não satisfaz a necessidade de o operador jurídico atuar com segurança nas demandas que envolvem os interesses difusos e coletivos. O presente estudo volta-se para os operadores jurídicos, representados pelas classes de Advogados, do Ministério Público, da Magistratura, de Academias de Direito e demais profissões afins. O objetivo nuclear consiste em formar-se uma mesa de debates específica, destinada à elaboração de projeto de lei que desenhe

o processo e o procedimento de Ação Coletiva para a garantia e a proteção dos interesses de massa ou difusos. PARA FINALIZAR, lembramos, o **tempo do processo** constitui um dos problemas (dilemas) principais da atividade jurisdicional do Estado-Juiz. (Juiz), tem um **tempo** para cada processo. As partes do processo possuem, cada uma, o seu **tempo.** É necessário encontrar-se um **tempo** médio ideal, no sentido de que os jurisdicionados a prestação jurisdicional em **tempo** capaz da fruição do mesmo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas D. Moniz de. O Estado de Direito e o Direito de Ação, 1978, p. 70.

BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso. Tomo I. Buenos Aires, 1986, p. 267.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Trad. Carmen C.Varrialle et al. v. I, A-K, 1991. 666p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais. "Novos" Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed., 2006. 319p.

CAENEGEM, R. C. Van. Uma Introdução ao Direito Privado. Trad. Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 252p.

CAPPELETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. 2. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 168p.

_____. Juízes Irresponsáveis. Trad. Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. 98p.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Futuro do Estado. São Paulo: Morena, 1980, p. 180.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O Processo em Evolução. 2. ed. Biblioteca Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 510p.

HOFFE, Ottfried. Justiça Política. Fundamentação de uma Filosofia crítica do Direito. Trad. Ernildo Stein. Rio de Janeiro: Vozes, 1991. 404p.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Tradução Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense,1984. 319p.

MAFFESOLI, Michel. O Tempo das Tribos. 4ª ed. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2006 297 p

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir, 1994, p. 129.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Dicionário de Política Jurídica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000. 100p.

PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 2. ed. Florianópolis: Estudantil, 1988. 103p.

ROSS, Alf. Sobre el Princípio Y la Justicia. Buenos Aires. 1997 468 p

VINCENT, Jean e SERGE Guinchard. Procédure Civile. 24ª ed. Paris. 1996. Dalloz. 1046 p

TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA – ANÁLISE E CRÍTICA A CASO CONCRETO – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

Robson Zagre*

RESUMO

O maior desafio dado ao operador do direito constitui na melhor interpretação: quando advogado ou promotor, na busca dos interesses de seu cliente e da sociedade, respectivamente; quando magistrado, no melhor empenho de adequação objetivando um sentido de correção para atendimento da tutela jurisdicional.
Os novos rumos dados aos princípios como fonte interpretativa acalorou debates na era pós-positivista sob o prisma de se efetivar justiça de forma justa, sempre levando em conta a transcedência da interpretação positivista e cujo teor tentamos estabelecer pelo presente estudo, mormente no estabelecimento dos conflitos dos institutos; regras e princípios.
E a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy bem se presta ao desiderato, sendo desta, efetivamente, retirada o embasamento de nosso estudo.

PALAVRAS-CHAVES: ARGUMENTAÇÃO, REGRAS, PRINCÍPIOS, PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE

ABSTRACT

This article analyzes that the best option for the law operators is the interpretation of the law, being the biggest obstacle for the lawyers or public prosecution service to guarantee the interest of its client and the society, respective. The judge, in the better adequate objectiving a purpose for de correction for satisfacation of the judicial tutelage.
Emphasize how the new trend is to give force for the principles like fontain (source) interpretative unleash debates in the age positivist about prism to get justice, always considerate the transcend to the positivist interpretation which content intent to establish in this study, principal in the conflicts between institutes: rules and principles.
Finally, we aim to focus how the Alexy´s Juridical theory of the argument as being the instrument to get our research.

KEYWORDS: ARGUMENT, RULES, PRINCIPLES, PROPORTIONALITY, REASONABILITY

INTRODUÇÃO

A evolução gradativa e dinâmica do direito trouxe no Século XXI os chamados pós-positivistas, contrapondo-se à teoria kelsiana, entretanto, dela sempre usufruindo de seus conceitos balizares à Teoria Pura do Direito, mister na problemática do juiz político, porque verificada no jusnaturalismo a incompletude do texto legal já sanada por Kelsen quando do conceito estabelecido da diferenciação entre lei e norma, tida esta como qualquer regramento de natureza jurídica, desde que emanada de uma autoridade competente tornado-se gênero da qual a lei seria espécie.

A axiologia e o realismo jurídico (tendo como uma das correntes o direito alternativo) emergem, assim, nessa crítica com base argumentativa dentro de valores sociais comuns e a ideologia política, respectivamente.

A necessidade de dinamizar a elaboração e aplicação correta da norma bem como a ação do juiz quando da vivificação de uma sentença com métodos de interpretação de tal forma à prática efetiva da justiça, dentro dos moldes do Estado Democrático de Direito, trouxe acalorados debates, vencida, evidentemente como precursora dessa ação, a Escola da Exegese e Histórica (Savigny), cujo conteúdo enfrentava a impossibilidade de o texto legal ser imperativo e absoluto;

Assim, os chamados pós-positivistas buscam através da Teoria da Argumentação Jurídica, da Integração e da Tópica Jurídica, respectivamente – Alexy, Dworkin e Perelman – as respostas à adequação da melhor interpretação tendo como fulcro o equilíbrio entre segurança jurídica e justiça, considerando os princípios constitucionais como chave para esta exegese.

Identificamos no texto constitucional pátrio a relevância dos princípios, mesmo que inseridos não de forma expressa, ou seja, ainda que implicitamente, adotados pela carta magna, precisamente no art. 5º, § 2º da Constituição Federal do Brasil.

A proporcionalidade surge, na teoria de Alexy, hoje, não obstante negar-se uma escala hierárquica entre os princípios gerais de direito e até mesmo entre estes, a analogia e os costumes, como o mais importante princípio destinado á solução dos conflitos entre os institutos pricipiológicos.

E é nesse diapasão, considerando a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que passaremos a discutir uma decisão judicial elaborada pelo eminente juiz Alexandre Victor de Carvalho, seguido do não menos juiz Tibajy Salles, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Objetivando ordenar nosso trabalho, abordaremos o tema em três capítulos a seguir: o Capítulo I em uma reconstrução do caso bem como do dispositivo legal a ser criticado; no Capítulo II descreveremos uma exposição teórica aplicada ao caso em apreço; no Capítulo III analisaremos os argumentos expressando concordâncias e discordâncias, concluindo ao final com opiniões acerca da decisão com a melhor teoria a ser aplicada, procurando, assim, contribuir para nossos estudos.

CAPÍTULO I – EXPOSIÇÃO DO CASO CONCRETO

Conforme dito em nossa introdução, exporemos neste capítulo o caso concreto a ser analisado, considerando suas nuanças e tendo como foco sublinhar os tópicos importantes ao estudo de nossa crítica, visando uma melhor adequação dos métodos de interpretação utilizados, tomando por base àqueles utilizados na decisão pelos ilustres magistrados relator e revisor.

I.1 – A DECISÃO – HISTÓRICO E FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa diante da condenação em primeira instância de seus clientes, autores de furtos sucessivos de vários bezerros nas localidades da Comarca de Viçosa, fato ocorrido em julho de 1999, tendo referido recurso recebido o n.º 2.0000.00.318538-0/000(1) com acórdão de 08/05/2001, publicado em 26 de maio do mesmo ano tendo como relator o Juiz Alexandre Victor de Carvalho; revisor o juiz Tibagy Salles; vogal o juiz Carlos Abud; e presidida a sessão pelo juiz Erony da Silva.

Os apelantes foram denunciados nas iras do art. 155, parágrafo 4º, inciso IV, combinando-os com o art. 71, todos do Código Penal, vale dizer, furto qualificado, cuja pena dobraria em relação àquela descrita no furto simples em virtude da qualificadora do inciso respectivo – concurso de pessoas, submetendo os infratores entre 02 (dois) e 08 (oito) anos de reclusão e multa, em contra-senso à pena de roubo pela mesma

qualificadora, inciso II do parágrafo 2º, art. 157, majorada de um terço até metade não obstante tipicidade de maior grau para o crime de roubo, onde o bem jurídico tutelado, além daquele descrito no furto – posse, propriedade e detenção da coisa – complementa-se na integridade física da vítima.

O entendimento da corrente alternativista exposto pelo juiz Alexandre Victor de Carvalho, cujo exemplo tomou emprestado julgado do eminente magistrado Amilton Bueno de Carvalho do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, põe-se ao pé do princípio da proporcionalidade, haja vista o conflito gerado pela incongruência da lei em dar aos iguais tratamento desigual, confrontando o princípio da isonomia inserido no texto constitucional.

Nesse sentido, faz questão à interpretação de sua tese no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou a qualificadora em epígrafe, eis em vista o poder da vigência temporal e hierárquica da Carta Magna em, efetivamente, invalidar a norma ordinária dita irracional, ilógica.

Assim, a norma refutada em função de sua não recepção e não obstante vigente perderia sua validade, ou seja, ainda que em plena vigência, contudo, inaplicável pela não validade por afronta ao princípio da isonomia constitucional.

Por fim, propõe como solução a aplicação da pena do *caput* do art. 155, pois que a incidência da pena prevista na qualificadora do crime de roubo, considerando a invalidade da majorante do furto qualificado em função de sua desproporcionalidade, seria contaminada pelo princípio *in mallam partem*, uma vez vedada a analogia no direito penal nacional.

Na esteira do entendimento diverso, o juiz Tibajy Salles comenta o fato sobre a distinção entre *princípios* e *regras* aderindo à teoria da separação conceitual entre ambos institutos, espécies do gênero *norma*, ao que os doutrinadores classificam em *antinomia jurídica imprópria* e *antinomia jurídica própria*, respectivamente, em abandono à teoria normativista positivista kelsiana.

Ao cuidar da distinção entre regras e princípios, J.J. Canotilho (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1086.) sugere que se abandone a distinção tradicional entre normas e princípios, recomendando a utilização da classificação pela qual as regras e os

princípios sejam considerados e distinguidos como duas espécies de um superconceito de normas, diferente, portanto, da concepção normativa da teoria kelseniana.

Assim, separados os institutos, apartada também deve ser a análise de seus conflitos.

Com efeito, verificada a existência de antinomia jurídica própria (conflito entre regras jurídicas), existem os meios próprios para sua solução, que exsurgem das mais variadas formas (A solução do conflito entre regras se resolve, na maioria das vezes, no âmbito da validade. A título de exemplificação, pode-se arrolar o afastamento da regra incompatível, que se dá por critérios afixados em cada ordem jurídica (lex superior derogat inferiorem - critério hierárquico; lex specialis derogat generalem - critério da especialidade; lex posterior derogat priorem - critério cronológico). Robert Alexy entende que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula) possíveis dentro da doutrina jurídica mundial, não se fazendo, portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Por conseguinte e ainda segundo Salles, impossível, ou melhor, inadequada a utilização do *princípio da proporcionalidade*, porque a teoria contemporânea em epígrafe somente se valeria quando da existência de conflitos única e exclusivamente entre princípios, até porque tal distinção destaca-se nos meios doutrinários dos pós-positivistas, os quais, diferentemente de Kelsen, realizam esta distinção quando do conceito de norma conforme dito alhures.

Segue como colorário para o eminente juiz revisor, portanto, que em sendo os institutos diferenciados por seus conceitos, também o deverá na aplicação para a solução dos conflitos porventura emergente entre ambos. Assim, em se tratando de *regras* os critérios de solução adequados seriam aqueles de conhecimento notório como o hierárquico, o da especialidade e o cronológico considerando que excludente aquela que à outra se submeter.

Em se tratando de princípios, aí sim se utilizaria o critério da proporcionalidade para a solução dos conflitos, o que não gera a exclusão em virtude da não submissão entre um e outro, ao contrário, e aqui em inteiro apoio da maioria doutrinária, antes se complementam e se integram.

Entre princípios não existe a exclusão da ordem jurídica, pois, quando tal ocorrer, revelar-se-á, tão-somente, uma incompatibilidade de aplicação. Assim, quando tal for entre princípios, entra em tela o princípio da proporcionalidade para atenuar o ferimento ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, evitar que se prejudique ou, se não for possível, que seja lesado o mínimo possível de direitos, não se fazendo mister, portanto, a extirpação de um princípio do ordenamento jurídico.

Como vem proposto pelo culto Juiz Vogal, o festejado princípio está a solucionar um conflito entre regras.

> A norma jurídica, considerada como um gênero, compreende as espécies regras e princípios, como pude expender alhures. Na atualidade, discussões em torno da norma jurídica (fenômeno jurídico nuclear) têm proporcionado debates acalorados, que, reflexamente, culminou no desenvolvimento de uma teoria denominada pós-positivismo que visa a superação do positivismo. Dentre os teóricos, podem ser citados os nomes de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito - São Paulo: Martins Fontes) e Herbert Hart (O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian) na esteira do positivismo e, com pensamentos superadores, Ronald **DWORKIN** (Império do Direito e Uma questão de princípios. São Paulo: Martins Fontes), **ROBERT ALEXY** (Teoria Dell'argomentazione Giuridica. Itália: Giuffrè; e Los Derechos Fundamentales. Espanha: Ariel) e Friederich Müller (Teoria estruturante do direito) na vanguarda do pós-positivismo. Esses embates proporcionaram à ciência do direito uma nova concepção estrutural de norma (gênero), regras (espécies) e princípios (espécies). E é dentro dessa nova concepção que estou a desenvolver o presente voto, vale dizer, analisando as regras como uma espécie normativa diferente dos princípios) - (Aqui mais uma vez faz-se o uso da concepção de **RONALD DWORKIN** e **ROBERT ALEXY** para extrair do gênero norma, as espécies regras e princípios), não entre princípios.

Não obstante a inteligente construção acerca do tema em exame, a melhor doutrina sobre o assunto (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 61-62.) informa que tal serve para solucionar conflitos entre princípios (maior abstração) e não entre regras (maior concreção), conforme se salientou alhures.

Eis, em suma, as assertivas dos magistrados.

Importante a ressalva de que a tese para o caso já se entende pacificada pelo STJ que se calca na súmula 231, cujo conteúdo informa que "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*", dando azo à legalidade do texto em comento e, por conseguinte, reformando as decisões que aderiram as teses da proporcionalidade e cujo Ministério Público dos respectivos Estados propuseram recurso junto à Corte, não importando aqui a descrição destes Estados.

Porém, não nos parece dar o Superior Tribunal de Justiça enredo à tese da proporcionalidade propriamente dita, mas sim à solução apresentada no sentido de que aos casos submetidos ao seu julgo, na interpretação para a solução de conflitos, inviável a aplicação de determinada pena inserida em outro tipo penal como se não pudesse o judiciário intervir na sua aplicação em termos quantitativos, em verdadeiro contra-senso quando da notória intervenção pela corte e pelo judiciário de um modo geral na interpretação do núcleo do tipo penal, como se "quem pode o mais não pode o menos". Exemplificando, quantas e quantas vezes solucionou-se interpretativamente que o verbo *poder* deixou de ser uma discricionariedade do juiz para ser uma *obrigação legal*? Com o devido respeito a lavada de mãos é flagrante.

Também sobre este fato descreveremos, ao nosso entendimento, algumas considerações no sentido de que não culminou a Corte Superior em dar a solução mais justa e mais lógica, aderindo ao legalismo exacerbado que outrora imperava como única vertente interpretativa.

O que nos chamou atenção foi o fato de que a exposição ilustraria, como efetivamente esperamos ilustrar em muito e sob nosso intento de chamar atenção, as várias aplicações dos conceitos das teorias atuais com a sua utilização adequada, justa e corretiva do *decisum* judicial.

CAPÍTULO II – TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

"Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com

afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiras" (ALEXY, 2001 : 17).

Nesse sentido, Alexy informa que quatro seriam os fatores determinantes quando das bases tomadas a uma interpretação equivocada do texto normativo no momento da sentença, vindo, conseqüentemente, a justificar nosso estudo, quais sejam: a) *a imprecisão da linguagem do Direito*; b) *a possibilidade de existência de conflitos entre as normas integrantes do ordenamento jurídico*; c) *a possibilidade da criação de uma nova regulamentação jurídica objetivando a complementação do sistema, considerando a falta de previsão do fato a uma norma efetivamente válida; e por fim, considerando casos especiais, a possibilidade de contrariedade de decisões ao estatuto vigente*.

Tem-se, assim, como reguladores de um sistema interpretativo os denominados cânones da interpretação, que direcionam regras supostamente exaustivas à solução e justificação das sentenças através de elementos gramaticais, históricos, morais, lógico, teleológicos etc.

Problemas surgem, no entanto, não só nos inúmeros cânones destinados a interpretação, mas também a sua ordem hierárquica de utilização dos métodos para justificar as decisões a uma satisfação generalizada, pois impossível a plenitude nesse sentido.

Contudo casos há em que tais justificações fogem aos métodos delineados na ordem jurídica, com o quê, impõem-se a quem decide, um juízo de valor diante do fato apresentado objetivando solucionar a problemática para satisfação dos anseios sociais. E daí questiona-se. Quais os limites entre tais julgamentos de valor e os métodos apresentados? Como dever ser este relacionamento de tal forma a validar uma justificação ou fundamentação como racionais? À questão impõe-se o fato de este julgamento ser de valor moralmente correto.

Alexy, assim, informa algumas tentativas de solução da problemática do julgamento de valor, destacando três de maior importância à necessidade do entendimento de sua tese argumentativa que se exporá posteriormente.

A primeira consiste no aspecto *universal ou direcionado a um grupo específico* onde se esbarra, de pura evidência, na impossibilidade de satisfação plena quanto à universalidade, uma vez que o juízo de valor não se apresenta suficientemente

concreto para servir de base a quem efetivamente há de decidir, ainda que tomando emprestado metodologias da ciência social. A aplicabilidade de decisões universalizadas geram certamente juízos de valores não convergentes face a necessidade de inclusão de todos os casos a serem apreciados com a obrigatoriedade do conhecimento de cada caso por todos individualmente.

E ainda que assim o fosse, questiona-se se esta convicção normativa de conhecimento geral seria o sustentáculo de justificação às decisões jurídicas simplesmente porque de conhecimento geral e se quem as decide assim o faz em nome do povo indiferentemente àqueles submetidos à apreciação da decisão.

> Dessa observação fica claro que não se pode tratar de uma questão de alternativas estritas; de ser orientada pelas próprias convicções ou pelas pessoas em nome de quem é feita a justiça, ou respectivamente pelas daqueles que há muito tempo debatem problemas jurídicos. Necessário é muito mais um modelo que, por um lado, permita as convicções comumente aceitas e os resultados de prévias discussões jurídicas, e, por outro, deixe espaço aberto para os critérios de correção. (ALEXY, 2001: p. 23)

Em segundo lugar expressa como recurso a "coerência estimada interior da ordem jurídica" ou o "sentido da ordem jurídica tomado em sua totalidade", constituindo-se, para Alexy, não obstante atendido a obtenção de uma correção, contudo, inadequado em virtude de nem sempre a coerência jurídica indicar um juízo de valor único e determinado. Isso porque, inúmeras normas originam-se em diferentes perspectivas, dirigindo, por conseguinte, a inúmeros e diferentes valores.

O terceiro plano consiste na obtenção de uma *ordem objetiva de valores* com base em uma ordem autônoma já existente integrante de todo o ordenamento jurídico, seja na Constituição, seja no aspecto doutrinário etc., aceitas ao final, embora de conteúdo filosófico vago, lhes faltando, por isso, fundamentação satisfatória a sua existência.

Aponta-se, por conseguinte, três grupos de proposições para objetivação dos problemas de valores como aqueles que tomam por partida *convicções atuais existentes e pontos de consenso realmente válidos ou normas não jurídicas aceitas*; a que se referem a *valores que de algum modo podem ser extraídos da estrutura existente da lei (inclusive decisões prévias)*; e finalmente a *proposições que envolvam princípios que*

ultrapassam a lei positiva, sendo esta última a mais importante à análise de nosso caso e para o qual dedicaremos mais atenção.

Encontra-se assim necessário uma prévia de sua Teoria da Argumentação Jurídica (Robert Alexy), passando pela sua construção histórica, discurso da argumentação prática geral e discurso jurídico para ao final estabelecer conceito de princípios, diferenciação entre estes e regras e estratégia de solução de seus conflitos.

II.1 - DISCURSO PRÁTICO GERAL E DISCURSO JURÍDICO

As idéias de Alexy foram base fundamental para possibilidade e validade de fundamento racional do discurso jurídico e citando Perelman,Chaïm, *in*, Dicionário Jurídico Piragibe – 2006, o conceito de Teoria da Argumentação consiste em:

> Campo da filosofia do Direito reintroduzida inicialmente por Chaim Perelman sustenta que: se uma CIÊNCIA DO DIREITO pressupõe tomadas de posição, elas não SERÃO consideradas irracionais quando podem ser justificadas de uma FORMA razoável, graças a uma ARGUMENTAÇÃO de que se reconheça a força e a PERTINÊNCIA. É verdade que as conclusões de tal argumentação não são nunca evidentes, e que elas não podem, como a evidência, constranger a VONTADE de todo ser RACIONAL. Elas só podem incliná-la na direção da DECISÃO melhor justificada, aquela que se apóia na argumentação mais convincente, ainda que não se possa afirmar que ela exclui toda POSSIBILIDADE de escolha. É por isso que a argumentação apela à LIBERDADE espiritual, embora seu EXERCÍCIO não seja ARBITRÁRIO. Graças a ela, podemos conceber um USO racional da liberdade, IDEAL que a RAZÃO PRÁTICA se propõe em MORAL e em POLÍTICA, mas também em direito. (Publicado em PERELMAN, Chaïm. Droit, morale et philosophie, Paris).

Impõe-se a racionalidade nas ciências da *natureza* como **verdade de suas proposições** e no *Direito* como **ciência normativa**, tendo seu aspecto, ambas, afirmado pela ***correção*** das assertivas de cada uma. E a **correção**, presente na teoria e na prática, supre a carência da ausência da demonstração racional, tanto naturalmente quanto normativamente .

A preocupação de Alexy consiste em como fundamentar racionalmente o discurso prático geral e o discurso jurídico na busca da ***correção*** de suas regulamentações.

Com análise crítica dos aspectos negativos dessas teorias e proveito de seus aspectos positivos, condensou o estudo com a criação da Teoria do Discurso Prático Geral, descrevendo as regras básicas como requisito imprescindível objetivando uma apuração medida da racionalidade de qualquer discurso prático, regras estas fundamentadas na teoria da Razão; da Carga da Argumentação; da Fundamentação; da Transição e; da forma de Delineamento do Discurso Prático.

Tais aspecto por certo seriam de extrema viabilidade ao assunto com abordagem a seu tempo aos objetivos de uma a análise mais aprofundada.

Pois bem! Fundindo todas essas idéias, Alexy cria então a Teoria da Argumentação Jurídica que tem como fundamento principal a **integração do discurso jurídico com o discurso prático geral** partindo de que a *prática* constitui-se no *agir humano* e a *busca da orientação* no *sistema normativo*.

Essa fundição trás uma evidente dificuldade que na realidade encontra-se na racionalidade do discurso de tal forma a se obter um resultado correto, não se valendo dos meios (normas técnicas) aos fins almejados, mas sim da *construção argumentativa*.

Logo, ***correto*** é o que é ***discursivamente racional*** pelo que necessário o entendimento conceitual de *correção prática*.

II.2 - DA CORREÇÃO PRÁTICA

A *correção prática*, a princípio, há que ser livre de critérios, não havendo que se falar na distinção entre *conceito* e *correção prática*, o que permite uma definição lógica de que, *verbi gratia*, se algo é preto, poderá ser efetivamente **correto** se este algo ainda assim for, limitadamente sobre outro ângulo, de cor diversa.

E busca toda essa estrutura originariamente em Habermas após a compilação das críticas já mencionadas. Dentro dessa ótica, o discurso toma forma de ***universalidade*** considerando que se torna ***correto*** ou ***verdadeiro*** diante da fundamentação ***racional*** aplicada com consenso e diante de critérios e regras de argumentação do discurso prático com o discurso jurídico.

II.3 – A VERDADE COMO CARÁTER TEMPORAL E NÃO ABSOLUTO E FUNDAMENTO RACIONAL DO DISCURSO

Assim, tomada a verdade não mais sob o aspecto aristotélico (natural e presente), mas pela produção cultural humana construída pelo discurso, tem-se situada de forma diferente no tempo e espaço, tomando caráter não definitivo e sim provisório.

Duas conseqüências discursivas em torno da verdade aparecem, assim:

a) A Verdade é constituída histórica e culturalmente, tendo caráter temporal;

b) A verdade pode ser efetivamente contestada, perdendo seu caráter inequívoco, ainda que vista e analisada dentro das ciências da natureza, deixando de ter, inclusive, correspondência com a realidade tendo em vista ser a verdade produto de um *consenso fundado racionalmente*, o que gera, em função do caráter universal adquirido, **maior segurança para o sistema**;

Diante disso, fica evidente que a possibilidade de argumento de qualquer discurso é ampla tanto quanto racionalmente fundamentado, direcionado sempre na busca de *condições ideais de correção*. E assim o faz mediante regras, princípios básicos.

Com essa perspectiva Alexy sugere regras e princípios a serem seguidos para sua teoria, quais sejam;

- Princípio da Concentração;
- Princípio da Universalidade – No Direito é expressa pelo da isonomia e o da analogia;
- Princípio da não contradição;
- Pretensão da veracidade habermasiana;
- Pretensão da inteligibilidade de Habermas;
- Regra geral da fundamentação;

O foco e o objetivo de Alexy consiste, assim, nos institutos de liberdade, igualdade e fraternidade inerentes ao Estado Democrático de Direito, ou mesmo a busca diante do processo de conquista destes institutos nos países emergentes nesse sentido, sendo instrumentos essenciais que levam, diante da elaboração de uma Constituição, ao seu aperfeiçoamento através do discurso com base na racionalidade, ficando menos distante, por conseguinte, de um ideal de *correção*.

E a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy consiste exatamente em, considerando que se constitui a *correção* elemento essencial para a validade do *discurso jurídico*, como se lhe fundamentar *racionalmente*?

Importante a ressalva de que, diante de críticas aos termos utilizados como justiça, razão, razão prática, verdade, Alexy foi objetado em sua teoria, considerando que em tais não se teria em conta sua natureza valorativa, mas tão somente sob o aspecto argumentativo, não interessando, por exemplo, se a lei teve ou não sua formação diante dos procedimentos formais.

Contudo, diante da não necessidade de se adentrar neste assunto, orienta-se recorrer ao constante do posfácio da obra de Alexy citada como respostas às referidas críticas.

II.4 - PRINCÍPIOS E REGRAS

Conforme os ensinamentos de Humberto Ávila, os princípios constituem em uma das proposições da dogmática jurídica e se definem como uma classe especial de proposições que estabelecem fundamentos normativos comportamentais para interpretação e aplicação no Direito e da necessidade premente de uma complementação por via de outras premissas normativas, diferentemente, portanto, das regras, que sugerem uma concretização normativa formalizada considerando sua validade ou invalidade para uma hipótese de incidência e uma conseqüência jurídica.

Ou seja! Enquanto os princípios estariam no campo da axiologia explícita, carecedores, por conseguinte, de ditames a sua concretização necessitando desses a uma complementação para sua fundamentação, as regras sobrevivem por si só.

E é nesse diapasão que se tem como solução de seus conflitos, bem superficial a explicação; nos princípios a supremacia de um sobre o outro sem a

invalidação daquele que ao tempo se submeteu; ao passo que nas regras diante de tal supremacia uma invalidaria a outra através dos métodos de revogação, derrogação, exceção etc.

Seguindo, Ávila conclui, assim que, para Alexy, enquanto o princípio tem uma dimensão de peso, as regras têm entre si uma dimensão de validade.

Percebe-se, no entanto, diante do conceito, a existência latente dos princípios ainda que verificada a colisão, não se havendo falar em inexistência daquele que sucumbiu na imposição interpretativa do outro eis que aqui não se fala em substituição (validade/invalidade), mas em sobreposição (maior/menor peso), permanecendo no campo da existência o princípio sobreposto, considerando a normatividade e factualidade aplicáveis ao caso.

Determina-se, conforme explana o professor supra, que "enquanto no conflito entre regras é preciso verificar se a regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica (*problema de dentro ou fora*), o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem (*teorema da colisão*)".

E é nesse silogismo que Alexy diverge potencialmente do conceito radical de Dworkin elaborando 02 (dois) aspectos diferenciais entre regras e princípios sendo a primeira diferença quanto à colisão, e a segunda quanto à obrigação que instituem: a) na *colisão* os princípios têm sua realização normativa limitada ao passo que as regras ensejam uma declaração de invalidade ou de exceção excludente da antinomia; b) quanto à *obrigação que instituem*, constituem as regras na do tipo absoluta, pois sem a superação na norma confrontada, ao passo que nos princípios tais obrigações constituem em preferencial haja vista a possibilidade de superação de um em detrimento de outro.

Diante dessa evolução doutrinária, percebem-se nitidamente os pólos de distinções entre princípios e regras, demonstrando, por conseguinte, conforme bem explica o professor Humberto Ávila, métodos usuais de tais critérios:

- o primeiro, de *caráter hipotético-condicional*, onde, pelo próprio nome percebe-se a fundamentação no sentido de que há, na regra, a necessidade de uma hipótese adicionada a uma conseqüência concreta por ela ditada (*se, então*), ao passo que o princípio apenas indica o fundamento para posterior adequação da regra;

- o segundo como critério de *modo final de aplicação*, cuja teoria dworkiana se impõe com as regras à base do *tudo ou nada*, e nos princípios no modo gradual do *mais ou menos*;

- o terceiro constitui-se em um critério de *relacionamento normativo*, cuja antinomia entre regras evidencia um conflito real, cuja solução impõe-se a declaração da invalidade ou a criação de uma regra de exceção e quando nos princípios esta relação "consiste num imbricamento, solucionado mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles"(idem);

- o quarto e último externa o critério do *fundamento axiológico* contido tão somente nos princípios, sem, contudo, possibilidade de faze-lo com as regras quando tomada de decisão na solução do conflito;

Tais critérios, não obstante usuais, são de suma importância ao objetivo de nosso estudo, não se podendo deles se desvencilhar, o que não impede o aperfeiçoamento de sua utilização nem tampouco críticas a serem abordadas com o fito de lapidar o entendimento de solução entre os institutos.

Com essa possibilidade, certo é que o desmembramento dessas críticas encontra-se neste momento desnecessário ao nosso estudo diante do caso apresentado à análise, limitando-nos a sua aplicação e explicação quando da adequação do método que entendemos de mais suporte à crítica do referido caso.

CAPÍTULO III – ADEQUAÇÃO E CRÍTICA

Neste capítulo, abordaremos através de uma análise crítica, as fundamentações dos ilustres magistrados quando de suas decisões para o caso trazido ao estudo, adequando, agora em nosso entendimento, a melhor teoria para a solução da problemática não obstante entendimento já consolidado pelo STJ através de expressão fundamentada na Súmula 231, também e da mesma forma merecedora de análise e crítica.

Inicia-se a questão ao fundamento do juiz relator, onde trás à baila o princípio da proporcionalidade sob a fundamentação de que se constitui o caso em conflito entre a norma regulamentadora da pena e o princípio da isonomia, veementemente combatida pelo juiz revisor sob o argumento de que não se poderia o

relator se utilizar da tese em apreço, visto que a forma não atenderia a aplicação do princípio da proporcionalidade pois que esta somente se serviria quando do conflito exclusivamente entre princípios e não entre princípios e regras.

É certo que diante da evolução interpretativa do direito promulgando ampla liberdade de seus instrumentos, ambas servem às fundamentações das respectivas teses, porém, de bom alvitre que esta mesma evolução nos permita alongar entendimentos de tal forma que, interpretando, adeqüem-se as teorias aos casos concretos com o objetivo único de se chegar a uma decisão *correta*, justa e dentro dos ditames do Estado Democrático de Direito.

E é nessa linha que, ainda que entendimento diverso se afronte à utilização do princípio da proporcionalidade quando da existência de conflitos entre princípios e regras, certo é que aqueles sobrepoem-se a estas, dado a sua importância gradual superior dentro do sistema de onde se originam os mandamentos normativos escritos.

Toda regra, indubitavelmente, é gerada por um princípio que a fundamenta e não faz sentido o abandono dessa elementar, porém, importante observação, considerando que no caso em análise, dado a "hierarquia", ou melhor, importância fática, sequer poderíamos admitir a existência de um conflito.

Na certeza de que a existência de ordenamento que segue seus trâmites legais de aprovação e que confronte princípio constitucional expresso, a melhor solução dirige-se a não recepção como é o do caso em estudo, porém, não sob a ótica da proporcionalidade que, como dito alhures, serve à solução dos conflitos entre princípios.

E essa não recepção justifica-se, dentre outros, no fato da possibilidade de se penalizar com mais rigor crime de menor potencial ofensivo, abrindo brechas ao incentivo da prática daquele de maior potencial ofensivo, em um verdadeiro retrocesso sócio-punitivo e de destemor ao império da penalização estatal.

Nos parece, por isso, que a aplicação da *razoabilidade* – como critério de equivalência – se faz presente, não havendo que se confundir esta com a *proporcionalidade*, as quais se diferenciam fundamentalmente pelo dever de *harmonização geral* e a *exigência de uma relação da causalidade entre meio e fim*, respectivamente. E é com propriedade que Humberto Ávila descreve que:

> O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é

> necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais (Ávila, 2003, p. 109/110).

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de eqüidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem se consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto (idem).

A possibilidade de regramento que penaliza com maior rigor crimes cujo objeto tutelado pelo Estado põe o patrimônio em detrimento da integridade física ou psíquica, por certo torna a pena ilógica, não razoável e contraria princípio basilar constitucional da dignidade humana bem como da isonomia, face ao tratamento desigual dado no momento punitivo, possibilitando ao infrator do crime de maior potencial ofensivo uma reprimenda de menor monta e vice-versa, o que é inadmissível dentro da busca de um critério de *correção* exigidos pelos conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade inerentes ao Estado de Direito Democrático.

III.1 – CONCLUSÃO

Visto isso, cabe à solução a melhor prática na aplicação da pena, considerando, inclusive, o ditame da Súmula 231 do STJ, a qual, como dito, constituiu-se em uma verdadeira "lavada de mãos" da corte superior, considerando que trouxe ao contexto, com a expressão da referida súmula, objetos diferenciados na problemática e inadequados daqueles propostos pelos juízes de segunda instância.

O fato é que as expressões da dita súmula não solucionam o problema nem tampouco dão qualquer luz nesse sentido, limitando-se tão somente a indicar que *a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal* de tal forma a se justificar a mantença de entendimento sumular única e exclusivamente sob o pretexto de, mesmo em sendo ilógica e não razoável a norma, manter-se adequado o fato à súmula, como se fosse esta base finalista e insuperável de fonte de interpretação.

O entendimento, por isso, não há que ser outro senão aquele apontado pelo ilustre juiz relator em se aplicar o caput do artigo 155 do Código Penal, vindo a ser esta

a melhor lógica interpretativa, derrogando-se ou excetuando-se este dispositivo para o entendimento sumular visto que não se transfere o *quantum* penal a outra modalidade de crime conforme proposta do juiz Hamilton B. de Carvalho – qualificadora do art. 157 – para os casos indicados no inciso IV, § 4º do art. 155.

III.1.1 - DO POSTULADO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO

Não fossem os argumentos até aqui explanados, temos que nenhum princípio constitucional pode ser excessivamente extrapolado, mormente – e em matéria penal – fundamento do grau de importância como o é o da *igualdade*, considerando que os cidadãos devem ter *isonomia* de tratamento no que diz respeito a sua liberdade, propriedade e dignidade.

Resta então que o postulado da *igualdade* constitui em postulado específico e que sua violação importa, certamente, em afronta a um princípio fundamental.

Princípios fundamentais parelham em uma ordem hierárquica como princípios superiores com pressupostos de indiscutível existência componentes de um sistema da qual dão validade às normas inferiores criadas por uma autoridade competente, conforme teoria kelsiana que a esta se serve.

A restrição imposta pela corte superior com a legalidade exacerbada, assim, descreve quando não um conflito entre princípios – *igualdade/legalidade* – cuja solução importaria em se dar mais ênfase ao da *igualdade* pelo método da *proporcionalidade*, ao menos a denominada *proibição do excesso* como bem aventa o já citado Humberto Ávila que assim o descreve:

> A promoção das finalidades constitucionalmente postas possui, porém, um limite. Esse limite é fornecido pelo postulado da proibição de excesso. Muitas vezes denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade, o postulado da proibição do excesso proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental (Ávila, 2003, p. 97).

Ou seja! A interpretação diante dos modernos métodos apresentados calcados em uma teoria pós-positivista (como é o caso da argumentação jurídica), sem se deixar de lado a importância de fundamentos essenciais ao entendimento da ciência do Direito pelos positivistas, mesclada à experiência jurídica abarcada nos últimos séculos nos dão instrumentos eficazes para a busca de uma *correção* e conseqüente maior segurança para o sistema.

O estudo das diversas teorias, por fim, servem a que a ciência do Direito se mantenha o mais próximo possível da evolução social, adequando o sistema por meio da interpretação que da mesma forma se evolui, cabendo a nós, operadores do direito, sempre a solução mais adequada a um sentido efetivo de justiça.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. São Paulo, Landy, 2001;

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 03-2004;

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ed. Ícone, 2006.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a EC 38 de junho de 2002*. Rio de Janeiro: Roma Victor Editora;

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006;

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*: v*ersão condensada pelo próprio autor*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003;

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação Jurídica*: A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

REALE, Miguel. *Lições Preliminares e Direito*. São Paulo: Saraiva, 2004;

CARVALHO, Alexandre Victor de; SALLES, Tibajy. Acórdão recurso de apelação - n.º 2.0000.00.318538-0/000(1), de 08/05/2001, publ. 26/05/01; Vogal o juiz Carlos Abud; Presidida a sessão pelo juiz Erony da Silva.

AS ALTERAÇÕES DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA APROXIMAÇÃO COM O MODELO CONCENTRADO

Rubens Beçak

RESUMO

A existência do modelo de controle de constitucionalidade difuso, de matriz norte-americana, utilizado largamente no Brasil desde a nossa primeira Constituição Republicana, encontra-se, cada vez mais, permeado de mecanismos que o aproximam, talvez inexoravelmente, do modelo de matriz austríaco-alemão, o modelo concentrado.
Não é de agora, mais precisamente da chamada "Reforma do Judiciário" (Emenda Constitucional nº 45/04) e legislação reguladora (notadamente as Leis nº 11.417/06 e 11.418/06), que se percebe esta aproximação.
Entendemos que a tendência é retilínea e progressiva e observada certamente desde a criação, no âmbito da Constituição de 1934, da denominada representação interventiva.
A criação daquele verdadeiro "embrião" de controle concentrado, especialmente ganhando transcendência anos depois, com a Emenda Constitucional nº 16/65, certamente pavimentaram este rumo.
È a análise deste "permear" do controle difuso de constitucionalidade pelo controle concentrado, sobretudo acelerado com a recente Reforma do Judiciário, que são objeto da análise apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, CONTROLE DIFUSO, CONTROLE CONCENTRADO, APROXIMAÇÃO INEXORÁVEL, A REFORMA DO JUDICIÁRIO, PERPECTIVAS ATUAIS

ABSTRACT

The existence of the diffused control of constitutionality model, which stems from North America and has been broadly used in Brazil since our first Republican Constitution, is increasingly permeated with mechanisms that bring it inexorably closer to the Austrian-German model, known as the concentrated model.
This approximation is not recent, more precisely since the so-called "Judiciary Reform" (Constitutional Amendment # 45/04) and its regulatory legislation (notably Law # 11.417/06 and 11.418/06).
We understand this trend to be straight and progressive and certainly observed since the creation, within the scope of the Constitution of 1934, of the so-called interventionist representation.
The creation of that veritable "embryo" of concentrated control, which gained special transcendence years later with Constitutional Amendment # 16/65, certainly paved the way.

The analysis of this “permeation” of diffused control of constitutionality by concentrated control, further accelerated with the recent Judiciary Reform, is the object of this study.

KEYWORDS: CONTROL OF CONSTITUTIONALITY, DIFFUSED CONTROL, CONCENTRATED CONTROL, INEXORABLE APPROXIMATION, JUDICIARY REFORM, CURRENT PERSPECTIVES

INTRODUÇÃO:

Descabe, neste trabalho, uma análise do controle difuso de constitucionalidade em si, aliás conhecido por tantos quanto militam na seara jurídica.

O que nos importa, e este é o norte do artigo, é mostrar que este controle, de matriz norte-americana, vem perdendo parte de suas características, o que tem minudado-o, frente ao avanço constante ao, que parece, inexorável, do controle de constitucionalidade abstrato.

O fato é que observamos — talvez não tão perceptivelmente, desde mesmo a Constituição de 1934 — um “avanço” do controle feito por via de ação, avanço que vai se fazendo não só na preferência de sua utilização como também da perda de parte de suas características, notadamente agora, mais recentemente, com a criação dos institutos da “repercussão geral” e da “súmula vinculante”.

Para isto, necessário se faz uma breve exposição acerca da evolução do controle de constitucionalidade em nosso país, periodizando a mesma na análise perfunctória de nossas constituições, no aspecto.

BREVE ESCORÇO HISTÓRICO – 1891 A 1988

Na Constituição de 1824 não havia qualquer tipo de controle de constitucionalidade. A influência do direito norte-americano ainda não se fizera. O primado da prevalência do Poder Legislativo, da atividade legiferante era notável. É a visão francesa da plenitude da vontade geral da nação, expressa pelo Poder Legislativo.

Se produzem críticas de vários juristas, como Levi Carneiro, mas não há alteração do quadro.[1]

Já a Constituição Provisória de 1890 admitia-o (art. 58, § 1º). O Decreto nº 848/90, também (art. 3º) (Organização da Justiça Federal provisória).

Em 1891, o controle difuso é introduzido. Tal se faz nos artigos 59, §1º *a* e *b* e 60, *a*.

Fixa-se que havendo alegação de violação de ato legislativo ou executivo do poder federal, a competência para exame é das Justiças da União (art. 60, *a*). Havendo alegação de violação de ato legislativo ou executivo do poder estadual, competência é das Justiças estaduais, com recurso ao Supremo (art. 59, § 1º).[2] Não se esqueça a importância da Lei nº 221/1894 que organizou a 1ª Justiça Federal Cf. art. 13, § 10:

> "Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição".

Já a conhecida reforma constitucional de 1926 alarga a utilização do controle ao conferir poder a todos os tribunais, federais ou estaduais, competência para decidir sobre a constitucionalidade de leis federais.[3]

A Constituição de 1934 breve mais importante no constitucionalismo brasileiro manteve o controle difuso mas com importantes modificações.

O seu art. 179 introduziu o *quorum* de maioria absoluta dos membros dos Tribunais para decisões sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Também o art. 91, IV introduziu importante modificação. A possibilidade de o Senado suspender a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais.

---

[1] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 29.

[2] João Barbalho *apud* VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 30.

[3] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 30-31.

Sobretudo o art. 12, V, criando a possibilidade de intervenção da União nos negócios peculiares aos Estados para observância. dos princípios constitucionais sensíveis (art. 7º, n.1, *a* a *h*) e a execução de leis federais. A intervenção seria feita por lei federal (art. 12, §1º), declarada constitucional pela Corte Suprema (§ 2º).[4]

É o começo da influência do controle concentrado...

A Carta Constitucional de 1937, a famosa "Polaca", da lavra de Francisco Campos, manteve o controle difuso, realçando a necessidade da declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais. (art. 96).

Entretanto, no parágrafo único do mesmo artigo, facultava ao Presidente que, entendendo que lei assim declarada era necessária ao bem-estar do povo, ou à promoção da defesa de interesse de alta monta, poderia resubmetê-la ao exame do Parlamento, que poderia validá-la por 2/3 de seus membros, anulando a decisão do Tribunal.[5]

Com a redemocratização, em 1946, voltamos ao modelo básico de 1934, i.e, o modelo difuso é o padrão mas existe o "embrião", lado a lado, do modelo concentrado.

Amplia-se a chamada representação interventiva para também incluir lei ou ato normativo estadual argüidos de inconstitucionalidade por descumprirem princípios constitucionais constantes do art. 7º, VII, *a* a g.[6] A regulação vem com a Lei 2.271/54 e, depois, em outro momento, com a Lei 4.337/64.

Em 1965 (Emenda Constitucional 16/65), quando os militares no poder vão firmando o seu intuito de alteração da ordem mediatamente, realizam, finalmente, a introdução do controle de constitucionalidade concentrado no ordenamento constitucional brasileiro. É a alteração do art. 101, I, *k* da Constituição Federal)[7]

Na Constituição de 1967, vamos perceber a coexistência do Controle difuso de constitucionalidade em paralelo com controle concentrado (art.114, I, *l*)

Já com a Emenda nº 1/69, o artigo resta renumerado como art. 119, I, *l* .[8]

---

[4] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 31.

[5] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 32.

[6] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 33.

[7] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 33; PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*: Conceitos, sistemas e efeitos. *2*.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001., p. 132.

[8] VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade.* 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003., p. 34.

Observe-se que facultava-se, pela redação do art. 119, III e seu parágrafo único, indicação de critério para admissão de recurso. Destarte, o STF edita a famosa Emenda Regimental nº 3/75, criando a "Argüição de Relevância".

Com o "Pacote de Abril" de 1977, veio a famosa Emenda nº 7/77 editando a então "Reforma do Judiciário".

É criada a Argüição de Relevância no plano constitucional. É a "constitucionalização" da criação regimental da Emenda Regimental nº 3/75, até então vista por muitos como inconstitucional.[9]

1988 – O "EQÜILÍBRIO EM PARALELO"

Na Constituição atual, são mantidos os dois sistemas, daí a referência a controle misto, a qual se generalizou.

No controle objeto do trabalho, o difuso, o importante é a extinção da necessidade da verificação prévia da existência de questão constitucional para admissão do R.E.

Foi uma reação, esperada, à limitação do regime anterior.

Na evolução do sistema de controle de constitucionalidade difuso vai ficando claro que, ao menos desde 1934, houveram tentativas de modificá-lo, em um primeiro momento, aproximando-o do modelo concentrado (a influência do Senado Federal, por exemplo consignada no atual art. 52, X da Constituição Federal) ou, depois de 1965, de remanescer em paralelo a outro modelo, qual seja o concentrado.

Chegamos a dizer mesmo que sempre se percebeu uma tentativa de extinguir o modelo difuso, sobretudo nos debates havidos na Constituinte de 87/88, substituindo-o totalmente pelo modelo de matriz austríaco-alemão, o que só — é nossa percepção — não ocorreu, considerada a grande reação, e pressão, de largas parcelas do Judiciário.

Entretanto, em que pese estas tentativas, o máximo que se conseguiu foi minuda-lo, desde que comparado com seu "vizinho" mais sedutor, o modelo kelseniano.

[9] TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-86: (*Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005., p. 97.

Realmente. O modelo criado por Kelsen seduz, especialmente - sei - aos jovens operadores do Direito. Parece mais lógico, reto, eficiente. Não contém as imperfeições que o modelo difuso, considerando mesmo a sua origem totalmente empírica — contém.

Observe-se, no entanto, que nada há que retire a beleza de um sistema democrático, de utilização universal como o modelo marshalliano, aonde qualquer um — basta ter capacidade de agir — em tese tem a possibilidade de demonstrar a inconstitucionalidade eventual de um determinado diploma.

Observe-se mesmo que — talvez a maior crítica, dentre as tantas existentes ao modelo difuso — a característica de sua aplicação se fazer somente entre as partes, caso-a-caso é dirimida pela norma contida no já citado art. 52, X da Constituição Federal, a qual permite ao STF a faculdade de oficiar ao Senado Federal para a edição de Resolução, suspendendo a execução de lei declarada inconstitucional. Veja-se, no entanto, que se contam nos dedos as ocasiões em que tal poder foi efetivamente utilizado.

Mas, como a história demonstra, e já referimos, a sedução do sistema concentrado é enorme, especialmente nesta época de grande influência do Direito constitucional alemão. Observe-se que já desde os anos 90 esta marcha parece sem fim. Com a reforma de 2004, então, com a famosa Reforma do Judiciário, tal se confirmou.

Criaram-se mecanismos que, rompendo a situação de equilíbrio em paralelo existente até então, fizeram o controle difuso absorver novidades que aproximaram-no do controle concentrado.

A REFORMA DO JUDICIÁRIO E O "ROMPIMENTO DO EQÜILÍBRIO"

Talvez o objetivo maior da Reforma aludida[10] tenha sido o de deter a avalanche de processos no STF.[11] Como já mencionamos, em que pese o controle difuso poder ser exercido em qualquer instância, é no STF, quando se faz o exame dos R.E.s., que ele tem a possibilidade de ser algo definitivo.

[10] A Emenda nº 45/04, conhecida por "Reforma do Judiciário"

[11] TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-86: (*Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005., p. 89.

Destarte, a reinstrumentalização do R.E. (especialmente depois da edição da Lei 11.418/06 (que disciplina a repercussão geral)) é o que parece ter acabado com o que denominamos "eqüilíbrio em paralelo", prévio.

Como sabemos, o R.E. cabe contra decisões de única e última instância que envolvam matéria constitucional. Pela característica da nossa Constituição, onde - não faço aqui um juízo de valor – tudo é matéria constitucional, o que observamos?

Um número enorme de R. E.s. aportando diariamente no STF. Veja-se que em 2005, último ano que possuímos dados, praticamente 120.000 processos foram lá julgados. E não falamos dos distribuídos...

É claro que nestes julgados existem inúmeros agravos e mesmo processos originários, bem como processos de controle concentrado de constitucionalidade. Mas, indiscutivelmente, é um volume de processos muito superior ao que qualquer tribunal, por melhor equipado que seja, deva julgar...

A criação da repercussão geral vem, inequivocadamente neste sentido. Só os R.Es aonde aonde ela esteja presente, devem prosperar.

Do momento da edição da Emenda nº 45/04 até o da edição da Lei nº 11.418/06 (19/12/06), em *vacatio legis* até 20 de fevereiro p.p., havia uma dúvida grande do que seria repercussão geral. Não mais. Hoje, a questão está equacionada.

Ao alterar o CPC, criando os arts. 543 – A e B (já seguindo a melhor e mais moderna prática de processo legislativo), a questão se resolveu. Cf. 542-A, § 1º:

> "Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses objetivos da causa".

É o que o casal Wambier e mais José Miguel Medina denominam de substituição de uma expressão genérica por outras, igualmente genéricas, que haverão de ser fixadas com mais precisão pelo próprio STF.

Antes, no sistema anterior, havia como que uma pressuposição genérica, a de que, qualquer eventual ofensa objetiva à Constituição seria relevante.

Hoje, não mais. É necessário um *plus*.

Se os conceitos são vagos e claro está que o tempo vindouro e a sua fixação pelo STF é que os definirá, uma repercussão geral é pressuposta: É aquela fixada no § 3º do art.543-A.

> "Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contraria a súmula ou jurisprudência dominante no Tribunal".

E vamos ao art. 543 –B. Ali, a alteração introduzida procurou racionalizar a subida das R.E.s., enfatizando que o exame da repercussão é exclusivo do órgão *ad quem*. Seleciona-se um ou mais recursos que representem a controvérsia (§ 1º), restando os outros sobrestados.

Advindo a decisão nos enviadas, a decisão aplica-se automaticamente aos outros (negação da repercussão). Havendo julgamento do mérito do R.E., os sobrestados serão apreciados, podendo vir a ser declarados prejudicados (§ 3º). Se mantida a decisão e admitir o R.E., o STF poderá cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação sua (§ 4º).

Por aí, já se vai verificando o caráter vinculante, obrigatório da decisão do STF, o que corrobora nossas colocações prévias da aproximação do modelo difuso ao concentrado.

Sem sombra de dúvidas, a repercussão geral funciona como que um ressuscitamento da chamada "argüição de relevância", que existia no sistema prévio à atual Constituição e que já nos referimos, tendo sido introduzida na Constituição anterior pela Emenda nº 7/77 (parte do negativamente famoso "Pacote de Abril").

Como se não bastasse a análise do instituto da repercussão geral, há que se referir também à súmula vinculante, outra peça importante na aproximação de um sistema com o outro.

Em que pese já existir o instituto de uniformização de jurisprudência e, sobretudo, a real edição de súmulas pelo STF e Tribunais Superiores,[12] a discusão que já vinha de há

[12] SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante:* Um Estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005., p. 238 e s.s.

muito é se a Reforma do Judiciário, afinal advinda no final de 2004, deveria incluir este instituto.

Muito resumidamente, a questão se limitava a saber se a unificação vinculante, obrigatória, com efeito de lei, seria benfazeja no sentido da celeridade processual e da racionalização/aperfeiçoamento de nosso Judiciário.

De um lado, entendiam os contrários, estar-se-ia trazendo o sistema dos precedentes, o *stare decisis* da *common law*, para nosso sistema, a ele estranho. Estar-se-ia retirando a liberdade de decisão e convencimento dos juízes, tão necessária ao princípio do juiz natural.

Por outro lado, com um viés extremamente prático e demonstrando as demoras enfrentadas constantemente nos processos aonde — mesmo existindo jurisprudência dominante e pacificada — os litigantes ainda tinham que demandar anos e anos, viam-na seus defensores, como evolução e aperfeiçoamento.

Vamos poupar retrazer esta discussão pois, em ultima análise, importou a vontade do legislador constituinte reformador, alterando a CF, ao acrescentar o art. 103-A ao seu texto.

Tal previsão constitucional também foi agora regulamentada, v.g. a Lei nº 11.417/06, com *vacatio legis* até o último dia 20 de março.

Já encontramos precedentes da súmula vinculante mesmo na Lei nº 10.352/01 que acrescentou o § 3º ao art. 475 do CPC para afastar remessa oficial na hipótese em que a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal competente.

Antes até, já com a Lei nº 9.756/98, quando se criou a figura do "agravo mutante para concessão de tutela de evidência" (alteração dos §§ 3º e 4º do art. 544 do CPC), ou a alteração naquela época produzida no art. 557 referente à "súmula impeditiva de recurso" (antes já na Lei nº 8.038/90), já se trilhava esta senda.[13]

Tudo para atender aos princípios da economia processual, igualdade processual, razoabilidade etc.

Também a tutela antecipada e de evidência (art. 273, II e § 6º) desde que haja prova inequívoca do alegado. É a certeza como direito declarado.

[13] SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante:* Um Estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005., p. 253.

Não se esqueça que, com a finalidade de combater as críticas de um eventual engessamento do Direito, já o art. 1º da Lei nº 11.417/06 prevê a possibilidade de revisão e cancelamento da súmula.

Algumas controvérsias e dúvidas ainda remanescem mas há, inequivocadamente, com o instituto de súmula vinculante, uma — o nome já o diz — vinculação, uma retirada de liberdade de decisão do juiz na realização do controle difuso de constitucionalidade. Note-se que a previsão da Reclamação Constitucional (art 103-A, § 3º CF) para o caso de descumprimento de súmula vinculante por ato administrativo ou decisão constitucional somente corrobora nosso entendimento. Mesmo a redação da Lei nº 11.417/06, no tocante, ampliou o espectro de sua utilização ao mencionar no seu art. 7º, § 1º, "ato da administração" ao invés de "ato administrativo"...[14]

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Neste breve artigo, procuramos demonstrar a evolução do Controle difuso de Constitucionalidade, criação marshalliana, presente no ordenamento pátrio desde o advento da República.

Observamos que, de único controle de constitucionalidade existente, vai encontrar, lado-a-lado, a existência do controle concentrado, de criação kelseniana, embrionariamente desde 1934, e com maior relevo desde 1965 (Emenda Constitucional nº 16/65).

Concomitantemente a este paralelismo, observamos que o próprio controle em concreto vai "perdendo terreno" para o controle abstrato, na exata medida em que este, com seu inegável apelo de rapidez, economia, certeza etc. vai ganhando amplitude (Constituição Federal de 1988, Emenda Constitucional nº 3/93).

Mais recentemente, com a denominada Reforma do Judiciário e legislação reguladora (Lei nº 11.117/06 e Lei nº 11.418/06), notadamente com a criação do mecanismo da "repercussão geral" e da súmula vinculante, o próprio modelo difuso parece estar adquirindo características do modelo abstrato.

[14] Em que pese exigir, por outro lado, o esgotamento das vias administrativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário.* São Paulo: Forense, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*: Conceitos, sistemas e efeitos. *2*. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2001.

ROCHA, Zélia Maria da. *A Reforma do Judiciário:* Uma avaliação jurídica e política. São Paulo: Saraiva, 2005.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula Vinculante:* Um Estudo sobre o poder normativo dos Tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Nova Lei da Súmula Vinculante:* Estudos e Comentários à Lei 11 417, de 19.12.2006. São Paulo: Método, 2007.

_____. *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-86: (*Des)estruturando a Justiça. São Paulo: Saraiva, 2005.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

_____; SALGADO, Gustavo Vaz (Coords.). *Reforma do Judiciário Comentada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

OS ARTIGOS DE JORNAIS NO ENSINO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

Alexandre de Castro*

Rosane Michelli de Castro*

RESUMO

Trata o presente de comunicar um trabalho desenvolvido no ensino de Direito Constitucional mediante a utilização de artigos de jornais nas discussões do conteúdo programático. A idéia da utilização de um recurso nada convencional no ensino do Direito surgiu com a finalidade de despertar o aluno para a leitura de periódicos específicos da área, e de diminuir a distância no campo do conhecimento entre a eficácia jurídica e a eficácia social. Como é sabido, o ensino do Direito ainda contempla o padrão didático das aulas lidas, o recurso da subsunção e da simples repetição doutrinária, muitas vezes, lamentavelmente, alicerçadas em apostilas ou resumos que conduzem o aprendizado à mera reprodução de doutrina. Tal tradição didática, quando não provoca desinteresse pelas questões constitucionais, comprometem o entendimento (ou patrocinam sua completa falta). Centralmente quanto ao ensino de Direito Constitucional, ao mesmo tempo em que pressupõe um íntimo relacionamento com os outros ramos do Direito, guarda enorme distância quando se trata da transmissão de seu conteúdo. Imaginar que normas e princípios constitucionais, abstratamente, possam ser utilizados ao caso concreto, imprimindo ao seu ensino a lógica da subsunção, inviabiliza o seu real aprendizado e a sua compreensão. O trabalho ora comunicado é resultante de um projeto em andamento, desenvolvido mediante duas etapas distintas, sendo que na primeira a busca é pela compreensão das normas e dos princípios existentes no corpo da Constituição e, numa posterior, objetiva-se a tradução de tais normas e princípios no contexto social, com base nas discussões em artigos de jornal. Essas discussões são desenvolvidas, ainda que superficialmente, por meio da análise dos elementos constitutivos da configuração textual dos artigos, segundo Mortatti (1999), a saber: quem? (sujeito do discurso), diz o quê? (opções temático-conteudísticas), como? (estruturais-formais), de onde? (lugar social), quando? (momento histórico), por quê? (necessidades), para quê? (propósitos), e, para quem? (leitor). O que se tem como resultados parciais é a observação de que, mediante o recurso metodológico de artigos de jornais no ensino do Direito Constitucional, direito a vida ganha significado quando apresenta-se fatos relatados de eutanásia embasados na discussão de profissionais da saúde, pacientes e familiares; e, que o trabalho escravo e a morte de trabalhadores no corte da cana dão outra conotação aos direitos sociais. Ainda, o estabelecimento de uma discussão das normas e princípios constitucionais tem tornado a relação ensino-aprendizagem no curso de Direito mais interessante aos alunos e professor.

* Bacharel em Ciências Sociais. Bacharel e Mestre em Direito. Atualmente é Professor de Direito Constitucional do UniSALESIANO de Araçatuba/SP.

* Mestre e Doutora em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da FFC-UNESP Marília-SP. Atualmente é Professora Assitente Doutora junto ao Departamento de Didática da FFC-UNESP/Marília/SP.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL, ENSINO, RECURSO METODOLÓGICO, ARTIGOS DE JORNAL.

ABSTRACT

The present paper is aimed at communicating a kind of work that was developed on the teaching of Constitutional Right by using newspaper articles during the discussions on the pragmatic content. The idea of using a non-conventional resource in the Law teaching arised in order to make the student interested in the reading of specific periodicals on this area, and also to shorten the distance between the legal efficiency and social effiency in this knowledge field. As it is known, the Law teaching contemplates the teaching pattern of the read classes, the subsuming resource and simple doctrinal repetition, unfortunately many times based on summaries or study notes that lead the learning to mere reproduction of the doctrine. Such teaching tradition can cause the lack of interest in constitutional issues and it can also harm the understanding (or there is no understanding at all). In relation to the teaching of Constitutional Right, at the same time that it presupposes a close relationship with other Law branches, it keeps a huge distance when the transmission of its content. Imagining that constitutional norms and principles can be abstractly used in the concret case, instilling the subsuming logic to its teaching makes the real learning and understanding impossible. The present work is the result of an ongoing project developed into two different stages; the first of them searches for the understanding of the norms and principles existing in the Constitution and the second stage is aimed at translating such norms and principles in the social context, based on discussions about newspaper articles. These discussions are developed, although superficially, through the analysis of the elements in the textual configuration of the articles, according to Mortatti (1990), namely: who? (subject of the discourse), say what? (subject-content options), how? (formal structures), where? (social place), when? (historical moment), why? (needs), what for? (purposes), and, for whom? (reader). The partial results show the observation that, before the methodological resource of newspaper articles in the teaching of Constitutional Right, the right of living reaches meaning when there is the presentation of euthanasia facts based on discussions of health professionals, patients and families; and that the slave work and the death of workers during the cut of sugar cane provide another connotation to social rights. Moreover, the opening of a discussion on constitutional norms and principles has made the teaching-learning relationship more interesting to students and teachers of the Law course.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL RIGHT; TEACHING; METHODOLOGICAL RESOURCE; NEWSPAPER ARTICLES.

INTRODUÇÃO

A relação ensino-aprendizagem no campo do conhecimento do Direito Constitucional apresenta dificuldades com relação à assimilação de seu conteúdo e tem desafiado os professores à busca de novas formas de transmissão do conteúdo programático desta importante disciplina do direito público.

O ensino do Direito, devido as peculiaridades implementadas por seus profissionais, ainda comtemplam o "[...] padrão didático [...] de aulas lidas [...] na eterna repetição [...]" (ADORNO, 1988, p. 104) da doutrina, inclusive com exemplos ilustrativos trazidos pelos próprios autores em seus escritos. Tal situação faz com que as expectativas dos destinatários do conhecimento trasformem-se em desistímulo ou desinteresse.

Somado a essa situação, o ensino do Direito Constitucional não raramente se dá pela técnica da subsunção, ou seja, a aplicação da regra em abstrato ao caso concreto. O que compromete a transmissão do conhecimento em matéria constitucional, já que a presença de princípios é muita grande na Carta. Como subsumir liberdade? Como aplicar educação ao caso concreto? Os "[...] princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido [...]" (ÁVILA, 2006, p. 71), assim sendo a metodologia com relação ao ensino do Direito Constitucional não pode obedecer a lógica e a técnica dos demais ramos do conhecimento do Direito.

Esse tem sido o grande desafio para os docentes envolvidos na transmissão do conhecimento do Direito Constitucional.

Neste trabalho a questão não será resolvida. Longe de qualquer pretensão neste sentido, a proposta de uma metodologia nada convencional no campo do Direito - a utilização de artigos de jornais nas discussões do conteúdo programático - tem por finalidade, primeiro, despertar o aluno para leitura de periódicos, e, segundo, diminuir a distância no campo do conhecimento entre a eficácia jurídica (com respeito à validade da norma constitucional que obedeceu os trâmites de sua elaboração) e a eficácia social, ou seja, a norma "[...] cumprida e aplicada concretamente [...]" (DINIZ, 1992, p. 57).

1 DESENVOLVIMENTO

A falta de interesse pela disciplina do direito público encarregado das normas fundadoras do Estado tem-se mostrado preocupante. O Direito Constitucional

ocupa, em alguns casos, uma posição de inferioridade na estrutura curricular, como por eemplo, destinando-lhe um tempo incompatível com a necessidade do desenvolvimento do conteúdo programático. Por outro lado, também dignido de certa apreensão, a falta de interesse daqueles aos quais o ensino é destinado.

No início do curso, há uma máxima que aflora logo nos primeiros passos das discussões relativas aos principais temas do Direito Constitucional: a de que a teoria apresentada e contida nos manuais se constituem em meros discursos desprovidos de qualquer possibilidade de concretização e aplicação.

Compreensível a opinião do corpo discente logo nos primeiros passos do estudo do Direito, sobretudo do Direito Constitucional, já que questões de natureza social e política não estão presentes na vida acadêmica, ou ainda, são matéiras ignoradas por parte de algumas Instituições de ensino.

Compreensível, mas preocupante.

O desafio se impõe. Como ministrar o conteúdo de uma disciplina com tempo e grade curricular insuficientes, além do desistímulo do corpo discente? O primeiro passo é eliminar o "[...] hábito corrente de se empregar apostilas [...]" (ADORNO, 1988, p. 104), evitando condicionamento do aluno ao simples exercício de decorar.

A etapa seguinte é buscar algo com que o aluno possa estabelecer uma relação entre eficácia jurídica e eficácia social, mas algo que demonstre efetivamente uma relação existente entre os princípios e normas constitucionais lidos, discutidos e estudados na disciplina e o cotidiano. Dispertar para a relação direta existente entre o dia-a-dia e a produção legal constitucional.

Nada mais significativo nesse sentido do que os jornais. Editoriais, opiniões, debates, notas etc uma infinidade de material, com publicação diária, diretamente relacionados com os temas do Direito Constitucional.

Estavam parcialmente resolvidos os primeiros empecilhos da implementação de uma outra metodologia do ensino do Direito Constitucional. Agora cabia analisar o impacto da proposta e os resultados das primeiras aulas. Mas antes vamos aos procedimentos da escolha dos artigos.

A pesquisa e análise do material a ser utilizado em sala foi abundante graças a dois jornais de circulação nacional: A *Folha de São Paulo* e *O Estado de S. Paulo*. A

garimpagem do material se dá de forma diária: procura-se por temas pertinentes ao Direito Constitucional, depois a leitura, discussão e a viabilidade da utilização do artigo no trabalho em sala de aula. Após seleção, o material é reproduzido de tal forma que cada aluno tenha em mãos o artigo a ser discutido.

Não demora muito para que a implementação da metodologia suscite debates e deixa alguns alunos com olhar incrédulo. Ao discorrer sobre o Artigo 1º da Constituição Federal de 1988, mais especificamente quando se trata da idéia de República, nada seria discutido se a forma de transmissão do conhecimento obedecesse a eterna repetição doutrinária.

Cabe primeiramente discorrer sobre a República, mais especificamente a argumentação colocada por Montesquieu na questão das leis relativas ao princípio de cada governo, matéria já estudada nos primeiros anos do curso em Ciência Política. O "[...] Estado republicano [...]" tem a virtude como princípio. (MONTESQUIEU, 1979, p. 61). E a virtude como princípio na visão do Barão de la Brède "[...] nada mais é do que o espírito cívico, a supremacia do bem público sobre os interesses particulares." (ALBUQUERQUE, 1991, p.115).

A aula teria tudo para reforçar a argumentação da enorme distância existente entre eficácia jurídica da eficácia social, considerando nossa organização política.

Explicado o significado do princípio da virtude em Montesquieu, observado para a contemplação da República adotada pelo Brasil, desde 1891, o momento é de refletir sobre o artigo escolhido: "Buffett diz que nunca quis deixar herança."

O artigo, publicado na Folha de São Paulo, em 27 de junho de 2006, dá uma excelente idéia da atitude de um republicano. Warren Buffett é um bilionário investidor americano que resolveu doar US$ 31 bilhões de sua fortuna calculada em US$ 40 bilhões para a Fundação Bill and Melinda Gates. "A riqueza dinástica não me entusiasma [...]" (PETERS, 2006, p. B6).

Destinar maioria da parcela de sua riqueza à uma Fundação é ato de um Republicano. Sabe-se muito bem que as grandes fortunas são taxadas nos Estados Unidos, de tal forma que, antes que o governo destine parcela dessa soma para a indústria bélica, o montante é destinado a outras atividades como pesquisa, filantropia, etc. O doador "[...] esperava que sua decisão quanto às doações inspirasse outras pessoas ricas a praticar generosidade semelhante." (PETERS, 2006, p. B6).

Colocado o Artigo da Constituição Federal sobre a República e a leitura do artigo de jornal sobre as doações de grandes fortunas, as perguntas surgem e o entendimento do que vem a ser uma República ganha outra dimensão: apesar da forma de governo adotada na organização política brasileira desde 1891, nosso princípio não é de um país republicano. Começa-se a entender a distância existente entre eficácia jurídica e social. Não basta autoproclamar-se Republicano praticando o princípio de um anti-republicano. Quais foram as atitudes dessa natureza (filantrópica) e dimensão empreendidas no Brasil?

Nesse ponto cabe esclarecer aos alunos as peculiaridades com relação ao ensino do Direito Constitucional. A Constituição Federal traz em si regras e princípios que necessitam de uma compreensão, para posterior aplicação, embora "[...] a concretização constitucional não é diferente da concretização normativa em geral." (GALINDO, 2005, p.171). Mas para a concretização (eficácia social) da Constitucição "[...] é necessário que haja uma pré-compreensão [...] do enunciado normativo por parte do intérprete-concretizador [...]" (GALINDO, 2005, p. 172).

Foi o recurso aplicado ao caso da República. Não basta somente ler o artigo constitucional referente a nossa forma de governo. Se faz necessário o entendimento do que venha a ser República, quais suas implicações, para posterior discussão desse instituto político no interior da organização política brasileira.

Essa tem sido a tarefa proposta pela metodologia implementada. A "pré-compreensão do enunciado normativo", sua tradução e sua posterior relação no interior de nossa organização social, esta a tarefa dos artigos de jornais.

Um outro exemplo da dinâmica tomada pela introdução dessa metodologia foi a discussão do Artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso VI, quando trata da inviolabilidade de crença e consciência, inclusive da descrença.

Lido o preceito legal, destaca-se a quantidade de crenças no Brasil, inclusive a garantia de não crer. Mas num país eminentemente católico como é o caso do Brasil, "normal" a presença de um crucifixo na maioria das repartições públicas, inclusive nas dependências do Forum. "Normal" ainda é a falta, nos cemitérios municipais, de locais para cerimônias aos mortos de outros cultos, num país onde a multiplicidade religiosa é da mesma natureza da multiplicidade étnica.

Em artigo do dia 28 de julho de 2006, na Folha de São Paulo, onde o

Ministério Público do Estado de São Paulo cobra a retirada de um crucifixo fixado em uma repartição pública, os alunos atentaram para o problema da religião em nosso meio. Os argumentos pela manutenção do símbolo religioso se fizeram inconsistentes, como ser o catolicismo no Brasil a religião da maioria. E quanto a minoria? Que o crucifixo é uma representação de Deus. Mas de qual Deus estamos falando? Alertados para o princípio da legalidade, cabe a "[...] Promotoria [...] apurar eventual desprestígio a outras crenças religiosas." (CREDENDIO, 2006, p. C4).

Destaque para a atuação do Ministério Público que "[...] enviou ofício a USP cobrando a retirada de um crucifixo[...] sob a alegação de que [...] o Estado é laico[...]" (CREDENDIO, 2006, p. C4) e a retirada de um símbolo que representa somente uma das várias formas de relação com o metafísico ganhou discussão inclusive fora da sala de aula.

Um último assunto digno de ser mencionado encontra-se no campo do trabalho. A discussão dos direitos de segunda dimensão, dieitos relacionados aos Direitos Sociais, elencados no Artigo 7º, inciso XXX, trata de uma das "[...] regras sobre a proibição discriminatória no ato de admitir o trabalhador." (ARRUDA, 1998, p. 67).

A compreensão desse dispositivo constitucional ganha relevo quando encontramos uma realidade analisada a partir de sua distinção entre os gêneros. A "[...] média de remuneração das mulheres negras equivale a cerca de 50% da dos homens brancos [...]" (DIANNI, 2007, p. B13). As mulheres ainda não possuem remuneração laboral compatíveis com os cargos e funções que ocupam, apesar das conquistas e da dupla jornada. Tal discriminação, uma realidade, não é ignorada pela Constituição Federal, daí sua importância na proteção da discriminação em virtude do sexo que, se displicentemente desconsiderada mantém o "[...] desperdício de talento e potencialidade [...] que debilita a coesão social e conseqüentemente a democracia." (DIANNI, 2007, p. B13).

Espera-se, entre outros objetivos, que, com essa metodologia se possa implementar um debate que extrapole o mundo jurídico, vá além dos códigos, evite os exemplos eternizados e desperte os alunos para uma realidade que, se não encontra sua verdadeira contraprestação na Constituição Federal, pode ser compreendida e apreendida na complexa sociedade de onde foram extraídos seus valores e princípios.

2 DESENVOLVIMENTO

Dentre outras propostas, o ensino do Direito Constitucional mediante artigos de jornais visa aproximar as normas constitucionais da realidade social, evitando a falsa percepção de que temos um ordenamento legal sem a devida aplicação.

Para tanto, buscou-se uma forma de inserir, no aprendizado, algo que seria do cotidiano dos alunos, reforçando a relação existente entre Constituição e realidade social, demonstrando que, muitas vezes, a falta de aplicação dos preceitos e princípios encontram-se na seara do campo político, fora do mundo jurídico.

O recurso escolhido foram os artigos de jornais que tivessem uma relação com o assunto a ser ensinado apontando a relação existente entre a abordagem jornalística e a previsão legal.

Para a implementação desta proposta metodológica foram escolhidos dois periódicos de grande circulação: a *Folha de São Paulo* e *O Estado de S. Paulo*.

Numa pesquisa diária aos periódicos, promove-se uma verdadeira garimpagem dos artigos, opiniões, resenhas, etc que guardam estreita relação com o conteúdo constitucional a ser ensinado. O material é separado, lido e discutido. Se aprovado, providencia-se sua reprodução de forma que cada aluno tenha o material em mãos no momento da discussão em sala.

Discorre-se sobre o assunto legal e logo em seguida um dos alunos lê o artigo em voz alta, para que se obtenha uma visão global do seu conteúdo.

Uma vez realizada essa etapa da leitura, parte-se para uma outra de "[...]compreensão como 'uma forma de diálogo' entre [leitores] e autor, por meio do texto já escrito para se produzirem significados e sentidos e que envolve a história de leitura [dos leitores] e do texto." (BAKHTIN, 1981, p. 132 apud MORTATTI, 1999, p. 71).

Nessa perspectiva, o trabalho que se busca é o de análise dos aspectos constitutivos da configuração textual dos artigos, segundo Mortatti (1999, p. 72), que implica em identificar: quem? (sujeito do discurso), diz o quê? (opções temático-conteudísticas), como? (estruturais-formais), de onde? (lugar social), quando?

(momento histórico), por quê? (necessidades), para quê? (propósitos), e, para quem? (leitor).

A expectativa final é a de que, por meio dessa análise dos aspectos constitutivos da configuração textual dos artigos, os alunos e professor possam "[...] produzir uma leitura possível e autorizada, a partir de seus próprios objetivos, necessidades e interesses." (MORTATTI, 1999, p. 73), na maioria da vezes, expressos sob a forma das opiniões e dos questionamentos por parte dos envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este projeto, implantado no início de 2006, está em andamento o que ainda se faz muito cedo para conclusões.

Sua finalidade é tripla. Primeiro, despertar o aluno para que vá além das leituras doutrinadas em matéria de Direito, já que o interesse por jornais é muito baixo entre os alunos do ensino superior de uma forma geral.

A segunda, traçar uma relação entre o mundo das leis e o cotidiano, inclusive inserir a discussão da falta de aplicabilidade das regras. A falsa percepção de que para cada problema no seio social temos uma norma em abstrato que a contempla, cria um universo acadêmico perfeito.

Esta percepção de mundo perfeito induz o aluno a acreditar que o sistema jurídico resolve, soluciona conflitos, pacifica a sociedade. Porém "[...] decisões não eliminam conflitos". (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 91) A decisão judicial "[..] impede a continuação de um conflito: ela não o termina através de uma solução, mas o soluciona pondo-lhe um fim". (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 91) De tal forma que os problemas ficam latentes no interior da sociedade o que faz com que o debate sobre temas variados e complicados venham a tona, como o caso do aborto (que já possui sua previsão legal), da impunidade, do voto secreto, etc.

A terceira e última finalidade é levar os leitores, professor e alunos, a produzir uma leitura autorizada, a partir de seus próprios objetivos, necessidades e interesses.

Uma pesquisa tem sido realizada a cada final de semestre, com alguns

alunos, para avaliar o procedimento e a validade desta metodologia. De forma incipiente, os resultados tem-se mostrado positivos, mas ainda é cedo para emitir qualquer conclusão definitiva a respeito desse recurso didático.

Fato é o dispertar dos alunos para a ignorância dos temas do Direito Constitucional relacionados à falta de obediência àquilo que escolhemos como princípio e valores enquanto sociedade. Ainda, que a ausência de aplicabilidade dos preceitos, normas e princípios constitucionais encontram seus próprios obstáculos no seio da própria sociedadede na qual estamos inseridos, tornando o Direito Constitucional, ao mesmo tempo, fonte de legitimidae legal e vítima da falta de observância de seu conteúdo.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. O bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In____. WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 2 ed. Sâo Paulo: Editora Ática S. A., 1991.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho**: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr Editora Ltda, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

CREDENDIO, José Ernesto. Promotor exige que USP retire crucifixo de clínica. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 jul. 2006. Cotidiano, Caderno 4, p. C4.

DIANNI, Cláudia. Situação de trabalhadoras negras melhorou, diz OIT. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 mai. 2007. Dinheiro 2, Caderno B, p. B 13.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. Análise de sua concretização constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat,baron de la Brède et de. **Do espírito das leis**. Trad Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. Sâo Paulo: Abril Cultural, 1979. – (Coleção Os pensadores).

MORTATTI, Maria do Rosário Longo. Notas sobre linguagem, texto e pesquisa histórica em educação. **História da Educação**. ASPHE/FaE/UFPel, Pelotas-RS (6), p. 69-77, out. 1999.

PETERS, Jeremy W. Buffett diz que nunca quis deixar herança. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 27 jun. 2006. Dinheiro, Caderno 6, p. B6.

ACESSO À JUSTIÇA E ENSINO JURÍDICO

André Azeredo Carvalho*

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar a necessidade de mudança paradigmática no ensino jurídico brasileiro, como forma de se ampliar o acesso à justiça tanto dos estudantes e profissionais do Direito, como dos cidadãos da sociedade. Por meio da análise das teorias levantadas por Boaventura de Souza Santos, faz-se um cruzamento da situação atual do ensino com a ideologia hegemônica que rege a cultura ocidental nos últimos 200 anos, de forma a se identificar alternativas para o tecnicismo acrítico empregado na formação dos docentes e discentes atualmente. A justificativa da pesquisa reside na latente necessidade de mudar o referencial teórico da formação dos estudantes de Direito e da ideologia difundida nas universidades, como forma de se proporcionar uma graduação de caráter humanístico para que futuramente os Direitos e Garantias Constitucionais possam ser articulados de maneira social. Como produto, foi possível o levantamento de alternativas teóricas e práticas para o caso em comento, que coadunam com o intento que se deseja demonstrar através das teorias reunidas no trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA, QUARTA ONDA, RACIONALISMO, ENSINO JURÍDICO

ABSTRACT

The present article intent to demonstrate the need of a paradigmatic exchange on the juridical learning at Brazil, in a way to enlarge the justice access for students, professionals and society in general. By the analysis of the theories gathered by Boaventura de Souza Santos it was made a parallel of he actual situation of the universities and the hegemonic ideology that is leading the power for the past 200 years in a way to identify alternatives for the a-critic formation that is been applied on the formation of the students and teachers. The research justifies by the very need to exchange on the reference of the teaching and the ideology of the universities by promoting a humanistic formation that will provide a social articulation of the Human Constitutional Rights. As the product of the investigation it was possible to raise both pratic and theoric alternatives to the problem that go in the same ways of the theory that is used as a referential on this research.

KEYWORDS: JUSTICE ACCESS, FOURTH WAVE, RACIONALISM, JURIDICAL LEARNING.

* Advogado graduado e mestrando pela Faculdade de Direito de Vitória – ES.

INTRODUÇÃO

O estudo em tela se concentra na quarta das Ondas de Acesso à Justiça, com vistas a tratar epistemologicamente o termo "justiça", e nessa esteira abordar o ensino jurídico e sua relação com o acesso dos profissionais a um ambiente capaz de produzir consciências críticas e transformadoras da realidade atual.

Em tempos de transição, onde não se tem uma concepção exata do que virá com a pós-modernidade, a dialética culturalista de Santos (2002) vem ressalvar a necessidade de valorizar as experiências, na medida em que: "A tarefa de racionalização, concebida como um equilíbrio dinâmico e tenso entre regulação e emancipação, foi confiada à ciência". É nesse ambiente absolutista, onde o positivismo vem sendo utilizado para dogmatizar os valores que sustentam a hegemonia vigente, que se busca explorar alguns aspectos do ensino jurídico de forma a se possibilitar fazer um cruzamento entre saber científico e tradicional na solução de um problema comum.

Sendo assim, busca-se inicialmente tratar da quarta onda de acesso à justiça, e consequentemente, a que tipo de justiça se deseja dar acesso. Dentro desse diapasão, iremos fazer um breve apanhado sobre o ensino jurídico, e os entraves que tem enfrentado dentro do paradigma teórico-racionalista, bem como eventuais soluções apontadas por alguns autores que serão posteriormente considerados.

Busca-se demonstrar a relação entre acesso à justiça e formação jurídica, bem como as crises pedagógico-sociais e sua influência no tema do acesso ao judiciário, o que será feito por meio do cruzamento entre o histórico do ensino jurídico no Brasil – utilizando-se dos ensinamentos de Francischetto "no prelo" com a realidade atual nas instituições de ensino superior.

1 QUARTA ONDA DE ACESSO À JUSTIÇA

Antes de chegarmos à quarta onda, se faz necessário percorrer sucintamente o Projeto de Acesso à Justiça de Florença, desenvolvido pelo mestre Mauro Cappelletti[1], para então

[1] O Projeto supracitado, que deu origem a obra "Acesso à Justiça" (1988), desenvolveu três pilares para o efetivo acesso do cidadão ao judiciário, a saber: a assistência jurídica; A justiça de interesse público, ou representação de interesses coletivos; e a implementação da justiça informal, com a conseqüente simplificação da lei.

darmos continuidade aos estudos do nobre jurista italiano, que desencadeou o surgimento de uma nova perspectiva de análise do signo "justiça".

Num primeiro momento, as alternativas desenvolvidas nas três primeiras ondas focam-se na questão da demanda, e não da oferta de serviços jurídicos, o que finda por criar diversos meios de se aproximar o potencial cliente da providência jurídica, mas deixa-se de lado o profissional que irá operar a máquina judicial, bem como sua formação.

Sabemos que é de muita relevância a solução da questão social da população, que por dificuldades econômicas e culturais se afasta a cada dia mais do judiciário, mas parece-nos mais sério resolver o problema dos estudantes, futuros profissionais, para que estes possam aprender a articular de maneira apropriada os direitos coletivos desses cidadãos, o que reflexamente irá aproximar o cidadão do tribunal.

É bem o que fez Economides (1999, p. 61-78) ao dar um tratamento epistemológico ao signo "justiça", questionando a que tipo de justiça se deseja dar acesso. Afinal de contas essa palavra também aflora nossas emoções, prejudicando sua análise científica se não soubermos qual conotação estudamos.
Para nosso estudo, o termo "justiça" abarcará o ingresso e participação dos estudantes de direito em um ambiente ético e cientificamente maduro, na medida em que esse envolvimento teria o poder de modificar o pensamento e a conduta daqueles que irão operar o direito (assegurador da justiça) futuramente.

Mas esse ambiente não se resume ao ensino jurídico meramente bancário[2], ministrado nos cursos de direito. Trata-se da busca de um local de desenvolvimento e correlação de conhecimentos, onde através do diálogo, o aluno possa se tornar agente ativo do processo produção do conhecimento.

É nessa medida que a pesquisa busca demonstrar como certos aspectos que vem sendo classificados como causa, na verdade tem sido meras conseqüências lógicas de um problema

[2] Paulo Freire define a educação bancária como aquela onde o aluno é mero depósito de conhecimento e não participa do processo de aprendizagem. In: FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 33 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002a. p. 58.

paradigmático do ensino jurídico brasileiro, o que por certo poderá facilitar a busca de soluções eficazes para a distância entre o cidadão e a providência judicial.

Vencida essa etapa, sabemos que as três ondas desenvolvidas pelo projeto italiano de acesso à justiça em resumo foram: assistência jurídica; a justiça de interesse público, ou a representação de direitos coletivos; e, a abordagem de acesso à justiça, que busca implementar a justiça informal e a simplificação da lei.

Nota-se que ao final a soma dessas alternativas se converge na simplificação do mecanismo judicial, o que de fato poderia trazer a paz social para os demandantes, mas provavelmente não seria meio tão hábil de alcance do bem da vida pretendido quanto a demanda judicial.

Frisamos que a proposta não é desmerecer de forma alguma o esforço e os efeitos advindos do desenvolvimento dessas vertentes de "concretização macropolítica" [3] do acesso à justiça, que produziram a criação de instituições como as defensorias públicas, por exemplo, mas haveria outras abordagens para esse mesmo problema.
Abordagens essas que, por serem deixadas de lado, tornam incompleta a visão do problema.

Essa tendência pela valorização da demanda, de acordo com Economides (1999, p. 64-65) está localizada em duas tradições da sociologia do direito, a saber: a que estuda as necessidades jurídicas não atendidas, buscando quantificar objetivamente essas necessidades, a que estuda a opinião pública sobre a justiça. Mas da leitura de autores como Economides e Grynspan (1999, p. 99-113), é possível concluir que as estatísticas e pesquisas realizadas na área em comento coadunaram para investigar outros aspectos dos possíveis clientes do judiciário.

Conforme supracitado em Economides (1999, p. 65-66), um estudo realizado nos EUA, por J. Carlin e J. Howard "Legal Representation and class justice", pôs em cheque a concepção de pobreza como entrave principal de acesso ao judiciário, na medida em que demonstrou que se a questão fosse meramente econômica, os pobres teriam real acesso à justiça. Delimitou ainda 4 estágios que deveriam ser atingidos antes de ingressarem de fato nos tribunais, que seriam: a

[3] A proposta em comento é demasiadamente restrita, se comparada ao foco aristotélico de macropolítica, mas nem por isso deixa de ser necessária para a compreensão total do problema, haja vista que os doutrinadores deixam de lado a questão da oferta de serviços para tratar apenas da demanda.

consciência de que determinado problema é de fato jurídico; a vontade de iniciar uma ação judicial para soluciona-lo; a procura de um advogado; e sua efetiva contratação.

Dessa forma, investiga-se a psique do cidadão, e não sua condição social. Deixa-se por ora, questões como dificuldades financeiras, preconceito, falta de educação apropriada, a concentra-se em fatores como os advogados, os estudantes de direito e as instituições de ensino e de classe.

Seguindo (p. 66-67), aponta para a pesquisa americana desenvolvida por Marc Galanter no movimento americano "Direito e Sociedade", onde partiu para importante distinção entre organizações ou demandantes comerciais (repeat players), e os consumidores individuais (One Shotters).

O fator importante aqui é que o autor define o entrave cultural que atinge as pessoas físicas que desejam demandar. Notou-se, com base nas pesquisas, que as pessoas físicas não tinham *know how* apropriado para utilizar o judiciário, de forma a extrair o máximo daquilo que por direito faziam jus. Ao contrário dessas, as pessoas jurídicas ou *repeat players*, se mostravam aptos a manejar os instrumentos judiciais de forma a obter todas as vantagens que pudessem adquirir.

Mas será que a obrigação da articulação desses direitos não seria dos advogados? Essa pergunta nos atinge imediatamente após ler o parágrafo anterior, mas atentemos para um detalhe.

Por meio da Teoria da Organização Social, Leon Mayhew e Albert Heiss, citados por Economides, (1999, p. 67-68) operam um giro na analise do problema de acesso, ao focar na natureza dos serviços jurídicos o centro de seus estudos. Analisaram-se as características dos advogados para concluir que em termos individuais pleiteava-se direto de família, e em termos corporativistas conflitos com o governo e outras corporações. Como essas ofertas não são de preenchimento exclusivo da iniciativa privada, cabe ao Estado dosar a assistência necessária, de acordo com essas lacunas geradas pelos interesses profissionais.

Mais uma vez deixa-se de lado o cliente, para estudar a oferta de serviços. E qual seria a solução para equilibrar esse desnível identificado por Mayhew e Heiss? Será que o Estado iria

municiar advogados para demandar em favor das pessoas físicas contra ele mesmo? Pouco provável. Certo é, que se optasse, criaria um entrave ainda maior com o aumento inesgotável de processos nos cartórios.

Nossos estudos poderiam terminar aqui se as esperanças de solução se encontrassem no Estado, agente que seria responsável pela solução macro-social do acesso, e, que como podemos ver não tem disponibilizado meios hábeis de sanar a distancia entre o cidadão e o judiciário.

Citando Renata Padilha Gera:

> Os juristas são instrumento fundamental para a garantia do acesso à justiça, logo, a preocupação com a sua formação profissional é ponto nodal para a garantia de exercício pleno da democracia. Sendo assim, percebe-se que, atualmente, surge no nosso tempo uma quarta onda de acesso, que consiste na preocupação com a garantia de formação de juristas preocupados e sensíveis às questões sociais, detentores de sólida formação humanística e sensíveis aos problemas à sua volta. (GERA, 2004, p.67)

O certo é que a formalidade do advogado, e a constante opção por áreas rentáveis, distanciam cada vez mais o cidadão do efetivo acesso ao judiciário.

Seguindo, em análise à questão do tipo de problema jurídico que possa ser trazido à presença do judiciário, notamos que este ainda não possui mecanismos eficazes para atender reclamações em grande escala que tenham conseqüências políticas ou econômicas significativas para a sociedade como um todo, como os direitos meta individuais.

Sendo assim, o problema do acesso à justiça não é uma questão de opção individual do cidadão: a defesa do acesso para este cidadão é papel não só do governo como também dos órgãos profissionais, mediante ações concretas que visem preencher os espaços vazios na oferta de serviços jurídicos e na distância geográfica.

Sabemos que com a crise do welfare state[4] e o neoliberalismo econômico, os advogados tem procurado áreas privadas cada vez mais rentáveis, e tornando-se profissionais cada vez mais individualistas, sem nenhuma percepção para direitos sociais-coletivos, o que definitivamente contribui para alargar o abismo entre o cidadão e sua demanda efetivada. Essa característica mercantilista acaba por atingir até os intentos de prover acesso à justiça, quando os mecanismos utilizados são sacados apenas para reduzir gastos com os processos, e torna-los menores em duração.

Mas, como dito anteriormente, se a esperança de mudança desse quadro estivesse na mudança desses fatores, talvez fosse possível eliminar alguns problemas mas nunca atingiríamos o cerne da questão.

Paremos neste ponto e aceitemos o convite à filosofia de Marilena Chauí:

> Imaginemos, portanto, alguém que tomasse a decisão de não aceitar as opiniões estabelecidas e começasse a fazer perguntas que os outros julgassem estranhas e inesperadas. Em vez de "que horas são?" ou "Que dia é hoje", perguntasse "O que é o tempo?". Em vez de dizer "Está sonhando" ou "Ficou maluca", quisesse saber "O que é o sonho, loucura ou razão?". (...) Esse alguém estaria começando a cumprir o que dizia o oráculo de Delfos: "Conhece-te a ti mesmo". E estaria começando a adotar o que chamamos de **atitude filosófica**. (2005, p. 17). Negrito da autora.

Esse é o ponto chave do presente estudo. Sem desmerecer em nenhum aspecto os estudos e pesquisas realizadas na consubstanciação das quatro ondas de acesso à justiça, é possível notar que no que diz respeito ao trato da formação dos estudantes de direito, esse quarto foco encontra-se mais na conseqüência do que na própria causa do problema. E para que possamos fundamentar esse argumento, necessário faz percorrer um breve histórico do ensino jurídico no Brasil.

2 ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO

[4] Lênio Luiz Streck define que na verdade o estado de bem estar social nem mesmo aconteceu no Brasil, sendo que tenta-se alcançar países desenvolvidos que percorreram esse caminho, para então chegar na etapa do liberalismo, e acaba-se por não conseguir solidificar nenhuma dessas tradições, chegando-se à pós-modernidade sem o mínimo "backgroung histórico". In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 710.

De acordo com Francischetto (no prelo), após a falência do sistema de capitanias hereditárias no Brasil colônia, da instauração de uma administração-geral, e sua substituição pela vinda da família real portuguesa, o ensino no Brasil se deu sempre em um ambiente de manutenção da hegemonia dominante, de cunho colonialista-escravizador. As primeiras lições foram ministradas pela Companhia de Jesus, que no intuito de difundir a fé do império, iniciaram a alfabetização dos colonizados.

A influência da igreja se alterna após a difusão das idéias iluministas trazidas pelos bacharéis brasileiros formados em Portugal, somadas aos desejos por uma educação laica do Marquês de Pombal, domínio esse, que retorna em 1827, com a instauração dos primeiros cursos jurídicos no Brasil (São Paulo e Olinda), sediados em infra-estrutura eclesiástica.

A intenção clara do ensino no império era a formação de mão de obra para os postos burocráticos da máquina estatal que se formava na época. Os bacharéis eram técnicos advindos de uma elite dominadora, num ambiente em que preocupação social era sinônimo de uma retórica liberalista abafada por uma prática imperial descompromissada com as mazelas da sociedade.
Na queda do império, estabelece-se o estado tripartido laico, e a república determina inúmeras alterações no ensino jurídico, como: abertura para disciplinas eletivas, instauração da prática forense, surgimento da prova da OAB, abertura curricular para filosofia e sociologia, e o surgimento das faculdades livres (que retiram o monopólio de São Paulo e Recife), modificações essas que terminam por apenas massificar o ensino superior.

Nota-se que nessa fase o ensino ainda continua tecnicista, havendo as três áreas de concentração do curso jurídico criadas pelos decretos 10361/90 e 1232/91 – ciências jurídicas, ciências sociais e notariado – são fundidas na primeira.

Em meados de 1929 a Associação Brasileira de Educação começa a reivindicar uma proposta pedagógica democrática na educação superior, que resulta na Fundação Universidade de Brasília, instituição feita nos moldes universitários, porém, subsidiada pelo setor privado. Surge o inicio da busca pelo raciocínio jurídico, com a adoção de diferentes formas de pesquisa e fontes de estudo.

Em 1969 a lei 4024 cria as diretrizes básicas da educação, que somada com as alterações anteriormente mencionadas, não tiveram o condão de aproximar o aluno da realidade social na qual estava inserido. Após a LDB, aparece o ponto de encontro com a portaria 1886/94 e a resolução 09/04.

É nesse ponto, onde após analisar um breve histórico dos caminhos percorridos pela educação jurídica brasileira que nos deparamos com as circunstâncias que qualificam nosso ensino. Os adjetivos, utilizados a contragosto, são: tecnicista, acrítico e totalmente divorciado da realidade e dos problemas sociais que se encontram fora dos muros das instituições de ensino superior.

Entretanto, tomando por base o artigo 43 de Lei 9394/96, que defina as Diretrizes Básicas da Educação, podemos apreender que a intenção do legislador a respeito da formação dos docentes do ensino superior tem por finalidade:

> I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
> II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira e colaborar na sua formação contínua; (...)
> VII - promover a extensão, aberta a participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição. (Disponível em: www.planalto.gov.br. acesso em 09 nov. 2006)

Somando a esse diploma legal, podemos ainda citar a importância da portaria 1886/94, que em seu art. 3° instituiu as três colunas de base na formação do aluno, que teria sua graduação sustentada pelo ensino, pesquisa e extensão.

Essa portaria foi posteriormente repetida pela Resolução 09/04 que adicionou em seu art. 3° a questão humanística na formação superior como segue:

> Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania. (Disponível em: www.planalto.gov.br. acesso em 09 nov. 2006)

Lendo em conjunto os diplomas legais supracitados, encontramos armas deixadas pelo legislador para a concretização de um mecanismo de ensino e aprendizagem, onde é possível ocorrer a formação de juristas conscientes dos problemas sociais, e aptos a desenvolver soluções práticas para esses entraves, porém, ao se deparar com a realidade dos cursos jurídicos, tropeçamos nas crises descritas por Rodrigues (1993, p. 35-60).

O autor divide essas crises em estrutural, onde analisa o paradigma político-ideológico e o epistemológico, funcional, onde faz o exame da crise do mercado de trabalho e da identidade e legitimidade dos operadores de direito, e operacional onde descreve a crise administrativa e acadêmica do ensino jurídico, e dentro dessa última, a crise didático-pedagógica e a crise curricular.

Inúmeros são os aspectos tratados, porém, para o propósito dessa pesquisa, abordaremos a crise didático pedagógica.
Nessa etapa, o ensino jurídico é descrito como aquele que prima pela figura do aluno como sujeito passivo no processo de ensino, onde a relação do professor com ele é vertical, dentro de uma aula-conferência que ignora por completo as atividades de pesquisa e extensão.

Nessas conferências o que ocorre é a mera leitura dos códigos, onde o aluno aprende a lei,mas não seus pressupostos sócio-político-econômicos, tudo sempre sob o prisma positivista e dogmático. Sendo assim, apenas recebe o depósito pronto do professor e não aprende a raciocinar, pois recebe um paradigma pronto e tido como imutável.

Mas porque será que mesmo com as possibilidades criadas pelo legislador, nosso ensino ainda continua tecnicista e acrítico, formando apenas um mero quadro funcional para o Estado?

3 PARADIGMA RACIONAL OCIDENTAL

Quem inicia por responder a pergunta é Santos (2002, p. 433-437), quando revela as nuances e características do racionalismo ocidental, e sua utilização pela classe hegemônica, com fins

a sustentar sua posição, mecanismo desenvolve-se exatamente como descrito por Foucault (2003, p. 140-152) em sua correlação entre saber e poder[5].

Santos, (2002, p. 261-271) ao descrever as relações entre direito poder e conhecimento identifica o paradigma moderno positivista vigente em nossa sociedade, onde direito e poder se originam apenas no estado e conhecimento se origina apenas na ciência.

Compartilhando da convicção de pluralidade do poder pelas camadas estruturais da sociedade, e fazendo menção a Foucault, redireciona o foco do poder do Estado para as regras autônomas da sociedade, que se propaga de forma horizontal formando novos sujeitos de conhecimento através da atuação das instituições disciplinares, onde se encaixa perfeitamente a figura da instituição de ensino.

Dentro dessa definição de poder na instituição de ensino, o autor define poder como qualquer relação social baseada em uma troca desigual, onde essa desigualdade é mascarada por inúmeros mecanismos simbólicos que visam ganhar o aceite do pólo desigual na medida em que esse não concebe a relação que se encontra como desvantajosa ou prejudicial.

Com base nessa concepção podemos referir aos ensinamentos de Pierre Bourdieu, quando define que, “O poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 2002 p. 7-8).

Partindo do pressuposto que os símbolos são instrumentos de integração social trabalhando na formação do consenso entre as inteligências, a atuação dessa forma de controle se dá pelos mecanismos de disseminação cultural, como transmissores de comunicação entre os pertencentes daquele nicho social, meios esses que podem ser exemplificados na escola, família, igreja, etc.

[5] Dentro de uma concepção sofista de diálogo retórico o autor baseia a manutenção do poder pelo saber fabricado – dentro de uma interpretação Nietzscheana – onde “Se (...) falar, discutir é procurar conseguir a vitória a qualquer preço, mesmo ao preço das mais grosseiras astúcias, é porque, para eles, a prática do discurso não é dissociável do exercício do poder. Falar é exercer um poder. (2003, p.140) e “Aliás, o mesmo se poderia dizer da Universidade, que também reconstitui as relações de poder.” (2003, p.152)

O sucesso dessa atuação acontece quando no dominado é criada uma sensação de legitimidade da dominação, mecanismo que atua no inconsciente mas projeta efeitos alienantes capazes de modificar a realidade. Aí se encontra a violência simbólica criada na psique e manifesta na realidade social.

É nessa medida que o autor define que não se cria um novo conhecimento, mas sim um novo sujeito de conhecimento - que nos dizeres de Freire seria o acomodado, adaptado, desumanizado de sua capacidade criadora (2002b, p. 50) - e que aprende a aceitar sua situação como originariamente legítima, onde é podada toda a sua capacidade contestadora.

Santos (2003, p. 93-194) identifica a crise universitária por sua incongruência ideológica com o capitalismo liberal, onde a alta cultura (conhecimento prudente) entre em choque com a massificação voltada para o modelo produtivista. Assim, por uma falsa democratização do ensino, buscou-se a privatização e a tecnificação da formação jurídica, estratificando o conhecimento e castrando a inventividade e autonomia de pensamento nas instituições de ensino.

É nesse momento que despertamos para uma questão de fundo, ainda mais prejudicial ao provimento judicial justo e efetivo do que a criação de meios de acesso da população ao judiciário, ou o a ingenuidade no tratar a crise da formação dos profissionais do direito como mera decorrência da omissão estatal e de órgãos de classe.

Aqui, nos deparamos com um sistema capaz não só de alijar mentes, mas fabricar novos indivíduos, totalmente alienados às possibilidades e à realidade a sua volta. E esse sistema tem como um de seus fortes braços o ensino jurídico vigente, que nos dizeres de Freire

> (...) implica numa relação vertical de A sobre B (...). É desamoroso. É acrítico e não gera criticidade, exatamente porque desamoroso. Não é humildade. É desesperançoso. Arrogante. Auto-suficiente. (...) Por tudo isso (...) não comunica, faz comunicados. (2002b, p. 116)

O aluno não é o único sujeito afetado por essa hegemonia racional-positiva. A falta de humanidade provocada pela imposição simbólica, mitológica desumaniza o opressor e o oprimido, numa relação onde o opressor - por uma falsa generosidade, em uma relação desigual de poder - retira a humanidade do oprimido, e abre mão da sua própria, num

monólogo vertical, onde comunica seu saber e o deposita no receptáculo, em que se transforma o aluno.

Baseado nesse raciocínio Freire desenvolve a concepção bancária de educação, que afeta não só o aluno, como também o que leciona, e está presente não só no ensino mas na pesquisa e na extensão desde o período imperial, até os dias atuais.

Nesse ambiente, aquele que transmite o conhecimento (tido como absoluto) assume o próximo como ignorante e se considera o único elo ativo no processo de aprendizagem, ato que será reproduzido – em termos descritos por Pierre Bourdieu (1992) – pelo aluno, ao lecionar ou entrar em contato com a realidade que o circunda, seja pela vivência, seja pela própria atividade de extensão.

Esse sistema opressor só tende a alimentar a hegemonia dominante, e zelar por sua manutenção no poder, figuras que são exploradas por Santos em todas as obras citadas nesse trabalho.

Consubstanciando essa descrição, vem o relato de Freire:

> Na medida em que o homem perde a capacidade de optar, e vai sendo submetido a prescrições alheias que o minimizam, e suas decisões já não são suas, porque resultadas de comandos estranhos, já não se integra. *Acomoda-se. Ajusta-se*. itálicos do autor (2002b, p. 50)

O autor descreve bem essa situação do homem moderno que renuncia sua capacidade sem saber, onde as tarefas são postas por uma elite, retirando toda a capacidade de decisão e o reduzindo a mero objeto em um mar de massificação. Seu desejo por autenticidade é abafado por mitos criados pelas forças sociais.

O novo sujeito de conhecimento fabricado por esse sistema capitalista não é o homem intransitivo, ser fechado. Trata-se de ingenuamente transitivo, na medida em que possui:

> simplicidade na interpretação dos problemas. Pela tendência a julgar que o tempo melhor foi o tempo passado. Por uma forte inclinação ao gregarismo, característico da massificação. (...) Pela fragilidade na argumentação. Pela prática não propriamente do diálogo, mas da polêmica. (2002b, p.68-69)

Essa realidade paradigmática vige em nossos dias, com base no próximo capítulo é que se deseja tangenciar esses entraves.

4 ALTERNATIVAS TEORICAS E PRÁTICAS

É com base na crítica apontada por esses autores que se chega à conclusão do panorama atual da educação, mas também na esteira dos pensadores, é que são apontadas as soluções de ordem teórico-prática, para iniciarmos a mudança paradigmática desejada.

É com base nesse desejo que Santos (2004) propõe um novo modelo de racionalidade, cosmopolita, que combina a sociologia das ausências, das emergências e o trabalho de tradução, numa ótica de revalorização da experiência social e seu cruzamento com o conhecimento científico atual.

Para tanto, identifica o modelo ocidental de racionalidade vigente como “razão indolente”, e sua forma de operação, que se dá através da expansão do futuro e opressão do presente num ambiente desfavorável ao conhecimento das experiências tradicionais e suas benesses.

Divide esse modelo de racionalidade filosófica-científica em razão impotente, que não considera nenhum problema externo à sua órbita de alcance; razão arrogante, que por se imaginar incondicionalmente livre, se permite não trabalhar; razão metonímica, que se considera a única forma de razão; e razão proléptica, que julga ter conhecimento sobre todas as coisas, inclusive sobre o futuro, considerando-o como mera superação linear do presente.

Remonta o início de sua vigência, há 200 anos, juntamente como o surgimento do estado liberal europeu e americano, somado à consolidação do capitalismo e imperialismo, e descreve sua eficácia, como a habilidade de transformar interesses hegemônicos em conhecimentos tidos como as verdades absolutas criticadas por Foucault.

O autor faz um apanhado perspicaz sobre a concepção de tempo transmitida por essa racionalidade, que ao recusar toda forma de saber exterior aos seus limites comprime o presente numa idéia de escassez de saberes tradicionais, e expande o futuro, numa idéia de constante desconhecimento e distância daquilo que está por vir. Todo esse emaranhado

ideológico, quando difundido socialmente, produz os novos sujeitos de conhecimento descritos nos parágrafos anteriores, que vivem o presente como um momento fulgás, um mero estágio a ser rompido até o futuro incerto, e portam-se absolutamente inertes a essa passagem. As soluções apontadas pelo autor baseiam-se na sociologia das ausências, que intenta revelar outras formas de saber – expandindo o presente – e a sociologia das emergências, que sedimenta utopias alcançáveis numa contração do futuro, transformando-o em realidade atingível.

Esse trabalho é sedimentado através da tradução, procedimento que visa unir os saberes tradicional e científico dentro de uma zona de contato, onde, pela identificação daquilo que for compatível entre os diferentes saberes estabelecem-se diferentes alternativas para um único problema.

Em linhas gerais, essa seria a hermenêutica diatópica proposta por Santos, que caminha nos trilhos a dialogicidade defendida por Freire, e que transformaria a universidade em multiversidade num centro onde o ensino, a pesquisa e a extensão deixariam de servir apenas para preencher horas em um currículo supostamente interdisciplinar. A extensão deixaria de ser uma mera aplicação técnica e sim uma edificação da ciência, agregando à universidade saberes e práticas externas que envolverão não só os alunos, mas também professores e funcionários, ao abrir suas portas para as comunidades que participam dessa atividade. A pesquisa deixaria de ser uma mera reprodução monográfica de dogmas postos, para se tornar construção de saber, e o ensino deixaria de ser vertical e monologar, para dar lugar à ensinagem, onde o professor te o compromisso não só com o ensino, mas também com o aprendizado.

Essa é a base do diálogo proposto por Freire:

> (...) uma relação horizontal de A com B. Nasce de uma matriz crítica e gera criticidade (Jaspers). Nutre-se do amor, da humildade, da esperança, da fé, da confiança. Por isso só o diálogo comunica. (...) Instala-se uma relação de simpatia entre ambos. Só aí há comunicação. (2002b, p.115)

Essa dialogicidade funda uma práxis (reflexão x ação) emancipatória onde deixa de existir aquele sujeito de conhecimento apático e acrítico, dando lugar às figuras do educador-

educando e educando-educador em um ambiente isento do argumento de autoridade e capaz de produzir cultura (2002a, p. 171-174)

Mas levando em conta os pressupostos assumidos nessa pesquisa para a quarta onda de acesso à justiça, bem como os problemas apontados pelos doutrinadores citados, como entraves – atualmente quase que subliminares – ao desenvolvimento de mentes críticas e capazes de articular direitos sociais, a solução prática para essa questão reside diretamente no papel da docência nos cursos jurídicos no Brasil.

E tratando do tema nos valemos da pesquisa etnográfica realizada por Cunha (2005 p. 15-30), que após uma série de entrevistas em instituições de ensino – e com base no depoimento de alunos, professores e funcionários de instituições de ensino –desenvolve um perfil genérico do que seria um bom professor diante do contexto atual. Sabiamente a autora frisa que o perfil desenvolvido se deu após um levantamento de padrões já pré-fixados em valores produzidos pela classe hegemônica, o que nem por esse motivo afasta a importância do estudo realizado.

A autora define o bom professor como o docente que une no ato pedagógico a teoria e a prática, um relacionamento afetivo com o corpo discente. A maioria possui formação pedagógica e dedicação exclusiva, todos gostam do que fazem e consideram a educação como peça fundamental para combater as desigualdades.

Seguindo, aponta para a necessidade do posicionamento bem definido - tanto político como social dos professores - na medida em que pela fé pública que possuem para a transmissão de conhecimento, seu papel não seria facilmente dispensado como meio difuso para profusão da ideologia dominante.

Dessa forma, o entendimento da autora vai ao encontro das soluções teóricas apontadas por Santos e Freire, no que diz respeito à necessidade de uma visão interdisciplinar do corpo docente, como solução direta para a mudança paradigmática que aliena os futuros articuladores do ordenamento vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, notamos que a amplitude no trato das questões jurídicas – como alternativa ao dogmatismo positivista – vale para qualquer área ou questão jurídica.

A interdisciplinariedade como cruzamento efetivo de diferentes setores do conhecimento, com vistas a solucionar um problema em comum reflete uma necessidade urgente no Direito, e que muitas análises optam por negligenciar ao examinar os entraves jurídicos que desejam solucionar.

A utilização dos postulados filosóficos de Chauí, sócio-políticos de Foucault e Santos, bem como as questões pedagógicas enumeradas pelos autores, dentre os demais entendimentos descritos na pesquisa apontam para a necessidade de rompimento com o paradigma atual na educação jurídica.

Esse positivismo dogmático que se autodetermina como suficiente e recusa as demais formas de conhecimento, tem castrado toda qualquer forma de pensamento autônomo, critico e consciente das mazelas sociais que se encontram fora dos muros das instituições de ensino.

Dentro dessas salas de aula os professores compactuam a mediocridade com os alunos, e figuram como a engrenagem principal nessa máquina alienante que continua sendo a universidade no Brasil. Desse processo, o produto tem sido o sujeito de conhecimento descrito por Freire que tem seu direito de acesso à justiça negado por uma hegemonia dominante.

Através desse poder simbólico, cerceia-se a possibilidade de pensar criticamente, impossibilitando por conseqüência, que o Direito se achegue à realidade social, pois prima-se ainda pela mera formação do quadro funcional do Estado, ou seja, sujeitos que consideram uma assistência judiciária gratuita como solução das mazelas sociais.

Faz-se necessário romper com esse pacto não só dentro da sala de aula, mas fora dos muros das instituições de ensino, pois a mudança que começa com os docentes necessita ser amparada pelas instituições e consequentemente pelo Governo.

Infelizmente, as reformas governamentais tendem a tecnificar ainda mais o ensino superior e sucatear a concepção originária de universidade como local de cultivo do saber, portanto, nossas expectativas residem no esforço individual de professores, alunos e algumas poucas instituções determinadas a modificar o paradigma vigente no ensino superior em Direito.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. 1014p.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. **A reprodução**. Elementos para uma teoria do sistema de ensino. Tradução: Reynaldo Bairão. 3.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992. 238p.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. 322p.

BUSSINGER, Elda Coelho et al. **Manual de normalização de trabalhos científicos.** Vitória: FDV, 2001. 79p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris. 1988. 168p.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 13. ed. São Paulo: Atica. 2005. 424p.

CUNHA, Maria Isabel da. **O Bom Professor e sua Prática.** 17. ed. Papirus. São Paulo: 2005. 184p.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça":** Epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI (Org.). Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248p.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nau. 2003. 158p.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. **História do Ensino Jurídico no Brasil.** [2007?]. "No prelo".

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido.** 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2002a. 184p.

___. **Educação como prática da liberdade.** 26. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2002b. 158p.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses Individuais Homogêneos na perspectiva das "ondas" de acesso à justiça. In: LEITE (Coord.). **Direitos Metaindividuais.** São Paulo: LTr. 2004. 255p.

GRYNSPAN, Mario. **Acesso e recurso à justiça no Brasil**: Algumas questões. In: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. 248p.

LEHER, Roberto. **Pode a Universidade ser reformada sem democracia?** Notas para a crítica aos fundamentos da "reforma" universitária do governo Lula da Silva. Minas Gerais: Faculdade de Educação da UFMG, 2004. 80 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993. 360 p.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da Razão Indolente**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. 415p.

___. **Pela Mão de Alice**: O Social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003. 348p.

____. (org). **Conhecimento prudente para uma vida decente: '**um discurso sobre as ciências' revisitado. São Paulo: Cortez, 2004. 821p.

___. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006. 456p.

STRECK, Danilo R. et al (org). **Paulo Freire:** Ética, utopia e educação**.** 4. ed. Petrópolis: Vozes. 1999. 152p.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710p.

DIREITO E CIENTIFICIDADE: EXPERIÊNCIA CIENTIFICA APLICADA NA UNIFLU-FDC, AOS CONTEXTOS APRENDENTES E INTERATIVOS DE AUTO-REALIZAÇÃO NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO, LATO-SENSU E MESTRADO. TECNOLOGIAS SÓCIO-EDUCATIVAS POR INFOVIA.

Auner Pereira Carneiro*

RESUMO

Devido às inúmeras dificuldades observadas no manuseio e obtenção de dados e meios para a produção de texto acadêmico-científico, o projeto visa elaboração de ferramentas tecnológicas que facilitem e viabilizem a produção de trabalhos científicos, suprindo, assim, as lacunas deixadas pela deficiência nos conhecimentos básicos de informática, biblioteconomia, linguagem científica e pela carestia de dados e meios de informação gerada pela manipulação de mercado, inibindo a execução de trabalhos acadêmicos. O projeto se orienta em contribuir para o desenvolvimento da ética e das atitudes científicas, evitando a mediocridade do reprodutivismo não científico.

PALAVRAS-CHAVE: FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS, DEFICIÊNCIA NOS CONHECIMENTOS BÁSICOS DE INFORMÁTICA, DESPREPARO EM INFORMAÇÕES TÉCNICAS DE BIBLIOTECONOMIA E DO IDIOMA COM REDAÇÃO CIENTÍFICA, CARESTIA, ÉTICA, ATITUDES CIENTÍFICAS.

ABSTRACT

Due to the countless difficulties observed in the dandling and obtaining of data end means for the production of academic-scientific text, the project seeks elaboration of technological tools that you/they facilitate and make possible the production of scientific works, supplying, like this, the gaps left by the deficiency in the basic knowledge of computer science, biblioteconomia, scientific language and for the shortage of the data and means of information generated by the market manipulation, inhibiting the execution of academic words. The project is guided in contributing for the development of the ethics and of the scientific attitudes, avoiding the mediocrity of the reproduction no scientific.

KEYWORDS: TECHNOLOGICAL TOOLS, DEFICIENCY IN THE BASIC KNOWLEDGE OF COMPUTER SCIENCE, UNPREPARED NESS IN TECHNICAL INFORMATION OF BIBLIOTECONOMIA AND OF THE LANGUAGE WITH SCIENTIFIC COMPOSITION, SHORTAGE, ETHICAL, SCIENTIFIC ATTITUDES.

* Prof.° Dr. Coordenador do Grupo de Pesquisa Institucional de Desenvolvimento Municipal e Orientador da Disciplina de Seminário Integrado de Projeto de Dissertação. UNIFLU-FDC – Mestrado.

INTRODUÇÃO

Neste artigo são apresentadas as práticas tecnológicas sócio-educativas jurídicas e inovadoras no projeto didático, realizado no curso de Direito, a partir da implantação do programa de mestrado, na Faculdade de Direito de Campos, ora demonstrado, sobre a interdisciplinaridade da informação e do conhecimento que passam a interagir no desenvolvimento de novas situações de ensino e de aprendizagem, nas quais, processos de reconstrução sócio-críticos, revelam o que já está presente na experiência dos alunos e professores em suas estruturas cognitivas memoriais.

Nesse processo, foram realizadas atividades, cursos de graduação e pós-graduação lato-sensu e no mestrado, com diferentes expressões da cientificidade no século XXI, experiências no magistério, através de enfoques Pedagógicos sócio-histórico-crítico.

As reflexões sobre a ciência em direito e principalmente, ações didáticas foram feitas com relação aos equívocos hermenêuticos e as inadequações de paradigmas dominadores em cujas metodologias são aplicadas e divulgadas, respostas reprodutivas de um ordenamento jurídico verdadeiro.

A primeira observação foi discutir a questão do direito e cientificidade, como apreensão intelectual do objeto conhecido e arquivado do sujeito cognoscente, passível de ascender a níveis de informação sistematizada para o desenvolvimento de uma inteligência jurídica vinculada a métodos e técnicas de pesquisa, concretizada em uma proposta – rastreamento teórico-temática - na consolidação de uma matriz insumo-produto para a elaboração de subsídios na reconstrução de dados, que são apresentadas no projeto de pesquisa.

Em segundo lugar, foram organizadas as discussões sobre os aspectos ontológicos, epistemológicos, gnosiológicos e hermenêuticos das informações globalizadas em eventos de educação continuada, tais como: Seminários, Painéis, Simpósios. A seguir, procurou-se identificar as tecnologias sócio-educativas jurídicas na produção do conhecimento cientifico no contexto universitário.

As tendências no processo de produção de textos acadêmicos se tornam vigilantes para a configuração das normas, padrões e critérios da A.B.N.T. .

1. PRÁTICAS TECNOLÓGICAS SÓCIO-EDUCATIVAS INOVADORAS

Para que fosse desenvolvido este processo de Trabalho Cientifico, foi necessário promover condições Institucionais, estruturais e de gestão operacional que implementadas e consolidadas, determinaram um ambiente universitário-científico, permitindo a utilização de recursos disponíveis nas atividades de produção de informações que se transformaram em conhecimento.

Nesse sentido, UNIFLU-FDC, caracterizou esse processo com a gestão acolhedora do Prof. Dr. Levi de Azevedo Quaresma e Prof. Dr. Armando Farhat, respectivamente Diretor e Vice-Diretor, quando do início dos trabalhos em 1999. A partir de tarefas e trabalhos de observações e discussão do projeto de mestrado, bem como, do conhecimento didático na disciplina de MPD I e MPD II e na monografia que foi consolidada em 2001, orientada pela Coordenadora Acadêmica Profª Msc. Gláucia Quaresma. Os trabalhos integrados com a Pós-Graduação lato-sensu nas disciplinas de metodologia e técnica de pesquisa além de didática de Ensino Superior, neste período, proporcionou a ligação processual necessária a formação de um banco de dados dos projetos de Graduação e Pós-Graduação que culminou no estudo de tendências e possibilidades teórico-temáticas para produção de textos sobre projetos de pesquisas, artigos, monografias e dissertações, incentivadas no período de 1999-2007.

No Mestrado, a experiência iniciou a partir do ano de 2000, integrada a perspectiva de trabalho na disciplina de Métodos e técnicos de Pesquisas Aplicadas em Direito, apresentada naquele ano no projeto aprovado para instalação do curso de Mestrado, cuja coordenação esteve a cargo do Profª. Drª. Rosângela Lunardelli.

A partir de 2004 sob a Coordenação do Profº. Drº. Leonardo Greco, o curso de Mestrado apresenta novas condições e novas estruturas em avaliação, que determinaram mudanças essenciais, refletindo no modo de orientação científica. Primeiramente, com a implantação do 1º grupo de Pesquisa Institucional de Desenvolvimento Municipal em 01/06/2004, gerando Projetos de Pesquisa, Eventos Regionais e Artigos para Publicação.

Com efeito, produziu-se em software a 1ª apresentação do curso de Mestrado, já que a disciplina de Seminários de Projetos e Dissertação – SIPD. Iniciou o programa

letivo de 2004, com enfoque interdisciplinar de Metodologia e Técnica de Pesquisa aplicada em Direito e Metodologia de Ensino Superior.

Neste software - mestrado20061sip - página de Intranet no site www.fdc.br, os mestrandos apresentam-se e identificam todas as informações sobre o curso, disciplinas, programas, normas, critério e padrões de desempenho, com destaque para a disciplina de SIPD – Seminários Integrados de Projetos de Dissertação, disponibilizando aplicativos para a tipologia de trabalhos acadêmicos.

Como evolução tecnológica desse processo a partir do ano de 2006, primeiro semestre, o software transformou-se em endereço de internet na página da Faculdade de Direito de Campos, integrando informações, conhecimentos e práticas inovadoras dos métodos e técnicas de Pesquisa aplicadas em Direito.

Na página eletrônica da UNIFLU-FDC, www.fdc.br, o graduando, pós-graduando, mestrando, professores e alunos acessam com o Login, mestrado20061sip@fdc.br e respectiva senha, novas medidas, para refletir sobre modelos e orientações cientificas.

A Metodologia e técnicas de Pesquisas e Didática do Ensino Superior voltadas a Graduação e ao Lato-sensu, interagem no Sistema de Orientação Científica para os trabalhos de pesquisa e configurações das Normas Técnicas do projeto de dissertação e das propostas de dissertação para o Mestrado, além dos Trabalhos Científicos orientados no grupo de Pesquisa de desenvolvimento Municipal.

Esta dinâmica de contextos interativos aprendentes de auto-realização, tem sido utilizada pelos alunos em rede nas seguintes cidades: Boa Vista-RR; Itaperuna-RJ; Bom Jesus de Itabapoana-RJ; Itaocara-RJ; Santo Antonio de Pádua-RJ; Rio de Janeiro-RJ; Macaé-RJ, entre outros municípios do Estado do Rio de Janeiro, de Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, além de Campos dos Goytacazes-RJ, como apoio ao ensino jurídico e aos métodos e técnicas de pesquisas aplicadas em Direito. A Tecnologia sócio-educativa produzida por Professores, alunos, funcionários, sob orientação científica integrada e interdisciplinar do mestrado com procedimentos Interinstitucionais, tem proporcionado apresentação de projetos em instituições como a FENORTE com grupos de Pesquisa, participando com 2 projetos aprovados, respectivamente, em 2005-2006 Plano Diretor e 2006-2007 Biotecnologia.

Todo esse processo tem como fator fundamental o incentivo e a sensibilização para todos os alunos e professores da UNIFLU-FDC – Faculdade de Direito de Campos.

Os dados estruturais são apresentados a seguir.

2. Metodologia e Software Aplicativo

2.1 – UNIFLU – Faculdade de Direito de Campos – Estrutura de Acesso ao Banco de Dados dos contextos aprendentes interativos de auto-realização.

Site: www.fdc.br



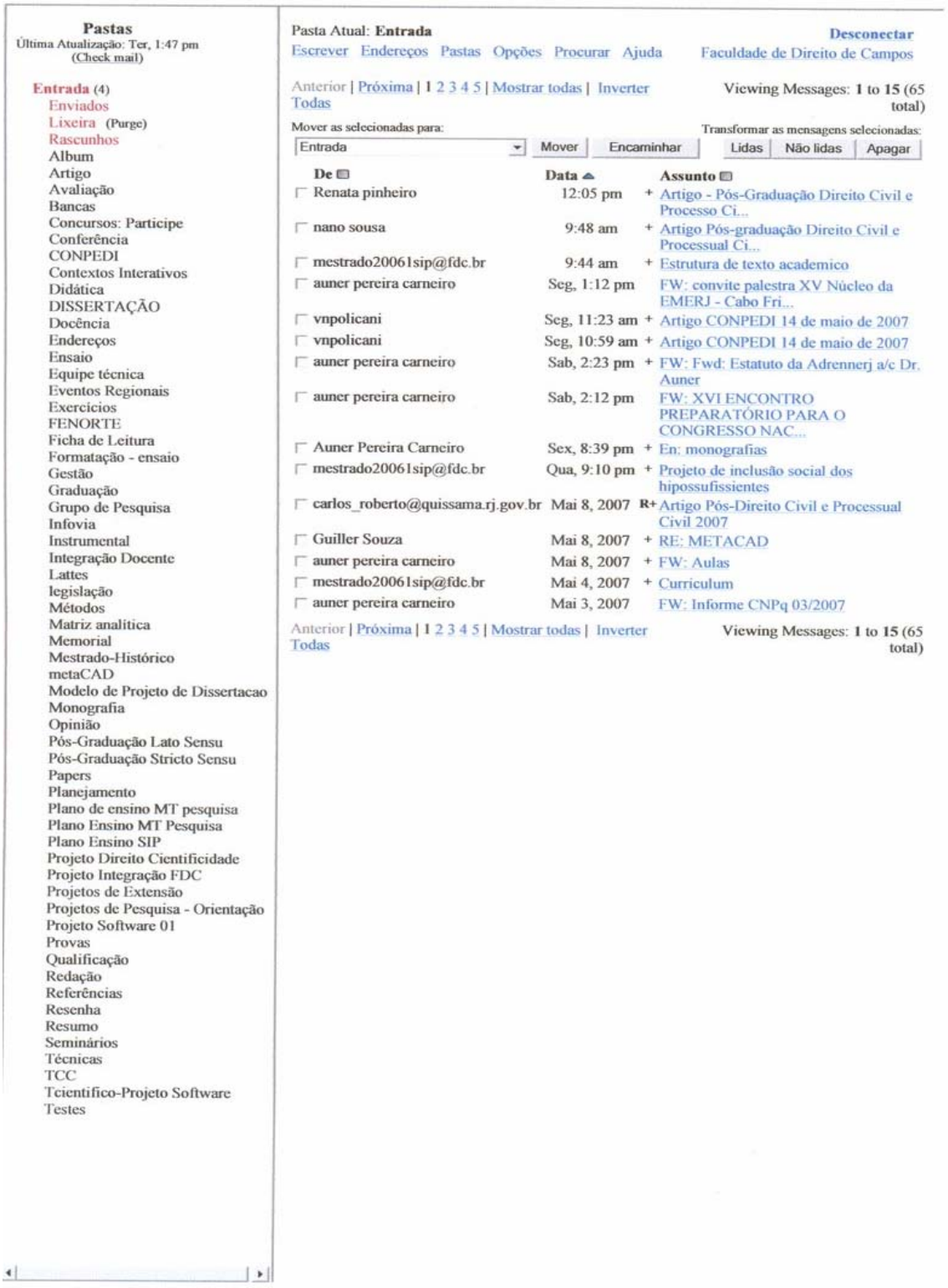
2.2 – UNIFLU - Faculdade de Direito de Campos – Aplicativos de acesso: Login[1]

e-mail: Mestrado20061sip e senha que é disponibilizada ao aluno regularmente inscrito.



[1] Disponível em www.fdc.br

2.3 - UNIFLU - Faculdade de Direito de Campos – webmail[2] – Matriz do Banco de Dados para utilização por infovia disponibilizados em todos os cursos de Pós-Graduação como quadro de referência do processo de Educação Continuada.



[2] Disponível em www.fdc.br

3. Projeto de Desenvolvimento Interdisciplinar nos Contextos aprendentes de auto-realização[3].

CENTRO UNIVERSITÁRIO FLUMINENSE – UNIFLU
FACULDADE DE DIREITO DE CAMPOS
MESTRADO

DIREITO E CIENTIFICIDADE: PROJETO DE INTEGRAÇÃO DA PÓS-GRADUAÇÃO COM A GRADUAÇÃO (EDUCAÇÃO CONTINUADA: PESQUISA, ENSINO, EXTENSÃO, APLICAÇÕES). BRASIL, 1988 – 2010.

Dr. AUNER PEREIRA CARNEIRO (Coord.) etti alli.

Projeto de extensão apresentado à Faculdade de Direito de Campos, para fins de desenvolvimento da integração pós-graduação (educação continuada: pesquisa, ensino, extensão e aplicações). Orientador: Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro.

CAMPOS DOS GOYTACAZES - RJ
2004

[3] Disponível em www.fdc.br

RESUMO

As atividades educativas e sistematicamente organizadas e orientadas para a inovação, efetividade e conectividades interativas, desenvolvem padrões de desempenho para a cientificidade. O projeto visa integrar todos os níveis de abrangência da informação científica do curso de Direito da Faculdade de Direito de Campos, bem como promover um inter-relacionamento entre as atividades planejadas e as desenvolvidas entre os professores, alunos e a Instituição de Ensino Superior, para a formação e capacitação/desenvolvimento científicos de todos os atores educacionais envolvidos.

Pesquisa, Ensino, Extensão, Integração, Corpo Docente e Discente, Instituição de Ensino Superior.

ABSTRACT

The educative activities and sistematicamente organized and guided for the innovation, interactive effectiveness and conectividades, develop standards of performance for the cientificidade. The project aims at to integrate all the levels of abrangência of the scientific information of the course of Right of the Law school De Campos, as well as promoting a Inter-relationship between the planned activities and the developed ones between the professors, pupils and the Institution of Superior Education, for the scientific formation of all the involved educational actors.

Research, Education, Extension, Integration, Faculty and Learning, High Scool.

SUMÁRIO

1.Tema e Objetivos..... 4

2. Justificativa e Objeto.....5

3. Metodologia.....6

Referências.....8

TEMA E OBJETIVOS

TÍTULO DO PROJETO: Direito e Cientificidade: Projeto de Integração da Pós-Graduação com a Graduação (Educação Continuada: Pesquisa, Ensino, Extensão, Aplicações). Brasil, 1988 – 2010.

Delimitação espacial: Campos dos Goytacazes-RJ. **Delimitação temporal:** 1988 – 2010.

IES: Faculdade de Direito de Campos, Centro Universitário Fluminense – UNIFLU.

Coordenador do Projeto: Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro

Endereço para correspondência: Rua Tenente Coronel Cardoso, 349 -
Campos dos Goytacazes (RJ) - CEP 28013-460
Web Site: www.fdc.br
E-mail: mestrado20061sip@fdc.br

Linha de Pesquisa: Direito e Cientificidade.

Núcleo de Pesquisa: Grupo de Desenvolvimento Municipal, FDC, Campos/RJ.

Área do Conhecimento: Direito - Epistemologia

Colaboradores do Projeto, IES, Titulação, Atividade, Carga Horária.

Prof. Dr. Leonardo Greco	FDC	Doutor	Coordenador do Programa de Mestrado da FDC

Colaboradores	**IES**	**Titulação Acadêmica máxima**	**Natureza da atividade**
Prof. Dr. Auner Pereira Carneiro	FDC	Doutor (USP-SP)	Coordenador e orientador
Prof ª. Msc Gláucia Quaresma	FDC	Mestre (FDC-UNIFLU)	Coordenação de Monografia
Wagner de Oliveira Rodrigues	FDC	Mestre (FDC-UNIFLU)	Pesquisador
Ana Cristina Azeredo da Silva Freitas	FDC	Mestre (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Anderson Kristhian Reis Lourenço	FDC	Mestrando (FDC-UNIFLU)	Orientando
Francys Gomes Freitas	FDC	Mestrando (FDC-UNIFLU)	Orientando
Daniele Monteiro dos Santos	FDC	Bibliotecária (FDC-UNIFLU)	Biblioteconomia
Clarice Coimbra	FDC	Mestrando (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Cyntia Almeida	FDC	Mestrando (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Filipe Godoy Azeredo	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisador
João Emilio de Assis Reis	FDC	Mestrando (FDC-UNIFLU)	Pesquisador
Sheila Zelma	FDC	Graduação (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Marivalda Benjamim	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Viviane Nogueira Policani	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Edivaldo Araújo de Souza	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisador
Cátia Martins da Silva	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Débora da Silva Santos	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Natália Gonçalves Dutra	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Janaina Toledo de Castro	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Helen Lilia M. da Silva	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora
Débora C. M. da Silva	FDC	Lato Sensu (FDC-UNIFLU)	Pesquisadora

Fonte: Projeto de Pesquisa – Direito e Cientificidade. 1999-2007

1. TEMA E OBJETIVOS

Delimitação do Projeto: Aplicação de normas ABNT pertinentes. Utilização das ferramentas de informática. Aplicativos para produção de texto acadêmico-científico.

OBJETIVOS:

Objetivo Geral: Promover a função integradora do Ensino, Pesquisa e Extensão com os aplicativos tecnológicos de aprendizagem nas atividades acadêmicas do Curso de Direito na Faculdade de Direito de Campos, através das disciplinas de Metodologia da Pesquisa em Direito I e II.

Objetivos Específicos:

a) Apresentar efeitos-demonstração dos métodos e técnicas, bem como os procedimentos científicos para o desenvolvimento da vida acadêmica na produção de textos científicos;
b) Divulgar os trabalhos acadêmicos, a criatividade e a inovação, contribuindo com a produção acadêmico-científica, maximizando a eficácia das pesquisas e dos textos com o mínimo de tempo necessário para o desenvolvimento de trabalhos voltados para o ensino, a pesquisa e a extensão na graduação e na pós-graduação da Instituição de Ensino Superior objeto do presente projeto.
c) Produzir Software – Tecnologias Sócio-Educativa.

2. JUSTIFICATIVA E OBJETO

Justificativa: As inovações no Ensino Superior de Direito estabeleceram novos paradigmas de ensino-aprendizagem através do desenvolvimento da pesquisa e da extensão, juntamente às atividades educativas já ministradas nas disciplinas de MPDI/II, no período de 1999/2005.

De acordo com as orientações no sentido de integração da Pós-Graduação com a Graduação é uma constante que deverá ser observada para a formação científica dos alunos, *in casu*, do Curso de Direito da UNIFLU-FDC.

Objeto: Pesquisa, Extensão, Ensino, Aplicativos.

Tipos de atividades a serem desenvolvidas: Palestras, debates, seminários, conferências, mesas-redondas, oficinas dentre outros.

Local dos eventos: A Instituição de Ensino Superior delimitada para este Projeto de Ensino, Pesquisa, Extensão e Efetiva Aplicação Acadêmica é a Faculdade de Direito de Campos, integrante do Centro Universitário Fluminense – UNIFLU, desde 1999.

Formas de participação dos eventos: A participação será feita mediante inscrição em eventos programados, conforme sugestão no item cronograma, em local a ser designado pela Direção da Faculdade. Os horários previstos para as atividades deverão ser fixados entre 19h e às 21h. As datas dos eventos serão divulgadas após a aprovação do projeto.

O controle de freqüência será por lista e os professores poderão exigir relatórios – *papers* – para controle da mesma e avaliação futura em suas disciplinas.

3. METODOLOGIA

MARCO TEÓRICO:

> *Além da ignorância sobre como pesquisar e como apresentar os resultados de suas pesquisas, os juristas estão em geral tão envolvidos com problemas práticos do dia-a-dia que não têm tempo para estudos mais aprofundados. A pesquisa toma tempo, exige grande dedicação e as recompensas imediatas são parcas, ainda que o seu resultado, o saber, seja extremamente útil no tratamento dos problemas práticos do dia-a-dia* (ADEODATO, 1996, 171).

> *A Metodologia Científica, mais do que uma disciplina significa introduzir o discente no mundo dos procedimentos sistemáticos e racionais, base da formação tanto do estudioso quanto do profissional, pois ambos atuam, além da prática, no mundo das idéias. Podemos afirmar até: a prática nasce da concepção sobre o que deve ser realizado e qualquer tomada de decisão fundamenta-se naquilo que se afigura como o mais lógico, racional, eficiente e eficaz* (LAKATOS, 2001, p. 125).

Método de Análise – Instrumentação necessária: Dedução, indução e análise dos fatos e dados presentes. Bibliográfica: leitura e fichamento de bibliografia, geral e específica,

obras clássicas, revistas, jornais, anais, dentre outros documentos escritos; Documental: obras, revistas, jornais, *papers* relacionados com o tema.

Público de interesse: Docentes e discentes da graduação e pós-graduação (especialização *lato- sensu* e mestrado).

Ambiente Laboratorial: As atividades de laboratório serão feitas na Faculdade de Direito de Campos, durante as atividades didático-educativas nas disciplinas de MPD I e II (Metodologia da Pesquisa em Direito) e na disciplina de Metodologia e Técnicas de Pesquisa Aplicada (pós-graduação) e Seminários Integrados de Projetos de Dissertação.

Equipe científica: Para além dos componentes que atuarão diretamente na programação e execução dos eventos, contam-se com os seguintes docentes responsáveis por disciplinas.

Do mesmo modo, foram convidados a integrar o projeto os professores abaixo relacionados, de disciplinas teórico-temáticas e instrumentais.

1. Prof. Wladimir Flávio Luiz Braga
2. Profa. Ana Lúcia S. B. Mendonça
3. Prof. Paulo Gomes Sanguedo
4. Profa. Amarílis Martins Gualda
5. Profa. Ruth Maria C. O. Martins
6. Prof. Hélio de Freitas Coelho
7. Prof. José Inácio Henriques Viana
8. Prof. Sivaldo Vasconcelo
9. Profª. Marilda Vieira Azevedo
10. Profª. Maria Amélia B. da Silva
11. Prof. Jorge Batista de Assis
12. Gerson Costa

Considerações Finais:

Certificação dos eventos: A Faculdade de Direito de Campos, nas atribuições a ela concedidas, fará a certificação dos eventos ministrados pelo presente projeto. Bem como do Registro de Atividades Complementares.

Divulgação dos Eventos: O Projeto contará com a colaboração efetiva da Equipe de Apoio Institucional para sua divulgação pelos veículos de comunicação social necessários.

Avaliação: O Projeto está inserido no Programa de Avaliação Institucional e suas atividades produzirão trabalhos acadêmicos tais como: Resumos, Resenhas, Artigos,

Relatórios e outros Papers. Semestralmente haverá troca das Atividades no Curriculo Lattes.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Bases para uma Metodologia da Pesquisa em Direito. In Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo:* São Bernardo do Campo: FDSBC, 2001.

AZEVEDO, Cláudia Rosa; NOHARA, Jouliana Jordan. *Monografia no curso de direito*. São Paulo: Atlas, 2004.

BOAVENTURA,Edivaldo M. *Metodologia da pesquisa:* Monografia, dissertação e teses. São Paulo: 2004.

BOSCHI, Olga Maria Aguiar de Oliveira. *Monografia jurídica*. São Paulo: Síntese, 2003.

BOENTE, Alfredo; BRAGA, Gláucia. *Metodologia científica contemporânea*. São Paulo: Brasport, 2004.

BRAGA, Raul Nunes; ROITMAN, Riva. *Monografia jurídica:* uma abordagem didática. BH: Del Rey, 2001.

CARVALHO, Alex Moreira. Et.al. *Aprendendo metodologia científica*. 3.ed. São Paulo: O nome da Rosa Ed., 2002.

CARVALHO, Maria Cecília M. de. *Construindo o saber(*metodologia científica – fundamentos/técnicas). Campinas: Papirus, 1988.

CASTILHO, Maria Augusta. *Roteiro para elaboração de monografia em ciências*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CIRIBELLI, Marilda Correa. *Como elaborar uma dissertação de mestrado através da pesquisa*. RJ: 7 Letras, 2003.

CERVO, Amado Luiz. *Metodologia científica*. São Paulo: Makron Books do Brasil, 2001.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 1980.

DIEHL, Astor Antonio; TATIM, Denise Carvalho. *Pesquisa em ciências sociais aplicadas: M*étodos e técnicas. São Paulo: Prentice-Hall, 2004.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese.* São Paulo: Perspectiva, 2002.

ESTRELA, Carlos. *Metodologia científica, planejamento e técnicas de pesquisa*. São Paulo: Artes Médicas, 2001.

FIGUEIREDO, Nébia Maria Almeida de. *Método e metodologia na pesquisa científica*. São Paulo: Difusão, 2004.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____.GOMES, Lúcia Helena de Andrade. *Como preparar sua monografia jurídica*. Jundiaí: Literarte, 1999.

GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de metodologia da pesquisa científica*. São Paulo: Avercamp, 2005.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. T*rabalho de conclusão de curso*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

HUBNER, Martha Maria. *Guia para elaboração de monografias e dissertação*. 2.ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

HÜHNE, Leda Miranda. *Metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1992.

_____. *Suma jurídica: como fazer monografia em direito*. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2005.

KOCHE, José Carlos. *Fundamentos de metodologia científica*. 14.ed. São Paulo: Vozes, 1997.

LABÃO, Antonio Carlos A . *É possível ser feliz fazendo uma monografia:* um guia para eficiência. São Paulo: Hucitec, 2004.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Técnicas de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1996.

MACIEIRA, Silvio; VENTURA, Magda. *Como elaborar projeto, monografia e artigo científico*. São Paulo: Freitas Bastos, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia*. São Paulo: Atlas,1998.

_____. *Metodologia científica para o curso de direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Gilberto de Andrade. *Manual para elaboração de monografia e dissertação*. São Paulo: Atlas, 2000.

MEDEIROS, João Bosco. *Redação científica:* a prática de fichamentos, resumos, resenhas. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro.* São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDONÇA, Samuel. *Projeto e monografia jurídica*. 2.ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

MICHEL, Maria Helena, *Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais*. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Franscisco. *Trabalhando com dissertação*. São Paulo: Ática, 1992.

MONTEIRO, Gilson. *Guia para a elaboração de projetos, trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses.* São Paulo: Nobel, 1988.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de monografia* jurídica. 3.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA NETO, Alvim Antonio de. *Metodologia da pesquisa científica:* guia prático para apresentação. Santa Catarina: Visual Books, 1980.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. *Metodologia cientifica aplicada ao direito*. São Paulo: Pioneira, 2002.

_____. *Tratado de metodologia científica*. São Paulo: Thomson Learning, 2002.

PARRA FILHO, Domingos; SANTOS, João Almeida. *Metodologia científica*. 5.ed. São Paulo: Futura, 2002.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; *Monografia e apresentações de trabalhos científicos*. São Paulo: Gráfica Terra, 1997.

RIBEIRO, Wanderley. *Monografia no curso de direito*. São Paulo: Forense, 2002.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa social – métodos e técnicas*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica:* guia para eficiência nos estudos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1988.

SALOMON, Delcio Vieira. *Como fazer uma monografia*. 10.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SALVADOR, Ângelo Domingos, *Métodos e técnicas de pesquisa bibliográfica*. Porto Alegre: 1987.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. *Elaboração de pesquisa e da monografia jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TACHIZAWA, Takeshy; MENDES, Gildásio. *Como fazer uma monografia*. 10.ed. São Paulo: FGV, 2005.

THOMPSON, Augusto. *Manual de orientação para preparo de monografia*. 2.ed. RJ: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. 2.ed. Brasília: Brasília jurídica, 2005.

VIEIRA, Sonia. *Como escrever uma tese*. 5.ed. São Paulo: Thomson Pioneira, 1999.

VICTORIANO, Benedito A D. ; GARCIA, Carla C. *Produzindo monografia:* Trabalho de conclusão de curso. São Paulo: Publisher Brasil, 1996.

ACESSO À JUSTIÇA: DESVENDANDO O CAOS E O VOLUNTARISMO DOS ESTUDANTES DE DIREITO NA DEFENSORIA PÚBLICA NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

Córa Hisae Monteiro da Silva Hagino

RESUMO

O ponto central deste estudo é compreender o desenvolvimento do voluntarismo e do caos em um órgão governamental responsável pela assistência judicial gratuita para a população de baixa da renda. Nosso objeto de estudo social é o estagiário desta instituição, que pode ser oficial ou voluntário. Entretanto, a Defensoria Pública não se mostra preocupada com a condição informal dos estudantes de Direito, já que estes ajudam a promover um efetivo acesso à justiça. Os voluntários não demonstram interesse pelo certificado que é emitido pela instituição, mas sim no aprendizado que tal exercício possibilita. Foram visitados na pesquisa todos os órgãos que realizam o primeiro atendimento na cidade de Rio de Janeiro, além da realização de algumas entrevistas com defensores públicos e funcionários. Como parte da metodologia utilizada, os estagiários preencheram questionários, que, posteriormente, serviram de base para a construção de dados estatísticos. O impacto desse processo nos estudantes de Direito e como o caos faz ampliar o acesso à justiça resultou na pesquisa que será apresentada a seguir.

PALAVRA-CHAVE: ACESSO À JUSTIÇA, VOLUNTARISMO E CAOS.

ABSTRACT

The main point of this work is understanding the development of voluntarism and chaos in a governmental office responsible for free judicial assistance directed to low income people. Our social study's object is the trainee of this institution, which can be official or volunteer. However, one can realize that the informal condition of these law students is not one of the main concerns, as they help to develop an effective access to Justice.

On the other hand, the certificate offered by the institution doesn't seem to be the most important aim of theses students, as they are really concerned on learning and acquiring experience. The methodology consisted in visits to the Public Defense offices, interviews with public defenders and employees and filling profiles in. The impact of this process in the law students and how the chaos develops the access to Justice resulted in a research that will be presented in this work.

KEYWORD: ACESS TO JUSTICE, VOLUNTARISM AND CHAOS.

INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado nesse artigo surgiu em uma pesquisa desenvolvida durante um ano e seis meses nos núcleos de primeiro atendimento da Defensoria Pública na cidade do Rio de Janeiro e se insere na discussão de acesso à justiça, já estudada com ênfase no que diz respeito à demanda e à oferta dos serviços jurídicos. Contudo, o papel do estagiário, essencial na oferta do serviço jurídico e futuro advogado ou defensor público a patrocinar ações, nunca havia sido alvo de pesquisas empíricas.

Por ser a Defensoria Pública o "maior escritório de advocacia do mundo" , como descrito na sua própria página na internet, foi escolhido como objeto de estudo social o estagiário desta instituição, que pode ingressar como estagiário oficial através de concurso público ou como não oficial, sem ter vínculo formal com a defensoria.

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, estipula em seu artigo 145 que os acadêmicos matriculados nos quatro últimos semestres de cursos jurídicos mantidos por estabelecimentos de ensino oficialmente reconhecidos poderão ser selecionados para atuar como estagiários, pelo período de um ano, com possibilidade de prorrogação por igual período, sempre após designação pelo Defensor Público-Geral.

Essa mesma regulamentação estipula, ainda, que os estagiários poderão, antes de transcorrido o prazo de duração do estágio, ser dispensados a pedido ou por prática de ato que justifique o desligamento, além de explicitar que o tempo de estágio será considerado serviço público relevante e como prática forense.

Através do reconhecimento do trabalho desenvolvido no âmbito das Defensorias, a Portaria MEC nº1.886/1994, anterior regulamentação dos cursos jurídicos, estipulava em seu artigo 13, que o tempo de estágio realizado em Defensoria Pública da União, do Distrito Federal ou dos Estados será considerado para fins de carga horária do estágio curricular.

Em outras palavras, o estágio oficial desenvolvido na Defensoria Pública, além de ser considerado como serviço público relevante e como tempo de prática forense, era também contabilizado para fins de estágio curricular.

Essa possibilidade não desapareceu com a nova regulamentação dos cursos jurídicos, expressa na Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, que introduziu uma nova exigência para seu cômputo para fins de estágio curricular: a existência de convênio entre a instituição de ensino e a Defensoria Pública. Ou seja, a impossibilidade de aproveitamento automático foi a única diferença introduzida pela nova regulamentação.

Embora a legislação pertinente estipule que o estágio oficial desenvolvido na Defensoria Pública deva ser considerado como serviço público relevante e como tempo de prática forense, além de ser contabilizado, em caso de existência de convênio com a instituição de ensino, para fins de estágio curricular, os estudantes de direito ingressam na Defensoria Pública sem muito se preocupar com a condição de estagiários oficiais. Esta instituição, por sua vez, incentiva a participação dos estagiários não oficiais, pois ela ajuda a desafogar o grande volume de trabalho existente, além de viabilizar um mais efetivo acesso à justiça.

O voluntarismo dos estudantes de direito só é possível em razão do caos organizacional em que se encontra a Defensoria. Esse caos se retroalimenta, quanto maior a desorganização da Defensoria Pública, maior é o incentivo ao voluntarismo e será ainda maior o número de atendimentos prestados.

Todavia, o mesmo caos que facilita a entrada de estagiários voluntários, dificulta o trabalho prestado, em razão da precariedade material e organizacional.

Compreender o impacto dessa experiência junto aos alunos, como o caos se desenvolve na instituição e em que medida o voluntarismo contribui para a ampliação do acesso à justiça exigiu a realização de um trabalho empírico, marcado pela decodificação das motivações discentes e pelas análises qualitativa e quantitativa de suas atuações.

Os objetivos deste estudo consistem em analisar:

1. As diferentes formas de integração entre teoria e prática proporcionadas pelas experiências desenvolvidas junto à Defensoria Pública;
2. O impacto das atividades desenvolvidas junto à Defensoria Pública na ampliação do acesso à justiça;
3. As razões que justificam essa intensa iniciativa discente junto às Defensorias Públicas;
4. O caos estrutural que permite o voluntarismo dos estagiários, ao mesmo tempo em que incentiva esta prática.

Serão apresentados na primeira parte deste estudo o histórico da Defensoria Pública e alguns conceitos essenciais como o de acesso à justiça, para uma melhor compreensão do objeto de análise. Será demonstrado o funcionamento a partir do caos da Defensoria Pública. Mostraremos, ainda, os resultados obtidos através dos questionários aplicados nestas visitas e outras fontes de dados. Por fim, estarão demonstradas as conclusões provenientes do estudo em seus diversos aspectos.

1) BREVE HISTÓRICO INSTITUCIONAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Antes da Constituição Federal de 1988, quando se falava em prestação de serviços jurídicos àqueles considerados hipossuficientes se utilizava o termo "assistência judiciária". Esse termo refere-se à prestação jurisdicional gratuita e isenção do pagamento das custas judiciais. Essa visão prevaleceu até a Constituição de 1988, que substituiu a "assistência judiciária" pela "assistência jurídica integral e gratuita", que corresponde à consciência do direito, orientação jurídica e encaminhamento ao órgão competente.

Na Constituição da República de 1988, em seus artigos 5º, incisos LXXIV e 134, a Defensoria Pública é definida como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, tendo por finalidade principal a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos.

A Constituição Estadual de 1989 reafirma a Constituição e estabelece o prazo em dobro e a intimação pessoal do defensor.

A Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994 organiza a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios e ainda estabelece normas gerais para organização das Defensorias Públicas do Estado, como

sua atuação perante a Justiça Comum. Esta Lei estipulava o prazo máximo de seis meses para os Estados criarem suas defensorias públicas, o que em muitos casos, como em São Paulo, por exemplo, demorou anos para acontecer.

A autonomia financeira tem sido a grande luta dos defensores nos últimos tempos. Esta chegou a ser implementada na Emenda Constitucional nº 24 de 2002, porém esbarrou em restrições legais para sua efetiva concretização, como a Lei de Responsabilidade Fiscal. Já a autonomia política foi efetivamente conquistada, sendo o chefe da instituição no Estado votado de forma direta e secreta pelos defensores públicos. Os três candidatos mais votados integram a lista tríplice a ser apreciada pelo Governador, que escolherá e nomeará o Defensor Público Geral.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 assegurou às Defensorias Públicas Estaduais autonomia financeira e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária. Essa medida valoriza os funcionários das Defensorias, reduz as interferências políticas e, ainda, permite que se ingresse com ações em face ao Estado, sem que esse serviço seja prestado pelas Procuradorias Estaduais, que são responsáveis pela defesa e consultoria jurídica do Estado.

Apesar da legislação criada apoiar a Defensoria Pública, na prática, muitas barreiras no acesso á justiça não foram sanadas. O Brasil conta com 1,86 defensores para cada 100.000 habitantes, enquanto dispõe de 7,7 juízes para cada 100.000 habitantes. E os gastos da Defensoria Pública correspondem a somente 6,15% dos gastos efetuados com o sistema de justiça. Atualmente, a instituição fluminense conta com 698 defensores públicos para atender uma população alvo em torno de 7.792.575. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2004, P.20).

Por essas dificuldades e pelo desprestígio da carreira de defensor em relação a outras carreiras jurídicas como a de magistrado e membro do Ministério Público, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro iniciou em junho de 2005 sua primeira greve, que durou mais de trinta dias. As principais reivindicações da categoria foram: realização de concurso público, melhores condições de trabalho, reajuste salarial de 62,15% (equiparação com o Ministério Público e Magistratura) e o repasse integral do duodécimo do setor (parte do orçamento do estado legalmente destinada ao órgão) pelo governo estadual. [1]

[1] Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 14 /10/2006

Nessa nova conjuntura de lutas por uma defensoria capaz de prestar assistência jurídica de qualidade, é importante ressaltar as conquistas na legislação, mas, ainda, é preciso mostrar a realidade do atendimento prestado na prática, com longas filas de espera, poucos defensores e quase nenhuma estrutura física.

A Defensoria Pública é, sem dúvida, um instrumento de efetivação do acesso à justiça. Contudo, existem outras barreiras a esse acesso além das encontradas nesse órgão.

2) CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

O tema "acesso à justiça" tem sofrido transformações. Antes se pensava no acesso à justiça como sinônimo de acesso aos tribunais. Hoje, envolve questões mais subjetivas que podem vir a dificultar o anseio da população por justiça.

A expressão "acesso à justiça" define duas finalidades básicas do sistema jurídico: o sistema deve ser igualmente acessível a todos e o sistema deve reproduzir resultados individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, 1988)

O acesso à justiça é definido por Boaventura de Sousa Santos (1999, p.167), como sendo:

> "aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica".[2]

A discriminação social no acesso à justiça é um fenômeno complexo que envolve fatores de ordem econômica, mas envolve, ainda, condicionantes sociais, culturais e fatores psicológicos, resultantes de processos de socialização e interiorização de valores, incluindo a noção moral de justiça que os indivíduos operam.

O alto custo da litigação é o primeiro obstáculo econômico a ser encontrado. Ele é composto pelos honorários advocatícios e pelas custas judiciais. No caso do ônus da sucumbência, em que se o litigante perder terá que pagar os custos do vencedor, há um agravante, o litigante só irá ingressar com uma ação se estiver certo de vencer, o que não é muito comum.

[2] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.5 ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 167. Boaventura fala em processo civil apenas, pois no processo penal há uma busca não voluntária da justiça.

Ainda com relação aos custos de uma demanda judicial, estudos empíricos demonstraram que nas sociedades capitalistas o valor da causa é inversamente proporcional ao valor do custo a ser enfrentado. Isso significa que o custo da litigação aumentava à medida que baixava o valor da causa.[3] Dessa forma, a justiça se torna proporcionalmente mais cara para os menos favorecidos economicamente, pois são estes os que geralmente ingressam na justiça com ações de menor valor, e que, portanto, serão os que pagarão valores proporcionalmente maiores.

Outra questão influi nos obstáculos materiais: a lentidão dos processos. Esse fator é mais penoso para quem possui menores recursos e se considerado os índices de inflação, aumenta consideravelmente os custos para as partes e pressiona essas pessoas a aceitarem uma conciliação desfavorável, ou ainda, a desistir da ação.

Quanto aos obstáculos culturais e sociais, esses incluem a distância das pessoas em relação aos serviços jurídicos. Essa distância é física, em razão dos serviços que são oferecidos em sua grande maioria no centro, que fica distante das periferias. Mas há outro distanciamento mais implícito, como a dificuldade de reconhecimento de um problema como sendo de ordem jurídica.

Estudos revelam que os cidadãos de estrato social mais baixo hesitam em procurar o Judiciário, mesmo quando reconhecem estar perante um problema jurídico.[4]

A hesitação em procurar por serviços de natureza jurídica tem algumas explicações. Em primeiro lugar, existe uma declarada desconfiança nos advogados pela sociedade em geral, e, especialmente, pelas classes menos favorecidas. É uma barreira social e psicológica, visto que em alguns casos há verdadeiro temor em relação aos advogados e aos tribunais.

Existem outras motivações para os litígios serem considerados pouco atraentes para a população de baixa renda, como uma linguagem inacessível para a maior parte das pessoas, procedimentos complexos, excesso de formalismo, ambientes tido como repressores, como os tribunais e pessoas distantes do círculo de convívio das comunidades carentes, como advogados e juízes.

---

[3] O estudo citado foi retirado de diversos trabalhos apontados na obra “Acesso à Justiça” de Cappelletti e Garth. Segundo esses autores, na Itália, o custo da litigação atinge 8,4% do valor da causa nas ações de alto valor, já nas causas de pequeno valor a percentagem chega a 170%.

[4] Caplowitz (1963) concluiu que quanto mais baixa for a classe social do consumidor maior é a probabilidade que desconheça seus direitos na compra de uma mercadoria com defeito. Numa investigação em Nova Iorque com pessoas vítimas de pequenos acidentes de viação, verificou-se que 27% dos pertencentes a classe baixa se mantinham inertes contra 24% dos indivíduos de classe alta. (Carlin e Howard)

Pode-se concluir, portanto, que as barreiras no acesso à justiça atingem de forma distintas as classes sociais e os estratos menos favorecidos, os mais pobres, são os que sofrem mais gravosamente as conseqüências desses obstáculos.

Cappelletti e Garth (1988) falam de um movimento no mundo ocidental iniciado na década de 60, as chamadas três "ondas" sucessivas de acesso à justiça. A primeira onda foi a oferta da assistência judiciária aos setores menos favorecidos. A segunda incorporou os direitos difusos. Por fim, a terceira onda inclui as anteriores e aprimora pessoas e instituições envolvidos na resolução e prevenção de litígios. Nesse estudo, a Defensoria Pública se insere na primeira onda.

No Brasil, a Defensoria Pública é a instituição que tem por objetivo efetivar o acesso à justiça, sendo fundamental no processo de concretização de direitos.

A assistência jurídica integral e gratuita não deve se limitar à mera representação perante o Judiciário, o que seria mera assistência judiciária, mas deve incluir todos os serviços de natureza preventiva, consultiva e pedagógica em relação ao exercício de direitos. Desta forma, evita-se que a igualdades de todos perante a lei seja minada pelas desigualdades econômica e social.

3) METODOLOGIA

Quanto à metodologia, fez-se necessária uma primeira linha de corte, sendo o trabalho limitado ao município do Rio de Janeiro. Entretanto, fez-se necessária outra linha de corte, pois a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro atua nos núcleos de primeiro atendimento e nos órgãos que acompanham o processo.

Assim, foi analisado neste estudo o núcleo de primeiro atendimento, no qual se tem contato com a fase inicial de toda a propositura de ações da Defensoria, já que todos os processos existentes em varas e tribunais passaram obrigatoriamente pelo núcleo de primeiro atendimento.

Nestes núcleos há uma subdivisão: os núcleos especializados, que tratam de uma questão específica, como direito do consumidor ou direito dos idosos e os núcleos de bairro, que atendem uma comunidade em diversas matérias jurídicas, de acordo com o endereço da residência do assistido.

Ainda nesta parte inicial, foram entrevistados: o Presidente da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, o defensor Pedro Carrielo, que nos forneceu dados gerais sobre a instituição analisada e a funcionária Cláudia Fernanda

Macedo Marques da Coordenação de Estágio Forense da Defensoria Pública, já que a coordenadora não estava presente.

Fazem parte da metodologia utilizada a observação etnográfica, a aplicação de questionários aos estagiários oficiais e extra oficiais e entrevistas realizadas com funcionários, estagiários e defensores públicos, para se ter uma visão multilateral da instituição e evitar a parcialidade de um grupo.

E, por último, fez-se uma análise cruzada do material levantado (entrevistas, questionários, trabalho de campo) com a bibliografia estudada com vistas à produção desse artigo, com ênfase na oferta de respostas aos objetivos inicialmente colocados.

As visitas a campo na Defensoria Pública em todo o Município do Rio de Janeiro foram dificultadas pela falta de informações no sítio da Defensoria Pública, que contém um único telefone e fornece endereços incorretos de seus órgãos. [5]

Dessa forma, antes de ir a campo, teve que se fazer um levantamento da quantidade de órgãos da Defensoria Pública, seus endereços, telefones e horários de atendimento. Mas a página da Defensoria Pública na internet continha informações incorretas e nem a Corregedoria–Geral possuía dados concretos, tendo somente um caderno rasurado com a maioria dos órgãos e não sua totalidade, horários de atendimento ao público, telefone e endereço, alguns também desatualizados. Esta desorganização das informações nos fornece uma pista do caos estrutural reinante nesta instituição, que será um dos pilares para a compreensão do voluntarismo dos estagiários.

A atualização de dados ocorreu da seguinte forma: aos órgãos da defensoria do Centro do Rio de Janeiro foram feitas visitas para corrigir o endereço, os horários de atendimento e telefone. Ao mesmo tempo em que foi feito este levantamento, procurou-se manter algum contato com os estagiários realizando breves entrevistas sobre o objetivo ao ingressar na defensoria, além de uma estimativa dos números de estagiários oficiais e extra-oficiais.

Os núcleos localizados fora do Centro do Rio de Janeiro não puderam ter seus dados atualizados antes da visita para aplicação dos questionários devido à distância física entre os diversos núcleos. Os núcleos fora do centro encontram-se nos seguintes

[5] O único telefone que a Defensoria Pública disponibiliza ao público se encontra sempre ocupado. As primeiras tentativas de realizar contato por telefone não foram bem sucedidas, sendo realizadas 11 ligações em um único dia, sem que conseguíssemos contatar a Defensoria Pública.

bairros: Anchieta, Bangu, Barra da Tijuca, Botafogo, [6]Campo Grande, Central, Ilha do Governador, Irajá, Jacarepaguá, Madureira, Méier, Pilares, Ramos, Santa Cruz, São Cristóvão, Vila Isabel. Nestes núcleos, foram descobertos os endereços e horário de funcionamento incorretos no dia da visita para aplicação dos questionários.

As primeiras visitas a campo foram no prédio central da Defensoria Pública, onde ficam alguns núcleos de 1º atendimento, a corregedoria-geral, a coordenação de estágio forense e outros órgãos.

Nessas primeiras visitas, a metodologia de entrevistar os estagiários não se mostrou plausível devido a pouca disponibilidade de tempo dos estagiários. Logo, adotou-se a idéia de elaboração de um questionário de uma lauda a ser preenchido em poucos minutos, com uma parte objetiva e outra subjetiva, a fim de estimular a participação dos estagiários sem incomodar no atendimento à população, além de possibilitar que várias pessoas respondessem simultaneamente. Desta forma, buscou-se a integração entre os métodos qualitativos e quantitativos permitindo maior amplitude na descrição, explicação e compreensão do objeto de estudo.

O questionário contempla questões relativas ao ingresso e ao desenvolvimento do estágio, ao papel da defensoria e do estagiário, à comparação entre o nível de aprendizado na defensoria e no núcleo da faculdade do estagiário, dentre outras questões.

O total de questionários coletados foi oitenta e sete, mas foram utilizados setenta e um. Três questionários eram de Niterói, área não abrangida pela pesquisa e treze de varas da defensoria, que não foram contabilizados, pois o universo analisado é somente os núcleos de primeiro atendimento.

Durante a pesquisa surgiram questionamentos tais como: Como a defensoria pública é capaz de prestar tantos atendimentos promovendo um efetivo acesso à justiça no meio a tamanha desorganização estrutural? Qual a relação dos estagiários com a defensoria pública, que no caso do extra oficial sequer é reconhecido? Essa questões serão analisadas na considerações finais.

Será demonstrada abaixo uma tabela com os órgãos em que a Defensoria Pública atua no município do Rio de Janeiro.

[6] O núcleo é descrito como Botafogo no site da defensoria na internet, apesar do endereço do núcleo ser em Laranjeiras.

Núcleos de primeiro atendimento

Núcleos especializados
Coordenação da defesa dos direitos da criança e do adolescente – CDEDICA
Núcleo da Polícia Militar
Núcleo especial de direito da mulher e de vítimas de violência – NUDEM
Núcleo especial de atendimento à pessoa idosa – NEAPI
Núcleo de defesa do consumidor – NUDECON
Núcleo de assessoria criminal
Núcleo de bombeiros
Núcleo de falências e concordatas
Núcleo de direitos humanos
Núcleo de fazenda pública
Núcleo de loteamentos
Núcleo de terras e habitação
Núcleo do sistema penitenciário
Núcleos de Bairro
Núcleo de primeiro atendimento de Anchieta
Núcleo de primeiro atendimento de Bangu
Núcleo de primeiro atendimento da Barra da Tijuca
Núcleo de primeiro atendimento de Botafogo
Núcleo de primeiro atendimento de Campo Grande
Núcleo de primeiro atendimento da Central
Núcleo de primeiro atendimento da Ilha do Governador
Núcleo de primeiro atendimento de Irajá
Núcleo de primeiro atendimento de Jacarepaguá
Núcleo de primeiro atendimento de Madureira
Núcleo de primeiro atendimento de Méier
Núcleo de primeiro atendimento de Pilares
Núcleo de primeiro atendimento de Ramos
Núcleo de primeiro atendimento de Santa Cruz

Núcleo de primeiro atendimento de São Cristóvão
Núcleo de primeiro atendimento de Vila Isabel

Órgãos que acompanham o processo

50 varas cíveis
25 varas criminais
1 vara de execução penal
4 tribunais do juri
18 varas de família
8 varas de falência e concordatas
12 varas de fazenda pública
12 varas de órfãos e sucessões
vara de registro público
juizados especiais cível e criminal
Juizados da infância e da juventude
Mais de 10 fóruns em locais distintos do município do Rio de Janeiro

Fonte: Corregedoria Geral da Defensoria Pública do Estado do Rio De Janeiro.

4) O FUNCIONAMENTO A PARTIR DO CAOS: QUESTÕES ESTRUTURAIS E CONJUNTURAIS

Durante as visitas de campo, foi percebido algo que não era esperado no início da pesquisa: a desorganização na Defensoria Pública. Uma instituição que atende mais de dois milhões de pessoas ao ano[7] e é considerada a instituição mais eficiente do Estado do Rio de Janeiro[8] dificilmente poderia ter uma falta de estrutura e organização da forma como foi constatada.

O caos estrutural da defensoria permite que um número ilimitado de estagiários ingresse na defensoria na condição de extra oficial através de indicações de amigos, professores e defensores ou através de entrevistas com o defensor. Estes ingressam, principalmente, com a finalidade de obter conhecimento jurídico. A ajuda aos

[7] Disponível em: www.dpge.rj.gov.br, acesso em : 05/09/2006. Segundo esses site, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2003 prestou assistência jurídica a 2.202.068 pessoas.
[8] Ibid, dados da pesquisa realizada pelo Instituto Superior de Estudos Religiosos (ISER) em1996.

hipossuficientes e a promoção de uma justiça social são objetivos secundários dos estagiários.[9]

A Coordenação de Estágio Forense não possui informações sobre os estagiários extra oficiais, pois estes teriam vínculo com o defensor que os contratou e não com a instituição. E com relação aos estagiários oficiais, a Coordenação de Estágio não tem conhecimento do número de estagiários por órgão.

Na maior parte dos núcleos visitados não se sabe o número exato de estagiários oficiais e não oficiais. Geralmente se tem uma noção do número de estagiários através de uma folha com o horário de cada um, mas devido a grande rotatividade e desorganização, os dados não são confiáveis.

Como nem a Coordenação de Estágio Forense, nem os próprios órgãos em que atuam os estagiários possuem um controle do número de oficiais e não oficiais, na prática, não há uma diferenciação de tarefas e de horários cumpridos. Não há controle também das atividades desenvolvidas por cada um e a freqüência só é analisada no caso dos oficiais, em um relatório trimestral. Desta forma, o acompanhamento do estagiário fica omisso e erros no atendimento, como perda de documentos, ficam impunes.

A grande rotatividade de estagiários ocorre porque a maioria ingressa nos primeiros períodos e quando adquire prática jurídica procura um estágio remunerado. Assim, a relação entre estagiário e defensor fica prejudicada e dificulta o controle de estagiários, que muitas vezes deixam simplesmente de comparecer ao núcleo.

Na pesquisa realizada, ficou demonstrado que 52% dos estagiários entrevistados não são oficiais e em alguns núcleos, como o de Santa Cruz, os estagiários são quase todos extra oficiais. Isso implica na dependência da defensoria em relação ao próprio caos organizacional para prestar a assistência judiciária à população de baixa renda. Ao passo que o caos faz aumentar o número de estagiários da Defensoria criando uma nova modalidade - o estagiário não oficial - este possibilita que o número de atendimentos da Defensoria atinja a casa dos dois milhões, gerando um efetivo acesso ao Judiciário. Desta forma, o caos da defensoria se retroalimenta, quanto maior a desorganização, maior é o incentivo ao voluntarismo e será ainda maior o número de atendimentos prestados.

[9] Durante a pesquisa, fui convidada a ser estagiária extra oficial. Isso corrobora a tese de que não há qualquer dificuldade de conseguir um estágio dessa natureza na Defensoria.

Os estagiários da instituição são essenciais à Defensoria e à população de baixa renda, pois sem eles haveria mais lentidão nos atendimentos e os defensores sozinhos não teriam como corresponder à demanda de trabalho.

Entretanto, se por um lado o caos possibilita um voluntariado expressivo que vem desafogar o grande volume de trabalho, ele também é responsável pelas dificuldades materiais e organizacionais da Defensoria Pública.

Na divulgação dos serviços prestados pela Defensoria na sua página na internet, os núcleos possuem endereços e horários de atendimento incorretos, podendo gerar confusão ao público que necessita desta instituição. Nesta mesma página, um único número de telefone é divulgado, o que ocasiona um congestionamento na linha telefônica. Além disso, a própria Corregedoria Geral tem controle dos órgãos da Defensoria através de um caderno rasurado sem informações completas.

Outra situação gerada pelo caos é a desproporção entre número de defensores e número de atendimentos prestados. No núcleo de terras e habitação há duas defensoras que atendem em média cinco pessoas por dia. Já os núcleos de Bangu e Pilares possuem uma defensora cada e prestam assistência jurídica a uma média de oitenta pessoas em um único dia.

Há, ainda, diferenças entre os núcleos especializados e núcleos de bairro. Enquanto os primeiros possuem boa estrutura física e material, os segundos apresentam falta de computadores, impressoras, material de escritório, internet, telefone e local para os assistidos sentarem durante a espera. Nestes núcleos as soluções criativas e o empenho de defensores, estagiários e funcionários são imprescindíveis para a realização dos atendimentos à população.

É necessário ressaltar que as dificuldades enfrentadas pela Defensoria terão impacto nos assistidos e no direito constitucional de acesso à justiça, visto que é a instituição que tem por finalidade principal a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos.

A questão do caos percebida nas visitas aos núcleos de primeiro atendimento foi reafirmada na análise dos dados decorrentes dos questionários da pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS[10]

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso LXXIV e 134, define a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, objetivando a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem a insuficiência de recursos.

Essa definição no texto legal foi uma conquista histórica decorrente de um processo histórico de lutas para a implementação de um serviço de assistência jurídica de qualidade, que corresponda não só à propositura de ações, mas à orientação jurídica e à consciência do direito à população.

Entretanto, a mera implementação da Defensoria Pública não garante, por si só, o acesso à justiça, que possui condicionantes de ordem social, econômica, cultural e psicológica, mas é, sem dúvida, um fator essencial no processo de concretização de direitos e acesso à justiça, atendendo progressivamente a parcela menos favorecida da população.

No processo de aumento da demanda de assistidos, os estagiários oficiais e extra oficiais, cumprem um papel fundamental: proporcionar um efetivo acesso ao Judiciário, com o mínimo de recursos materiais disponíveis. E ao mesmo tempo, tentar absorver o máximo possível da experiência jurídica e humanística.

As razões que justificam essa intensa iniciativa discente junto à Defensorias Pública, é em primeiro lugar o conhecimento jurídico, apontado por 67% dos estagiários. Mas há outras razões, como querer ajudar quem não tem recursos (16%) ou tentar promover uma maior igualdade social (4%).

Na fase de interpretação dos dados obtidos, viu-se que 67% dos estudantes buscam estagiar na defensoria em razão do aprendizado jurídico e 76% afirmaram que a defensoria possui maior qualidade ou mesmo nível dos núcleos de prática jurídica da faculdade. Desta forma, pode-se concluir que os estudantes de direito tornam-se estagiários da Defensoria como forma de complementar o ensino da prática jurídica da faculdade ou ainda suprir a falta de um escritório modelo de qualidade.

Os estagiários oficiais recebem um certificado que vai auxiliá-los em futuros concursos públicos e poderão dispensá-los de cumprir o estágio obrigatório curricular de sua faculdade, caso esta seja conveniada com a defensoria. Esta é a única diferença

[10] As porcentagens apresentadas nesse capítulo decorrem de 71 questionários aplicados aos estagiários da Defensoria Pública no Município do Rio de Janeiro.

que separa os dois grupos de estagiários, pois ambos não são remunerados e sentem no dia-a-dia as dificuldades de se efetivar uma justiça gratuita e de qualidade.

Na análise dos questionários, 56% dos estagiários afirmaram ter ingressado na defensoria como extra oficial e 52% continuam nesta situação, isso significa que o principal objetivo deles não é o certificado emitido pela defensoria que comprova o estágio e fornece horas de atividade complementar, mas ter um contato mais próximo com a profissão a ser exercida.

Para o estagiário da Defensoria, a função desta instituição é majoritariamente prestar assistência jurídica gratuita (75% das respostas). Já promover o acesso à justiça é o que 18% dos estagiários consideram ser o papel da Defensoria. Orientar o estagiário na prática jurídica é o que 3% de estagiários crêem ser a função da defensoria.

E qual seria o papel do estagiário na instituição que tem por finalidade prestar assistência jurídica integral e gratuita? Os estagiários responderam da seguinte forma: 29% dos estagiários acreditam que seu papel é auxiliar o defensor, como escreveu um estagiário: “O papel do estagiário é auxiliar o defensor, pois este tem muito trabalho e sem nós estagiários a defensoria não anda”. E 9% dos entrevistados consideram que agilizar o atendimento é seu papel, como na frase em destaque: “como a procura é grande é preciso estagiários para dar andamento mais rapidamente”.

As duas respostas acima, que juntas, somam 38% dos questionários refletem a hipótese do caos estrutural. Estes estagiários têm conhecimento do caos institucional e neste processo, acreditam que sua função é dar maior celeridade aos atendimentos e ajudar o defensor a cumprir uma demanda que ele sozinho não teria como conseguir. Se não houvesse caos na defensoria, não haveria o voluntarismo dos estagiários e conseqüentemente não se teria como promover o acesso à justiça e ao Judiciário para boa parte dos assistidos.

O caos estrutural da Defensoria Pública é, sem dúvida, a grande descoberta empírica das idas a campo. O caos move todo o funcionamento da instituição e faz esta depender daquele.

O número de estagiários voluntários chega a 52% dos entrevistados e em alguns núcleos os estagiários são quase todos extra oficiais. Tal fato implica na dependência da Defensoria Pública em relação ao próprio caos, que permite esse voluntarismo para poder cumprir seu dever legal de prestar a assistência judiciária à população sem recursos econômicos. Da mesma forma que o caos possibilita o aumento do número de estagiários da Defensoria e cria um novo sujeito, a do estagiário não oficial, este

possibilita que o número de atendimentos da Defensoria gere um efetivo acesso ao Judiciário. Assim, o caos da defensoria se retroalimenta, quanto maior a desorganização, maior é o incentivo ao voluntarismo e será ainda maior o número de atendimentos prestados pela instituição.

Entretanto, as dificuldades organizacionais da defensoria permitem outras situações além do voluntarismo, tais como: em que se confusão de competências, endereços e horários de atendimento são divulgados de forma equivocada, não se tem conhecimento do número certo de estagiários e a omissão do estagiário extra oficial pela instituição, que sequer reconhece algum tipo de vínculo.

Os núcleos da defensoria são bem distintos. Os núcleos especializados do centro do Rio de Janeiro possuem boa estrutura como banheiros, bebedouros, telefones públicos, locais para o assistido se sentar e organização da fila da espera, mesas e cadeiras para todos os estagiários, computadores com internet e impressoras modernas e aparentemente não falta de material de escritório. Já os núcleos localizados nos mais diferentes bairros, que são maioria em relação aos especializados, possuem dificuldades materiais como falta de computadores, internet, livros para consulta, telefone, impressoras e materiais de escritório como grampeadores, canetas e fitas para impressoras. Há núcleos em que não há sequer banheiro, outros funcionam em espaço cedido por uma igreja.

Mas apesar das dificuldades relatadas, a Defensoria assiste a mais de dois milhões de pessoas ao ano, como descrito em sua página na internet. Essa meta só foi cumprida devido ao esforço pessoal de funcionários, defensores e estagiários (oficiais ou não). Estes, para suprir a carência de recursos têm que cumprir além da sua função, ultrapassar sua carga horária na defensoria e continuar em casa a realizar o trabalho que não é possível ser realizado sem recursos materiais. Logo, há funcionários que atendem os assistidos como se fossem estagiários, há advogados voluntários e há os estagiários extras oficiais que não possuem qualquer vínculo com a Defensoria Pública, mas na realidade estão em maior número que os oficiais e sem eles o andamento da defensoria seria bem mais lento.

Esta é a razão pela qual a defensoria promove um efetivo acesso à justiça, e este aprendizado vai além do jurídico para aqueles que se sensibilizam com as causas sociais e se engajam nelas, tornando-se sujeitos ativos de promoção de uma igualdade jurídica e social.

Um estagiário da defensoria interrogado sobre o que a instituição lhe acrescentou, assim respondeu: "consciência da realidade precária da justiça gratuita e da noção do quanto sofrem as pessoas desprovidas de qualquer noção jurídica, além, obviamente, do conhecimento da prática jurídica".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. *Emenda Constitucional nº45 de 2004*. Disponível em: www.adperj.com.br. Acesso em: 10/11/20006.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº80 de 12 de janeiro de 1994. Disponível em www.presidencia.gov.br. Acesso em 5 de outubro de 2006.

_____Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.São Paulo, Editora Manole, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Dados estatísticos de atendimento da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: www.dpge.rj.gov.br, acesso em 04/04/2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Estudo Diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil*, 2004.

O ESTADO DE SÃO PAULO.Consultor Jurídico. *Greve na Defensoria Pública*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 14 /10/2006.

PEREIRA, Rita de Cássia Paula. *Descobrindo Santo Ivo: a contrução de identidades dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*.Niterói, 2005,150p..Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

ROCHA, Jorge Luís. *História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*.5 ed. São Paulo: Cortez, 1999.

ECONOMIDES, Kim. **"**Lendo as ondas do 'Movimento de Acesso à Justiça': epistemologia *versus* metodologia?". Em: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; e GRYNSZPAN, Mario. *Cidadania, justiça e violência.* Rio de Janeiro: FGV, 1999.

GOLDENBERG, Mirian. *A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais.* 2ª ed. Rio de Janeiro:Editora Record, 1998.

PONTES, Evandro Fernandes de. "A assistência judiciária na mira do modelo garantista do processo". Em: *Cadernos Adenauer* (Acesso à Justiça e Cidadania), nº 3, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, maio de 2000, p. 61-75.

RAMOS, Glauco Gumerato. "Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil". Em: *Cadernos Adenauer* (Acesso à Justiça e Cidadania), nº 3, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, maio de 2000, p. 31-51.

SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PODER E PROCESSO: UMA PROPOSTA DE METODOLOGIA DE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL[1]

Fernanda Duarte[*]

Rafael M. Iorio Filho[**]

Bárbara Lupetti[***]

RESUMO

O presente trabalho se destaca pelo esforço investigativo voltado para a pesquisa jurisprudencial, explorando uma metodologia adequada para a análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, na qual se associam categorias do direito, da Sociologia e da Análise do Discurso.

PALAVRAS-CHAVES: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, PODER, PROCESSO, JURISPRUDÊNCIA, STF.

ABSTRACT

This paper is an effort to develop a proper way of dealing with the decisions of the Brazilian Supreme Court. This research is based on legal, sociological and linguistics structures.

KEYWORDS: JUDICIAL REVIEW, POWER, PROCEDURE, CONSTITUTIONAL DECISIONS, STF.

[1] O presente artigo se apresenta como um ponto de inserção entre duas experiências de pesquisa concretizadas no âmbito do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Gama Filho. De um lado, evidenciam-se as principais reflexões travadas no projeto de pesquisa "Jurisdição Constitucional e Democracia", vinculado, em 2005, ao Laboratório de Análise Jurisprudencial-LAJ. De outro, inspira-se na dinâmica e na carga crítico-reflexiva desenvolvida pelos projetos que trabalham com as *"Relações entre tribunais e sociedade: acesso à justiça e ao direito e ao devido processo legal"*, sob a coordenação dos professores Maria Stella de Amorim e Roberto Kant de Lima.

[*] Professora do Programa de Pós- graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Gama Filho. Doutora em Direito PUC/RJ.Juíza Federal da Seção Judiciária do Rio Janeiro . E-mail: fduarte1969@yahoo.com.br.

[**] Professor de Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá. Mestre e Doutorando em Direito UGF/RJ. Doutorando em Letras UFRJ. Advogado. E-mail:rafaiorio@ig.com.br.

[***] Mestre em Direito UGF/RJ. Advogada. E-mail:blupetti@globo.com

INTRODUÇÃO

A relevância que a temática dos direitos humanos tem assumido nas diversas agendas do mundo contemporâneo é um fato inquestionável. Porém, ao refletir sobre o tema, Perez Luño[2] alerta que não se deve entender tal situação como uma prova irrefutável de sua efetiva realização – o que desloca o cerne da questão para a problemática da aplicabilidade e eficácia desses direitos, traduzidos na idéia de sua proteção pelo Poder Judiciário, no exercício da função jurisdicional. Nesta cadeia de desdobramentos chega-se ao próprio instrumento do exercício dessa função, o processo.

Adequação do sistema recursal, tensão entre excesso de demandas e celeridade, modelo do judiciário adotado, técnica processual própria à tutela pretendida são alguns dos temas recorrentes que interferem diretamente na efetividade[3] do processo civil, que se agrava quando se trata da jurisdição constitucional, de seus tribunais e da proteção aos direitos fundamentais.

Em outras palavras, a problemática da efetividade do processo repercute na qualidade da concretização da garantia do acesso à justiça e na própria institucionalização do Estado Democrático de Direito.

A doutrina debruça-se sobre esta crise, no mais das vezes buscando prescrever remédios, baseados em diagnósticos exclusivamente de cunho dogmático-processual. E o legislador tenta, através de sua produção normativa, contorná-la na crença de que pela imputação disciplinaria e resolveria o fato social.

Ainda assim, o processo não funciona e a conseqüência é a falência do sistema processual, com a consagração de um des(acesso) à justiça, que reproduz estruturas de desigualdade jurídica e exclusão social. Onde está o erro? Na percepção do problema. Na insuficiência do diagnóstico que desconhece que uma anamnese adequada deve levar em conta outras variáveis que não só a norma, mas em especial a cultura jurídica do país, suas instituições, tradições, expectativas e os reais sujeitos de "carne e osso" que a ordem jurídica diz serem seus destinatários. E na forma de compreender o Direito e suas relações

[2] PERÉZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos , estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

[3] Neste trabalho eficiência e eficácia são termos que se equivalem. A propósito, sobre essa equivalência, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Efetividade do Processo de Conhecimento. *Revista de Processo*, n. 74, 126-137, abr.-jun. 1994.

com a realidade social, negando seus paradoxos, contradições e fragmentações inerentes das sociedades modernas.

Essas foram as inquietações iniciais que motivaram nossa investigação cujo esforço consubstancia-se na tentativa de estabelecer parâmetros, de base sociológico-jurídica, que tragam referências taxionômicas e dinâmicas para a compreensão das decisões da Suprema Corte brasileira, que concorrem para atualização do modelo ocidental de Estado de Direito no Brasil, desdobrado na consolidação de uma esfera de direitos fundamentais. Desta forma, pretendemos fornecer outros elementos que ajudem a melhor esclarecer o papel da referida Corte na adjudicação de direitos enquanto último patamar a quem compete assegurar a garantia do acesso à justiça, dando, segundo nosso modelo jurídico, a palavra final aos conflitos sociais que são submetidos ao Estado-Juiz – o que ao final fornece elementos de percepção dos paradoxos do Direito brasileiro e das relações entre os tribunais e a sociedade.

Nesse sentido, duas observações preliminares devem ser declinadas a fim de dar consistência à nossa empreitada. São as premissas teóricas que permeiam nossas reflexões e os fenômenos que constatamos nessa virada de milênio tensionadores dos limites de atuação do Judiciário.

Quanto às premissas teóricas, em primeiro lugar, trata-se de explicitar nossa adesão a uma visão relativista do mundo, na qual os valores são apreendidos originariamente de forma subjetivista e, portanto, demarcamos inicialmente um movimento arbitrário de escolha, fruto da imponderabilidade das situações novas e imprevistas. Porém, isso não significa dizer que esse arbítrio não possa vir a ser racionalmente justificado. Mas sim que o primeiro movimento é “injustificável”. Escolhe-se para depois racionalizar, ou seja, fazer crer que a escolha realizada é a correta. Portanto, a adesão que a fundamentação gera não se deve à qualidade moral da escolha (juízo de verdade) , mas sim a seu potencial de convencimento, que passa a ser percebido, por aquele a quem se dirige, como não-arbitrário ou natural - o que nada mais é do que um instrumento de poder/dominação pela linguagem.

Em segundo lugar, temos que a compreensão do Direito, resistente e encastelado em si mesmo, fornece uma percepção precária e reducionista da realidade

social. Daí a necessidade de uma abordagem interdisciplinar a fim de inserir aqueles elementos descartados pelo jurista, mas que integram e conformam essa realidade[4].

Por outro lado, a crise do Estado moderno e a judicialização da política são "fenômenos" que chamam nossa atenção para o fato de que a Jurisdição Constitucional, especialmente a partir do Pós-45, tem assumido um papel de alta relevância no cenário político-jurídico, tencionando o frágil equilíbrio do modelo de separação de poderes, com o deslocamento de seu eixo principal para o juiz.

Sob esta inspiração, trabalhamos as relações entre poder e direito, recortando-as para o momento da aplicação do direito pelo STF (que ocupa a posição mais alta na hierarquia do campo jurídico), no caso o Mandado de Segurança no. 24.405-4**.** Por conseqüência, nosso objeto de reflexão migra para o processo, buscando explicitar uma de suas funcionalidades que não é usualmente reconhecida pelos juristas, tal seja o processo como estratégia de poder, com pretensão de legitimar a atuação da Corte, a partir dos discursos atuais, aspirantes à legitimidade, dentro do campo jurídico, considerados na perspectiva dos seus autores.

1. O JOGO PELO PODER: UM PROJETO DE CONTINUIDADE VIA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

As relações travadas nos diversos campos que compõem o tecido social representam uma permanente luta pelo poder que se traduz em um jogo. Nesse jogo ser vencedor implica compartilhar um projeto voltado para a

[4] Sobre esta mesma visão acerca do Direito, mais especificamente em sua perspectiva criminal, ensinam Amorim, Kant e Burgos: "A naturalização dessas diferenças, operada de maneira institucional pelo sistema, embora as verdades por elas produzidas se desqualifiquem umas às outras, redunda em 'dissonância cognitiva', tanto para os operadores do sistema como para a população em geral. Quer dizer, ao mesmo tempo em que se apresenta como 'sistema harmônico e coerente', a admiração institucional de conflitos na área criminal se constitui de partes complementares e desiguais, as quais possui relativa autonomia, conseqüentemente, exigindo dos mesmo operadores condutas distintas para seu desempenho competente, dependendo do lugar aonde se encontram desempenhando suas funções. Isto termina por enganá-los em 'preferências' por esta ou aquela forma institucional presente no dito sistema, sem perceberem que estão optando por formas institucionais díspares de administrar conflitos e de construir verdades judiciárias. Estas diferentes disposições podem coexistir porque, por um artifício da chamada 'dogmática jurídica', as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas e se anula automática e reciprocamente quando entram em contradição observando-se para resolver os conflitos entre elas, a rígida hierarquia em que, teoricamente, se encontram disposta. Esta doutrina, portanto, como todo conhecimento dogmático não deixa espaço para que se explicitem as diferentes tradições e a sua história, que imprimem significados distintos a procedimentos semelhantes." AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; BURGOS, Marcelo Baumann. (Orgs.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003, p.19-20.

continuidade/permanência/manutenção do poder, que se realiza através da adoção de estratégias voltadas para a legitimação, que transformam a dominação (violência simbólica) em reconhecimento de manejo de poder não arbitrário.

No campo[5] jurídico, esse jogo é percebido em uma dupla perspectiva: a primeira se refere às disputas entre seus agentes sociais e a afirmação de legitimidade aos profanos; a segunda, manifesta-se no embate entre o campo jurídico e os demais campos/sub-campos do Estado[6].

Pontuado na jurisdição constitucional, visto que esta no plano do *habitus* ocupa a posição mais alta da hierarquia desse campo, essas estratégias se traduzem em teses de legitimação da própria jurisdição constitucional e de agentes – que disputam entre si primazia.

Para tanto, entendemos que, entre os diversos discursos que pleiteiam legitimidade, "a salvaguarda dos direitos fundamentais" é o que melhor se ajusta a uma reflexão sobre o processo como veículo de solução dos conflitos apresentados perante o STF, e assim de concretização do acesso à justiça e ao direito.

A conexão entre a proteção de direitos e a jurisdição constitucional tem sido freqüentemente trazida para o debate teórico brasileiro e é apresentada em discursos, ora mais constitucionalistas[7], ora mais jusfilosóficos[8].

Nesse sentido, entendida como estratégia de legitimação da Corte, a tese da salvaguarda acompanha a demanda de proteção que deriva da adoção, pelo mundo ocidental, de declarações de direitos que caracterizam o movimento constitucionalista.

Por essa lógica, na dogmática (doutrina) processual, a salvaguarda de direitos fundamentais se traduz no fim legítimo da jurisdição constitucional. E, por conseqüência,

---

[5] "Um campo, e também o campo científico, se define entre outras coisas através da definição dos objetos de disputas e dos interesses específicos que são irredutíveis aos objetos de disputas e dos interesses próprios de outros campos (não se poderia motivar um filósofo com as questões próprias dos geógrafos) e que não são percebidos por quem não foi formado para entrar nesse campo (cada categoria de interesses, a outros investimentos, destinados assim a serem percebidos como absurdos, insensatos, ou nobres, desinteressados). Para que um campo funcione, é preciso que haja objetos de disputas, e pessoas prontas para disputar o jogo, dotadas de 'habitus' que impliquem no conhecimento e no reconhecimento das leis imanentes da jogo, dos objetos de disputas, etc." BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: EDUSP,1992, p. 89.

[6] Essa disputa entre os sub-campos do Estado, no plano constitucional se traduz no princípio da separação de poderes. Como exemplo dessa disputa, interessante é a obra de Carlos Augusto Silva que levanta a hipótese de que o Executivo brasileiro estaria "vencendo" o Judiciário, através da edição de diversas Medidas Provisórias, com conteúdo processual e que viabilizam a imposição de sua vontade.

[7] DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. *Op. cit*, p.71-72.

[8] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.113.

determina a construção de discursos processuais estratégicos que façam do processo um símbolo de proteção de direitos, no Estado que se pretende democrático e de direito.

2. SALVAGUARDA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS : UM DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Sob a inspiração das categorias *habitus*[9] e seu movimento histórico, como também de capital simbólico[10] dos juristas, deduzimos que do discurso da salvaguarda de direitos, como fim da jurisdição constitucional, derivam outros discursos de legitimação, entendidos também como estratégias de poder.

Esses, por sua vez, têm por foco o processo em si e se encontram aparentemente dispersos no campo jurídico, sendo na maior parte das vezes, reconhecidos como obra de autor. Porém, não são isolados entre si, pois são construídos a partir de categorias referenciadas no imaginário coletivo dos juristas pós 1988[11], sob a rubrica do *princípio do devido processo legal.*

Assim, no cenário brasileiro, como resultado de um esforço de classificação desta pesquisa, percebemos duas grandes vertentes significativas dos argumentos sobre processo que remetem à noção de salvaguarda de direitos, no contexto do devido processo legal: uma *concepção finalista* e outra *procedimentalista*[12].

---

[9] Categoria criada por Pierre Bourdieu para definir a estruturação de um raciocínio próprio da relação e práticas dos agentes sociais e seus campos, de forma a legitimar e criar o campo sobre o qual agem. Esse modo de pensar específico dos agentes de um campo de poder é historicamente construído, evoluindo em novas formas de adaptação e reforço de suas convicções, sem contudo serem atingidos seus princípios essenciais. Ele procura ser maleável aos anseios dos agentes impedidos de adentrar ao campo a fim de que possam se manter as relações de poder como legítimas.

[10] Os sistemas simbólicos (ideológicos) são o resultado do monopólio dos agentes sociais em criar estruturas de comportamento e pensamento de dominação (poder simbólico), encaradas como arcabouço legítimo, na luta frente a outros agentes na manutenção e distinção de seu campo social.

[11] Essas categorias circulam nos meios acadêmicos e profissionais e são aceitas pelos agentes sociais internos (especialistas) como discursos legítimos, a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Ilustrando a ampla aceitação desse princípio como legítimo, vejamos: "Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of the law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies" (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal* .3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 28); "A importância do princípio do devido processo legal: assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de decisão do Poder Público [em qualquer uma de suas funções, ou seja, executiva, legislativa e judiciária] não seja um procedimento kafkiano, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo pela participação do interessado" (SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988* . Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 181).

[12] Devemos esclarecer que a sistematização oferecida não tem uma abordagem personalista e portanto não pretende arrolar, de forma exauriente, todos os processualistas pátrios que se identificariam com uma ou

a) A concepção finalista

Nesta concepção, englobamos todos os discursos processuais que têm sua preocupação principal no resultado do processo. E, portanto, o processo é um instrumento de realização do direito material. E como tal, deve ser entendido e conduzido nos litígios judiciais, cabendo à técnica processual, oferecer tão só as ferramentas processuais necessárias à realização do direito em jogo.

Nesse sentido, três podem ser os grandes vetores que informam essa concepção, que tem por palavra de ordem o *Estado Democrático de Direito*. São elas: uma forma de interpretação adequada; a preocupação com o resultado; e duração razoável.

A forma de interpretação adequada orienta que a norma processual seja compreendida a partir de uma perspectiva finalista, voltada para a entrega tempestiva do bem da vida em jogo, repudiando uma visão formalista excessiva[13] das regras e estruturas processuais.

A idéia do resultado se traduz numa maior sensibilidade para com a problemática da efetividade, logo o processo deve cumprir seu fim, isto é a proteção do bem da vida sob litígio judicial[14].

Para tanto, o elemento da temporalidade[15] desempenha papel central, pois a prestação jurisdicional deve ser realizada em tempo razoável, não se admitindo soluções

---

outra concepção, classificando-os, individualmente, desta ou daquela maneira. A proposta se constrói a partir das idéias centrais (escopo processual) que perpassam os vários discursos. Muitas vezes, um autor pode expressar concepções de processo finalistas e em outras, procedimentalistas, pois são as premissas da argumentação (1. direito material como escopo; 2. forma como garantia) que determinarão seus posicionamentos. Por outro lado, em determinadas situações essas concepções podem ser complementares e em outros não, dependendo para tanto, da com preensão que se dá à tensão conteúdo *versus* forma, isto é, bem da vida *versus* forma.

[13] Sobre os diferentes sentidos da palavra "formalismo", cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Op. cit.*.

[14] Vejamos o que a doutrina diz a esse respeito: "A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados". "(...) Depois de longo período caracterizado por preocupações endoprocessuais, volta-se a ciência para os resultados pretendidos pelo direito processual. Trata-se, sem dúvida, de nova visão do fenômeno processual, instrumento cujo utilidade é medida em função dos benefícios que possa trazer para o titular de um interesse protegido pelo ordenamento jurídico material" (BEDAQUE, José Roberto Santos. *Direito e Processo – Influência do Direito material sobre o processo*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 14-15).[...]"toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In *Temas de direito processual*. 3ª. S. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3).

[15] Na verdade toda a preocupação com o resultado e seus vetores tangenciam a questão temporal. Pois o tempo é o elemento responsável pela criação de nossas expectativas, que nada mais são que os objetivos que almejamos alcançar. Quando temos por expectativa gerar um debate mais seguro e minucioso sobre as

processuais que levem a uma dilação temporal desnecessária. Por trás disso, entende-se que o tempo, para o processo, é sempre algoz e, portanto, lesivo. Logo, admite-se que o processo dure apenas o tempo aquilo seja realmente necessário.

Em outras palavras, o processo desempenha um papel secundário[16], pois o objetivo da intervenção do Judiciário é assegurar a efetividade do direito material, no caso, direito fundamental, *sub judice*. Esta concepção é aquela que autoriza a aplicação da norma processual de forma, relativamente, flexibilizada, em prol da "entrega de uma prestação jurisdicional" que viabilize o mais rápido possível o respeito ao direito questionado. Assim, o processo só deve ser usado, em tempo adequado, a serviço do Estado Democrático de Direito.

b) A concepção procedimentalista

Nesta concepção, alojamos aqueles discursos processuais que objetivam estabelecer um modelo ideal de processo, voltado para a construção de procedimentos que assegurem o respeito às regras do jogo, derivando-se daí diversas garantias processuais que são vistas como direitos fundamentais em si[17]. Propõe-se a idéia de um processo justo que decorre da aplicação do *devido processo legal* – que é seu referencial emblemático.

> [...] como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se e desenvolver-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais

---

questões em pauta, realizamos nosso tempo na forma responsável pela segurança. O objetivo é a forma, e por isso nosso resultado é tempestivo. Entretanto quando, os fundamentos suficientes para a legitimidade, nas palavras de Perelman e Tyteca, o *habitus*, nas palavras de Bourdieu, se focalizam a uma nova expectativa, que não é formal, e sim de efetivação material, o tempo torna-se agora instrumento para implementar esta expectativa, relegando a um aspecto secundário desperdiçar esforços no tempo com outras questões, dentre elas a forma.

[16] Dessa forma, o processo reveste de certa acessoriedade, como se infere: "O processo, como instrumento, tem por fim realizar os direitos e eliminar os conflitos. O processo que não chega a produzir os seus efeitos normais não só não permite à jurisdição realizar os seus objetivos como, também, gera angústia e decepção àqueles que buscam a tutela jurisdicional. O processo, em outras palavras, é instrumento que apenas tem valor quando serve ao direito material e aos aspectos da jurisdição" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit*, p. 64-65).

[17] Como tal os direitos processuais ostentam uma dimensão objetivo-institucional pois garantem posições jurídicas subjetivas que se colocam como direitos de defesa perante o Poder Público e funcionam, nos dizeres de Canotilho, "como princípios jurídicos objetivos para a conformação da organização dos tribunais e do processo judicial" (CANOTILHO, J.J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, 1990, p. 192).

> propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo[18].

Nesse sentido, os vetores que informam essa concepção estão diretamente relacionados à idéia de segurança jurídica, com regramento previamente ajustado, de conhecimento das partes e que se concretize na noção de garantias constitucionais processuais. Essas garantias se polarizam com dois grandes núcleos de proteção interligados: a igualdade processual e o respeito ao contraditório.

A igualdade processual repercute no processo em diversos desdobramentos. Dela deriva a igualdade de acesso aos tribunais e de tratamento pressupondo, respectivamente, a inafastabilidade da prestação jurisdicional e o recebimento, pelas partes, de uma mesma valoração pelo julgador – o que implica na imparcialidade do órgão. De igual sorte, dela decorrem a chamada paridade de armas, bem como todas aquelas regras processuais que asseguram a figura do juiz natural e do exercício do próprio direito de defesa e do contraditório.

O respeito ao contraditório se traduz no direito de colaboração das partes com o órgão judicial e prévia discussão pelas partes da matéria objeto do litígio, resultando daí o direito do jurisdicionado a ver seus argumentos enfrentados e correlato dever do juiz de fundamentar suas decisões.

Por outro lado, a concepção procedimentalista também sugere uma maior valorização da forma, que é percebida com um elemento com contornos de garantia. Apresenta-se o formalismo como elemento de limitação da vontade das partes, e portanto, redutor do arbítrio.

> O formalismo processual controla, por outro lado, os eventuais excessos de uma parte em face da outra, atuando, por conseguinte, como poderoso fator de igualação (pelo menos formal) dos contendores entre si.
> O fenômeno oferece duas facetas: no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; no plano do fato, ou seja, do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício

[18] GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo*: O Processo Justo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 21 de maio de 2005.

> de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro[19].

Portanto, a pretensão de legitimidade da prestação jurisdicional fica vinculada ao modo pelo qual ocorre a aplicação das regras processuais e o manejo de suas formas que dê conta do escopo constitucional acima declinado e que, por conseqüência, se traduzirá em "justiça".

3. O PROCESSO COMO ESTRATÉGIA DE PODER : UMA PROPOSTA DE PAUTA DE ANÁLISE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No segundo passo de nossa pesquisa partiremos das vertentes finalista e procedimentalista a fim de que possamos traçar uma pauta para a análise de casos em concreto, e verificar se, ao proferir sua decisão, o Supremo Tribunal Federal aproxima-se das concepções abordadas.

Essa pauta é proposta a partir dos vetores acima apontados: forma de interpretação adequada; preocupação com o resultado; duração razoável; igualdade de tratamento das partes e respeito ao contraditório. Se verificados nos casos sob análise, sugerem a utilização do processo, enquanto instrumento de legitimação da atuação da Corte, quer numa vertente finalista ou procedimentalista. E como tal, o processo é estratégia de poder voltada para um projeto de permanência.

Entendemos que uma melhor compreensão do processo, necessariamente, deve enfrentar e desvelar os mecanismos de poder que se estruturam nas formas processuais. O processo passa a ser considerado também como elemento integrante do jogo de poder que permeia as relações travadas em sociedades definidas a partir da jurisdição. E, portanto, é ele próprio uma estratégia de poder a ser descoberta a serviço da legitimação do juiz constitucional.

Assim propõe-se a identificação, nas decisões, de alguns elementos que devem ser observados no processo, a fim de habilitá-lo como instrumento legítimo da prestação jurisdicional, e em especial, em sede de jurisdição constitucional. Logo, é a

[19] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXX.

aplicação dessa pauta, que ao final, demonstrará se o exercício da jurisdição pelo STF, nas decisões que versam sobre os direitos fundamentais, é aceito como não arbitrário.

4. O MANDADO DE SEGURANÇA NO N. º 24.405-4 E A ESTRATÉGIA DA CORTE

Passamos a analisar um caso em concreto, escolhido aleatoriamente, para fins de "testar" as possibilidades da pauta de análise ora proposta.

4.1. Dados gerais do caso

Processo: MS (Mandado de Segurança) n. º 24.405-4, Ministro relator: Carlos Velloso, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Decisão: por maioria, Resultado do julgamento: Deferida a segurança e declarada "*incidenter tantum*", a inconstitucionalidade da expressão constante do §1º do art. 55 da Lei Orgânica do TCU, Lei n. 8.443, de 16.07.1992, "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia", e ao contido no disposto no Regimento Interno do TCU, que quanto à autoria da denúncia, estabelece que será mantido o sigilo, Data do julgamento: 03/12/2003, Data da publicação: DJ 23.04.2004, Pólo ativo: Euclides Duncan Janot de Matos, Pólo passivo: Presidente do Tribunal de Contas da União.

4.2. **Sinopse do caso com a dedução das teses apresentadas**

Trata-se de mandado de segurança, impetrado contra ato do presidente do Tribunal de Contas da União que, no processo administrativo TC-002369/2001-8, negou pedido de fornecimento da identificação completa do denunciante no feito mencionado.

O impetrante constrói a defesa de seu direito com base nos seguintes fatos argumentos:

1. o TCU, ao final das investigações em processo administrativo sobre possíveis irregularidades cometidas pelo impetrante, entendeu ser improcedente a investigação, publicando a decisão no diário oficial;
2. em vista da improcedência da investigação, restou configurada a violação sua imagem, hora objetiva e subjetiva do impetrante, pois nada ficou provado contra sua pessoa;

3. foi indeferido requerimento para que fosse divulgada a autoria completa da denúncia, a fim de possibilitar o ingresso em juízo para buscar a reparação civil dos supostos danos causados a honra e imagem, o que foi negado pelo TCU – o que violaria o direito estabelecido no art. 5º, V da CF (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem).

A autoridade contestada apresentou a defesa de seus atos, com base nos seguintes fatos e argumentos:

1. Em preliminar, requereu a extinção do processo sem julgamento do mérito com fulcro no art. 267, VI do CPC c/c art. 8º da Lei n° 1532/51, pela falta de comprovação de ofensa aos direitos invocados pelo impetrante, inexistindo, portanto, direito líquido e certo;
2. No mérito, alegou não se tratar de questão vinculada ao anonimato, pois a denúncia foi identificada, sendo apenas preservada sua autoria, conforme autoriza o art. 55 da Lei n 8.443/92, até a decisão final sobre a matéria;
3. as determinações do TCU não atingiram a imagem, honra ou a moral do impetrante, vez que apenas houve a apuração de fatos inerentes a seus atos de gestão, no exercício do cargo de Diretor do DPC, não sendo atingida a pessoa do impetrante;
4. não há que se falar em obtenção de informações de interesse particular, porquanto a própria Constituição Federal, em seu art. 5 º XXXIIII, ressalva hipóteses em que o sigilo deve ser resguardado.

4.4. Posicionamento dos ministros

4.4.1 Ministro Carlos Velloso

Mostrou-se contrário à possibilidade de o Poder Público deixar de fornecer ao denunciado o nome do denunciante, tendo em vista que a proteção do denunciante pelo sigilo redundaria no que chama de “denuncismo irresponsável”, que se constitui comportamento torpe. Adota o posicionamento segundo o qual aquele que, irresponsavelmente, formula denúncia contra alguém, deve responsabilizar-se pelo seu ato, respondendo, na justiça, pelos danos causados à honra subjetiva e objetiva do denunciado.

A proteção conferida pela lei ao denunciante impediria a apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça ao direito do denunciado, fato que, via de conseqüência, implicaria na ofensa à Constituição Federal, de forma indireta, exclusivamente ao art. 5°, V e X e principalmente ao inciso XXXV do mesmo art.5° que tem como objeto o Princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

4.4.2 Ministro Marco Aurélio

Afirma que a lei não autoriza o anonimato, sendo este um ato de irresponsabilidade. Concorda com o relator no seu voto, todavia dele se afasta na fundamentação, justificando a não proteção do anonimato com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da publicidade dos atos da Administração Pública. ressalvando que aquele é fundamento da República e este, preserva o sigilo, apenas, quando diz respeito à atividade profissional

4.4.3 Ministro Carlos Britto

Posicionou-se contra o voto e fundamentos do Ministro relator, Carlos Velloso. Analisou o anonimato como categoria jurídica proibida no ordenamento jurídico, no que tange à manifestação do pensamento, ou seja, num plano intelectual. Como exemplificado em seu voto, entende que o anonimato é proibido quando alguém vem a público tecer considerações que correspondam a uma "cosmovisão" ou "mundividência", isto é, ao modo peculiar de ver a vida, os fatos, as pessoas, as idéias. Entende que esse anonimato - que é proibido - não tem nada a ver com o do servidor público, pois, se assim fosse, o ato de revelar a identificação do denunciante inibiria a cidadania e a participação na vida pública. Ressaltou, nesse sentido, a necessidade de manutenção do sigilo porque o cidadão, no caso, identificou-se, atendendo ao requisito do art. 144 da Lei n° 8.112, no momento em que apresentou a denúncia, por escrito, sendo, a seu ver, o suficiente.

4.4.4 Ministro Cezar Peluso

Posicionou-se no sentido de não haver anonimato no caso. Entende que o sigilo se justifica até determinado momento do procedimento administrativo, sendo certo que terminado o procedimento e revelada a má-fé do denunciante, entende o Ministro Cezar Peluso, ser desnecessária a sua manutenção. Declarou-se contrário ao sigilo, pois, nesse caso, admiti-lo seria proclamar-lhe a absoluta irresponsabilidade civil e penal, ao não

permitir fosse identificado pelo ofendido. Refutou o fundamento do Ministro Carlos Ayres Britto, afirmando não se tratar de limitação ao exercício da cidadania, mas sim uma mutilação de um cidadão, tendo em vista que lhe estaria sendo subtraída a possibilidade constitucional de reclamar indenização por ofensa à sua imagem e à sua honra. Assim, acompanhou o voto do Ministro relator.

4.4.5 Ministro Gilmar Mendes

Entende que o exercício da cidadania supõe responsabilidade. Atribui à responsabilidade uma conseqüência a ser suportada por todos os cidadãos pelos atos praticados. Cita e defende a idéia da dignidade humana por considerar que o homem não pode ser transformado em objeto do Estado. Defende, também, a idéia de que as normas de organização de procedimento devem permitir que se façam as amplas investigações. Contudo, as eventuais denúncias infundadas não merecem obter proteção pelo sigilo e, quem as fizer, deve suportar as responsabilidades a elas atinentes. Ao final, acompanhou o voto do Ministro relator.

4.4.6 Ministra Ellen Gracie

Afirma que de nada valeria a Constituição Federal – que resguarda a proteção à imagem e à honra dos cidadãos - se o próprio Supremo, guardião da Carta Magna, recusasse ao impetrante o direito de fazer valer o respeito à sua integridade moral,. Posiciona-se contra a denúncia anônima alegando que esta categoria jurídica se dava em tempos de Inquisição, o que foi superado pela civilização ocidental. Destarte, acompanha o voto do Ministro relator.

4.4.7 Ministro Nelson Jobim

Acompanha a posição do Ministro relator, direcionando seu voto para a concessão da segurança. Demonstra preocupação com as conseqüências da decisão, tendo, dessa forma, uma postura pragmática quando afirma “não tenho dúvida de que essa decisão vai descambar para as denúncias anônimas”.

4.4.8 Ministro Sepúlveda Pertence

Declarou-se contra o sigilo por entender que a admissão deste seria contrariar princípios fundamentais da Constituição como, por exemplo, o da dignidade da pessoa

humana, já citada pelo Ministro Marco Aurélio e o instrumental do direito de ação. Dessa forma, acompanha o voto do Ministro relator.

4.4.9 Ministro Maurício Corrêa

Entende que uma denúncia grave como a que fora feita no caso não deve "esconder" o denunciante através da imunidade conferida pela lei, bem como que tal anonimato fere todos os princípios constitucionais, impossibilitando à vítima da denúncia o direito de obter o ressarcimento pelos danos que lhe tenham sido causados. Sustenta outrossim, que quem materializa esse tipo de denúncia, deve se expor para arcar com eventuais responsabilidades resultantes de seu ato.

4.5. Ementa do acórdão

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DENÚNCIA. ANONIMATO. LEI 8.443, DE 1992. LEI 8112/90, ART. 144. C.F., ART. 5º, IV,V,X, XXXIII E XXXV. I. – A Lei 8.443, de 1992, estabelece que qualquer cidadão, partido político ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o TCU. A apuração será em caráter sigiloso, até decisão definitiva sobre a matéria. Decidindo, o tribunal manterá ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia (δ1º do art. 55). Estabeleceu o TCU, então, no seu Regimento Interno, que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo: inconstitucional diante do disposto no art. 5º, inciso V, X, XXXIII e XXXV, da Constituição Federal. II Mandado de Segurança deferido"

4.6. Descrição das estratégias de poder usadas pelo STF: a escolha dos argumentos que seriam apreciados pela Corte

É interessante observar a dinâmica seletiva dos argumentos/teses a serem enfrentadas pela Corte e preocupação em afastar-se um futuro dever de coerência sobre a matéria decidida.

Não foi apreciado o argumento do impetrado no sentido da inexistência de direito líquido e certo, vez que este não comprovou a ocorrência de ofensa aos direitos que

invocou. Em nenhum dos votos proferidos a questão foi refutada ou analisada, optando a Corte por apreciar o mérito da causa diretamente, isto é a problemática do anonimato/sigilo/denúncia. Ora, o argumento desconsiderado é de natureza estritamente processual, cujo acolhimento inviabilizaria a via processual escolhida pelo autor, ensejando a mera extinção do processo, sem julgamento de mérito. Aliás, esse é um grandes obstáculos à utilização do mandado de segurança, e a doutrina pátria tem se debruçado sobre ele com bastante intensidade sobre essa questão[20].

Nessa ótica, constata-se certo descuido com o rigor processual, o que pode ser traduzido em uma flexibilização da forma do mandado de segurança. Essa flexibilização, por carecer de fundamentação racional explícita, admite inclusive uma leitura de um atuar "voluntarioso" da Corte, vez que a mesma "quis" apreciar a questão de mérito.

A ementa da decisão colegiada, nos termos em que foi redigido, mais se parece com uma tutela específica de inconstitucionalidade e não com uma decisão, proferida em sede de mandado de segurança, onde se busca o amparo judicial com o fim de reparar uma lesão causada, por ato administrativo, a direito da parte requerente. O ato administrativo é o alvo da jurisdição, tanto que o mandado de segurança é uma das formas de controle da Administração Pública.

Observe-se que a Corte se contenta em "deferir a segurança" (exigindo do leitor que se dirija a outras peças processuais para a compressão da tutela deferida à parte), mas explicita as expressões dos dispositivos de lei, ora declarados inconstitucionais (não havendo sequer para o leitor a necessidade de buscar em outra fonte os textos impugnados)[21].

Porém, percebe-se uma clara preocupação da Corte, com a possibilidade de que o entendimento vitorioso (que renega o sigilo da fonte denunciante) seja invocado, posteriormente, em casos análogos. Pelo menos, em dois votos, é explicitada a preocupação em deixar evidente que o entendimento da Corte só se aplica ao caso decidido - embora não sustentado racionalmente o posicionamento abraçado. Num primeiro plano,

[20] Cf. PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3ª.ed. São Paulo: Renovar, 1998.

[21] Nesse sentido, vota o Relator: "Assim posta a questão, tenho como ofensiva à Constituição, art. 5, incisos V, X, XXXIII e XXXV, a expressão, constante do § 12 do art. 55 da Lei 8.443, de 16.7.92, "manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia" e ao contido no disposto no Regimento Interno do TCU, que estabelece que, quanto à autoria da denúncia, será mantido o sigilo.

tratando-se de controle na modalidade difusa, de fato, os limites subjetivos da decisão se encerram nas partes litigantes. Porém, a Corte não desconhece da "autoridade" de seus pronunciamentos e busca estabelecer o que pode ser ou não invocado posteriormente como "jurisprudência" a ser observada – afasta-se , assim, o dever de coerência em decisões posteriores análogas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA APLICAÇÃO DO PROCESSO SOB INSPIRAÇÃO DA CONCEPÇÃO FINALISTA

É interessante observar que a Corte não enfrentou o debate técnico- processual suscitado. Não foi apreciado o argumento do TCU no sentido da inexistência de direito líquido e certo, vez que este não comprovou a ocorrência de ofensa aos direitos que invocou. Em nenhum dos votos proferidos essa questão (que abre a possibilidade de o debate se enverede por questões formais) foi refutada ou analisada, optando a Corte por apreciar o mérito da causa diretamente.

Percebe-se no caso, uma certa dificuldade da Corte em se ver como órgão "ordinário" judicante, já que sua competência aqui não é recursal. Tal situação remete ao debate sobre o papel do Supremo Tribunal Federal e ainda sobre o feixe de competências que lhe deve ser atribuído, em decorrência da definição desse papel. Não se percebe um zelo com o rigor da técnica processual. O que ressalta a evidente vontade da Corte em conhecer do caso, para julgá-lo em seu mérito e deferir o amparo pretendido – cuja conseqüência é a impossibilidade de manter-se o sigilo nas denúncias feitas ao TCU . As questões da técnica processual foram ignoradas e cederam espaço para a defesa do direito apontado como violado, embora sem a pretensão de "fazer precedente".

Daí se sugere que, no presente caso, a Corte adotou uma concepção finalista do processo, para aquelas circunstâncias consideradas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMORIM, Maria Stella de; KANT DE LIMA, Roberto; MENDES, Regina Lúcia Teixeira. (Orgs). *Ensaios sobre a igualdade jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005

Declaro, em conseqüência, a inconstitucionalidade de tais dispositivos e, em conseqüência, defiro o mandado de segurança".

_____., BURGOS, Marcelo Baumann. (Orgs.). *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica*: escorço de sua configuração e identidade, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. A garantia do contraditório e seu conteúdo. *Âmbito Jurídico*, n.3, mar. 2001. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dpc0016.htm>.Acesso em:28 nov.2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Efetividade do Processo de Conhecimento. *Revista de Processo*, n. 74, 126-137, abr.-jun. 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. In *Temas de direito processual*. 3ª. S. São Paulo: Saraiva

BERMUDES, Sergio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional nº 45:* observações aos artigos da Constituição Federal alterados pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. 6.ed. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico.* Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

____. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: EDUSP,1992.

____. *Questões de Sociologia* . Lisboa : Fim de Século, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVI, 1990, p. 165 e ss.

_____. *Direito Constitucional.* Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis.* 2.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO JUNIOR, Sérgio. O Processo Justo e a Constituição de 1988: Breve reflexão sobre a cláusula do Devido Processo Legal. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (orgs.). *Direito Processual e Direitos Fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e "giusto processo" (modelli a confronto).* Revista de Processo, n. 90. São Paulo: RT, abr./jun. 1998, pp. 95-150.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. A garantia do processo sem dilações indevidas. In _____.(coord.) *Garantias constitucionais do processo civil* – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo:RT, 1999

DUARTE, Fernanda et al. *Os direitos à honra e à imagem pelo Supremo Tribunal Federal* – Laboratório de Análise Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI. Luigi. El derecho como sistema de garantías. In: *Derechos y garantías*: la ley del más débil, 2. ed. Madrid: Trotta, 2001.

GRECO, Leonardo. *Falência do sistema de recursos*. Revista Dialética de Direito Processual, n. 1. São Paulo: Dialética, abr. 2002.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo*: O Processo Justo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 21 de maio de 2005.

GRECO, Leonardo. *Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 21 de maio de 2005.

KANT DE LIMA, Roberto. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 18, 2004, p. 49-59.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado constitucional*. *Jus Navegandi*. Disponível em:<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>. Acesso em: 04 abr. 2005.

_____. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência.* Porto Alegre, Fabris, 1994.

MORELLO, Augusto Mário. Avances procesales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: *Temas de Direito Processual* - sexta série. São Paulo, Saraiva, 1997.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*, 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*, 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____.*O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em:< http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo22.htm >.Acesso em: 29 nov.2005.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3ª.ed. São Paulo: Renovar, 1998.

PERÉZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos , estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Judiciário e política: uma abordagem em sociologia do direito. In: *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, Porto Alegre: UNISINOS.n. 97, vol. 36, mai/ago 2003, p. 93-123.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como estratégia de Poder*: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIMONASSI, Mauro. *Os desafios legislativos da efetividade na tutela executiva cível: uma análise do Código de Processo de Civil*, 2005 (Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade Gama Filho).

SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988* . Rio de Janeiro: Forense, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

A VIOLÊNCIA ORIGINÁRIA NA TEORIA DE *JUSTIÇA COMO EQÜIDADE:* UMA CRÍTICA A PARTIR DE JACQUES

Julia Sichieri Moura*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise da teoria rawlsiana a partir da filosofia de Jacques Derrida. Neste sentido, o ponto de partida do presente estudo é a concepção de justiça proposta por Jacques Derrida e seu texto *Força de Lei: o fundamento mítico da autoridade.* Assim, a partir do entendimento deste autor de justiça como *aporia,* o presente artigo pretende demonstrar a possibilidade da teoria de *justiça como eqüidade* de John Rawls estar embasada em um ato originário de violência.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTIÇA COMO EQÜIDADE, VIOLÊNCIA, LEGITIMIDADE, *APORIA*, DESCONSTRUÇÃO.

ABSTRACT

The paper aims at analysing John Rawls´s theory of *justice as fairness* based on Jacques Derrida´s understaing of justice. This study is founded on Derrida´s text *Force of Law: the mystical foundation of authority.* In this work, Jacques Derrida presents his conception of justice as an *aporia.*Such a conception of justice is what permits the understanding or Rawls´s theory of justice as a theory that is based on an orginal act of violence.

KEYWORDS: JUSTICE AS FAIRNESS, VIOLENCE, LEGITIMACY, *APORIA*, DECONSTRUCTION..

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a obra *Uma Teoria de Justiça* de John Rawls transformou de forma paradigmática a teoria política nas décadas de 70 e 80. Pode-se afirmar, ainda, que se estabeleceu a partir da obra deste autor o campo no qual se daria o confronto entre liberais e comunitaristas. Ambos, contudo, partiram do pensamento de Rawls e por este

* Bacharel em Filosofia e Mestranda em Filosofia do Direito (UFSC).

motivo diz-se que este não só definiu como também continua definindo a pauta do debate político-filosófico. Rawls não desconsiderou as críticas à sua obra, ao contrário, trata-se de um autor que dialogou com muitos de seus críticos e acabou modificando sua teoria partindo das considerações de alguns destes.

Em 1993 Rawls publica a obra *O Liberalismo Político*[1]. Buscando responder aos seus críticos, Rawls reformula a teoria de *justiça como eqüidade* de tal forma que muitos dos "rawlsianos" defendem o "primeiro Rawls" e consideram os novos caminhos trilhados pelo autor como equivocados[2].

A obra *Uma Teoria de Justiça* legitima-se na concepção rawlsiana de *justiça como eqüidade.* Este mesmo termo continua a acompanhar o pensamento do autor norte-americano em seus artigos e reformulações ao projeto inicial. Ou seja, o *Liberalismo Político* também pode ser denominado de uma concepção de *justiça como eqüidade,* mesmo tendo sofrido uma modificação no que tange aos seus pressupostos. Ou seja, a forma através da qual Rawls legitimou sua teoria também mudou para se adequar às transformações conceituais efetuadas.

Um dos principais objetivos do autor torna-se estabelecer uma concepção mínima de justiça, capaz de ser endossada por todos. No entanto, a possibilidade de se subscrever à concepção mínima de justiça proposta por Rawls deriva de pressupostos tais como a razoabilidade no exercício da razão teórica. É justamente tal concepção mínima que apontará para o problema em questão no presente texto, isto é: John Rawls é capaz de estabelecer uma teoria de justiça que não esteja fundada em um ato de violência primordial? Ou seja, a discussão se pautará no questionamento acerca de uma violência fundante presente nos pressupostos estabelecidos pelo autor norte-americano para a realização de sua concepção de justiça.

Jacques Derrida demonstra em diversos textos sua preocupação no que tange às questões de direito e de justiça. O filósofo argelino abordará igualmente a questão da legitimidade, especialmente a partir de seus questionamentos no texto *Força de Lei: fundamento místico da autoridade,* no qual ele se pergunta se é possível fazer a distinção entre uma violência legítima (coerção) e uma violência ilegítima. Neste texto Derrida busca responder como é possível a distinção entre força da lei ("força de lei") e a violência que se julga sempre injusta.

---

[1] Trata-se de um texto que, majoritariamente, sistematizou artigos publicados por Rawls na década de 80, através dos quais Rawls efetuou uma "auto-crítica", modificando os problemas de sua teoria.

[2] Brian Barry, por exemplo, defendeu a teoria rawlsiana e rejeitou os caminhos tomados pelo "segundo Rawls".

Ainda em *Força de Lei*, Derrida mostra que a pesquisa de caráter desconstrutivista é um questionamento sobre os fundamentos, mas não é em si fundamentalista nem anti-fundamentalista. Tal fato ratifica o método desconstrucionista na análise da teoria de Rawls uma vez que, conforme já foi estabelecido, a pesquisa que será efetuada abordará os próprios fundamentos que Rawls formula para viabilizar sua teoria.

Deste modo, a hipótese deste trabalho é a de que o "ato fundador" da teoria rawlsiana (no caso a posição original ou, posteriormente, o consenso sobreposto) não tem como característica o fato de ser justo (e neutro), sendo marcado por uma violência originária. Apropriando-se do pensamento de Derrida pode-se dizer que tal ato não é justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo. Neste sentido, o que estaria contido na base de tal concepção de justiça é um ato de violência que a institui.

Derrida aponta para a possibilidade de desconstrução como aquilo que é inerente à justiça, esta sendo um não-caminho (uma *aporia)*, uma experiência do impossível. Partindo, então, da concepção derridiana de justiça, percebe-se que a aspiração por uma definição estrita de justiça (tal como Rawls o faz, definido sua concepção como *justiça como* ***eqüidade****)* provoca uma rigidez que inviabiliza o projeto como um todo.

De certo modo, pode-se afirmar que o pensamento de John Rawls provoca um fechamento (exclusão), pois a viabilidade de sua teoria depende de sujeitos racionais e razoáveis, deixando fora dela todos os outros que não se enquadram. Neste sentido, Derrida mostra que justiça tem mais afinidade com a possibilidade de abertura, sendo assim um apelo, um desejo e uma exigência. Esta abertura é necessária porque, para Derrida, uma regra nunca será possível de garantir que uma decisão pautada nela seja justa. Assim, para o autor *não se pode falar* ***diretamente*** *da justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer "isto é justo" e, ainda menos, "eu sou justo", sem trair imediatamente a justiça.*[3]

Apropriando-se do entendimento de Montaigne, que estabelece que a autoridade das leis (o direito) possuem um "fundamento místico"[4], Derrida mostra que as leis não são justas porque são leis, não se obedece a elas por serem justas, mas porque têm autoridade. O único fundamento delas, neste sentido, provém do fato de que nelas

[3] DERRIDA (2007: 17)

[4] Derrida se refere expressamente ao texto *Os ensaios III* (cáp. XIII*)* de Montaigne que afirma o seguinte: "Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade, elas não têm outro[...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve." Cf. Derrida, *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade.* Pág. 21.

acreditamos. Derrida denominará tal atitude frente às leis de um ato de fé. Percebe-se, pela assimilação do pensamento de Montaigne por Derrida, que para este a fundamentação racional da autoridade é uma ficção.

Derrida afirma que faz uma interpretação "ativa"[5] do texto de Montaigne e assevera que a tentativa de se justificar o direito (de se *fazer a lei)* consiste em um

> golpe de força, numa violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma, não é justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação pré-existente, por definição, poderia nem garantir, nem contradizer ou invalidar.[6]

Em outras palavras, para Derrida a origem da autoridade não pode se apoiar senão sobre si mesma. É este motivo que faz com que o direito seja tido como desconstrutível na perspectiva derridiana, isto é, devido ao fato de que se funda (é construído) *sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis.*[7]

Em suma, a presente pesquisa apresenta os seguintes pontos centrais do pensamento de Derrida que possibilitarão uma crítica ao projeto rawlsiano: 1) o próprio método desconstrucionista, que visa questionar os fundamentos, pois este método indica a importância de se pesquisar acerca das condições de possibilidade estabelecidas pelo autor norte-americano para que sua teoria obtenha êxito; 2) a concepção de justiça derridiana (justiça como aporia), que lança um questionamento acerca de uma concepção de justiça restritiva como a de Rawls; e 3) a apresentação de uma fundação mística da autoridade, que se contrapõe à possibilidade de uma fundamentação racional desta, apostando em um apelo à crença e mostrando a necessidade de pensar no que significa *crer.* Portanto, são estes os aspectos centrais do pensamento derridiano que permitem que se pense que a teoria de John Rawls funda-se em uma violência originária.

[5] DERRIDA (2007:25)
[6] DERRIDA (2007: 24)
[7] DERRIDA (2007: 26)

1 DESENVOLVIMENTO

O enfoque do presente artigo é o de acompanhar ao longo da teoria de *justiça como eqüidade* a forma através da qual Rawls propõe a legitimidade de seu projeto. O desdobramento deste caminho mostra-se de fundamental relevância na medida em que se constata que Rawls propõe (a partir de sua obra *Liberalismo Político)* uma concepção meramente política de justiça como forma de abordar a tarefa "prática" da filosofia política.

Convém notar que apesar das mudanças feitas em sua teoria, Rawls continuará a elaborar um princípio da razão que antecede e justifica a lei e a violência. O autor norte-americano buscou uma concepção de justiça unicamente política visando responder uma das maiores inquietações das democracias modernas, isto é: qual a condição de possibilidade para uma sociedade justa e livre em um contexto social que se caracteriza através de conflitos de doutrinas sem perspectiva de serem resolvidos?

Buscando adequar a sua teoria às críticas e à configuração plural de sociedade que se concretizou cada vez mais, Rawls formulou outros conceitos para sustentar sua tese, tais como: racionalidade e razoabilidade, a idéia de razão pública livre, consenso sobreposto, doutrinas abrangentes, entre outros.

Rawls determina que uma concepção meramente política de justiça permite que todos os cidadãos razoáveis a apóiem de forma voluntária sem comprometer ou abandonar as suas próprias crenças. A viabilidade da teoria de Rawls depende do pressuposto de que o poder político não vai se corromper para o benefício de um grupo determinado. Assim para se estabelecer uma sociedade justa e democrática dois quesitos são necessários: que o acordo inicial seja oriundo do *consenso sobreposto* e que todos os cidadãos razoáveis acreditem que o processo político é neutro. Neste caminho ainda, Rawls justificará a legitimidade política de sua teoria tendo como pressuposto uma "base pública de justificação" sendo que tal base pública é composta pelos que postulam doutrinas consideradas razoáveis de acordo com a definição rawlsiana. Neste momento já é possível que se vislumbre quão problemático é o conceito de legitimidade no projeto rawlsiano.

Em outras palavras: se apenas aqueles que postulam doutrinas compreensíveis razoáveis são capazes de obter algum papel político eficaz, porque deveriam os que estão excluídos da esfera do poder político considerar a concepção política de justiça

algo além do que o uso da coação das concepções daqueles que se enquadram no que se denomina de doutrina compreensiva razoável sobre os que não se enquadram[8]?

Considera-se, então, que o maior problema do "segundo Rawls" consiste exatamente no fato de que sua teoria só é operacionalizável em sociedades marcadas pela forte tradição democrática e em condições de uma relativa homogeneidade cultural.

Importa enfatizar que as mudanças efetuadas por Rawls em sua teoria deslocaram o âmbito no qual as discussões acerca de seu projeto se efetuaram. Com o "primeiro Rawls" debateu-se majoritariamente se os princípios formulados por este autor eram os mais justos. Posteriormente, o enfoque se deu na esfera de se buscar saber se - partindo do pressuposto que tais princípios são os mais justos - estes princípios podem ser considerados os mais justos por todos os membros de uma sociedade plural. Tal questionamento não deixa de ser um questionamento essencialmente acerca da legitimidade do projeto rawlsiano.

Ao se enfocar a relação da legitimidade com a justiça vem à tona uma questão que coloca em cheque a própria condição de se propor uma teoria de justiça que seja, de fato, justa. Neste sentido, não é incorreto afirmar que as teorias de cunho universalizador estão em crise, pois as sociedades contemporâneas têm se caracterizado por uma complexidade cada vez maior, tornando cada vez mais distante o sonho dos que apostam apenas na racionalidade[9] como caminho para se chegar a um consenso mínimo acerca das finalidades que determinada sociedade deve perquirir..

Jacques Derrida problematiza estas questões de forma completamente diversa e crítica. Isto porque, para este autor, não só o conceito de justiça tem que ser redefinido como também o próprio conceito de razão, principalmente o princípio da razão quando vinculado ao "princípio de calculabilidade". Derrida se questiona acerca da violência que é legítima e da violência não legítima e afirmará que a legitimação aparece como ficção, que a instituição de um Estado de Direito depende de uma ficção e de um crédito concedido a esta[10].

Em seu texto "*Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*", o filósofo estabelece que o direito tem em sua base a noção de força e para mostrar tal fato ele aponta para o termo *enforceability*. Tal termo em português pode ser definido como

[8]YOUNG (179:1999)
[9] Não é nossa intenção subestimar o papel da racionalidade no comportamento humano e sim apontar para o fato de que este é um dos elementos que compõe a ação humana, não sendo, na maior parte das vezes, o único elemento que determina a forma de agir e o processo decisório.
[10] Cf. ROUDINESCO E DERRIDA (2004: 156)

aplicabilidade, mas a palavra na língua portuguesa não é capaz de demonstrar a força interna ao direito que o termo em inglês comporta. Assim, Derrida destaca que quando se traduz "to enforce the law" para o francês (e o mesmo ocorre com a língua portuguesa) tem-se *"appliquer la loi"* (aplicar-se a lei) e se perde a alusão literal que nos mostra que a lei é sempre uma força autorizada. É por este motivo que na base de todo ordenamento jurídico está contido um ato de violência que o institui.

Derrida percebe, assim, que uma concepção de justiça, quando equiparada a do direito, também se reveste desta força/violência. Para o autor torna-se necessária a separação dos conceitos de justiça e de direito porque quando se reconhece a força intrínseca ao direito (ou seja, aquela que o instituiu) é possível que se reconheça a possibilidade de desconstrução do mesmo (visto que este foi construído). Já a justiça deve ser entendida como *aporia* e não passível de desconstrução.

A justiça para Derrida está sempre vinculada a uma possibilidade de vir a ser. Ou seja, nunca é no presente. O filósofo recusa a identificação do justo com o de direito, pois em sua perspectiva o direito tem sempre como característica a generalidade enquanto que a justiça é marcada pela singularidade. De tal forma, a justiça, em sua tentativa de se colocar como abertura para a singularidade de todas as coisas, deve se assegurar para se diferenciar da violência que esta corre sempre o risco de cometer.

O conceito de legitimidade é problemático exatamente por aproximar a violência da justiça[11]. Neste caminho, dizer que o uso da violência é legítimo é afirmar que este pode ser justificado. Assim, quando se afirma a aplicabilidade de determinada lei, esta condição (de aplicabilidade ou *enforceability)* relaciona-se com uma forma de justiça. Surge, então o questionamento acerca da possibilidade de se conceber uma forma de justiça que não se relacione absolutamente com a lei e que seja independente desta.

Rawls afirmará que o conceito de justiça tem esta característica, pois se trata de um conceito que se fundamenta unicamente a partir da razão e apenas em um segundo momento servirá para justificar as leis e a violência implicada nestas.

Já se demonstrou que legitimidade para Rawls estará sempre vinculada ao consenso sobreposto e à razoabilidade. O que garante para Rawls que o *enforcement* (aplicabilidade) de uma lei em face dos que sustentam doutrinas consideradas "não-razoáveis" se configure como uma coação e não como uma violência é a sua concepção de legitimidade, pois de um lado se tem uma força justa e do outro uma força injusta.

[11] Cf. IEVEN (2006:202)

No entanto, Derrida afirmará que:

> "...a origem da autoridade, a fundação ou o fundamento, a instauração da lei não podem, por definição, apoiar-se finalmente senão sobre elas mesmas, elas mesmas são uma violência sem fundamento[12]"

Tal fato, para Derrida, significa que não há de se falar em justo ou injusto no momento fundador. É por este motivo que o direito pode ser desconstruído, pois para Derrida o direito é composto por *camadas textuais interpretáveis e transformáveis*[13] e tal desconstrução possibilita a necessária transformação do direito. Esta característica do direito, isto é, a de estar sempre passível de ser reelaborado, é vislumbrada por Derrida como uma chance política de progresso histórico. Por este motivo a desconstrução se equivalerá a própria concepção de justiça no pensamento derridiano, pois se trata de instrumento sem o qual o direito é incapaz de se reformular.

Para exemplificar este movimento, cabe destacar os estudos de Derrida acerca das penas de morte, nestes o autor afirma que o fato de a maioria dos Estados-nações, de uma forma ou de outra, estarem pondo fim à pena de morte é um processo de "desconstrução".[14]

O direito será, então, não a justiça e sim um elemento do cálculo e a justiça é o incalculável, ou melhor, ela **exige** que se calcule o incalculável. É neste sentido que Derrida concebe a justiça como uma aporia, pois é um *não-caminho.* [15]

É problemático, na perspectiva derridiana, que a distinção entre o direito e a justiça não seja uma verdadeira distinção (visto que não se trata de uma oposição logicamente regulável), pois o direito pretende exercer-se em nome da justiça e esta exige ser instalada num direito que deve ser posto em ação ("enforced"). Deste modo, o autor insiste em uma irredutibilidade da justiça ao direito.

Para Derrida justiça não se confunde com uma harmonia ou com uma forma de ordem. Por este motivo ele criticará a interpretação de Heidegger na medida em que esta estabelece o pensamento do justo ou da justiça (*Dikê*) como acordo ou ajuntamento. Para Derrida, no cerne da justiça e da experiência do justo o que existe é uma dissociação, uma disjunção infinita[16]. Esta concepção de justiça derridiana parece

[12] DERRIDA (2007: 26)
[13] DERRIDA (2007: 26)
[14] Cf. ROUDINESCO E DERRIDA, (2004: 179)
[15]Cf. ROUDINESCO E DERRIDA, (2004: 179)
[16]Cf. ROUDINESCO E DERRIDA, (2004: 179)

indicar um dissenso, que é constitutivo e não passível de ser excluído, no cerne do conceito de justiça.

Este modo de conceber a justiça expõe a fragilidade de um dos requisitos essenciais da teoria de Rawls, isto é, o fato de que a *justiça como eqüidade* tem como uma de suas condições essenciais o consenso sobreposto.

Conforme se verificou, a teoria rawlsiana depreende sua legitimidade de três conceitos essenciais: da possibilidade do consenso sobreposto, do seu conceito de razoabilidade e da neutralidade. A discussão que se busca efetuar é a de relacionar tal teoria à desconstrução. Esta abordagem justifica-se não somente para apontarmos as idiossincrasias ou a inviabilidade da teoria de John Rawls, pois tanto a filosofia quanto o direito são herdeiros diretos do pensamento rawlsiano e da concepção presente nele da possibilidade de uma concepção meramente política de justiça.

Neste sentido, Derrida nos mostra que ser herdeiro de determinado pensamento é responder por ele. Assim, as palavras deste autor exprimem bem o nosso intuito para com o texto de Rawls:

> "Eis por que a idéia de herança implica não apenas reafirmação e dupla injunção, mas a cada instante, em um contexto diferente, uma filtragem, uma escolha, uma estratégia. Um herdeiro não é apenas aquele que recebe, é alguém que escolhe, e que se empenha em decidir.[....] A afirmação do herdeiro consiste naturalmente na sua interpretação, em escolher[17]"

Logo, apontar os problemas e as questões que a concepção de justiça de John Rawls não consegue resolver pode, conseqüentemente, indicar que a própria noção de uma concepção de justiça **puramente política** é equivocada. Mais que isso, tais problemas apontam para uma falha das concepções democrático-liberais em geral: que o ideal de neutralidade é utópico. Além disso, destaca-se a inviabilidade das teorias liberais se estas continuarem a ter como pré-requisito a "razoabilidade".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Razoabilidade, neutralidade e consenso são os conceitos que fundamentam a legitimidade na teoria de justiça de John Rawls. Fazer a análise destes conceitos à luz da desconstrução é um caminho de se "re-pensar" não só a concepção de justiça de Rawls

[17] ROUDINESCO E DERRIDA (2004:17)

como também o próprio projeto de direito oriundo desta. Sabe-se que Rawls privilegiou as questões de justiça em sua teoria, dando menos ênfase às questões de legitimidade[18]. No entanto, é o conceito de legitimidade que justifica a coerção da lei. Para buscar uma possível violência fundante na teoria de justiça de John Rawls torna-se necessário que se percorra a forma como este legitima sua teoria.

Conforme se destacou, enquanto Rawls busca um consenso, Derrida afirma que não confundirá justiça com harmonia, com proporção e com ordem. Para ele, no cerne da justiça, da experiência do justo, a marca fundamental é a de dissenso, de conflito.

Superficialmente, parece que há pouco que une a teoria de Rawls à de Derrida, no entanto, ambos são fundamentais para compreendermos o direito hoje. Rawls, por ser o principal autor de uma guinada na tradição contratualista como um todo e por ter estabelecido as bases para o liberalismo, tal como este é compreendido atualmente e Derrida por ser uma voz que aponta-nos para a necessidade constante de se questionar os fundamentos sobre os quais trabalhamos. Para Derrida, o lugar mais propício para tal "questionamento desconstrutivo" são as faculdades de direito.

Para o direito, a desconstrução traz uma perspectiva de uma justiça impossível de se realizar no presente, mas que se constitui como uma demanda ética. Além disso, a destruição da justiça (como direito) traz como possibilidade a sua reconstrução no próprio campo do direito. Ou seja, a desconstrução de uma teoria não é um movimento acabado, não incorre em um niilismo e sim promove uma abertura em um algo fechado, abertura esta que possibilita novos entendimentos teóricos e novas construções ideais.

REFERÊNCIAS

1. DERRIDA, Jacques; **Força de Lei: O Fundamento místico da autoridade –** São Paulo, Martins Fontes, 2007.

2._____.**Papel Máquina.**São Paulo, Estação Liberdade, 2004.

3._____. **La faculté de juger.** Paris: Minuit, 1985

5._____.**Spectres of Marx. The state of the debt, the work of the mourning & the new international.** Routledge, New York, 1994

6. IEVEN, Bram; **Legitimacy and Violence: on the relation between Law and Justice according to Rawls and Derrida.** In Evil, Law, and the State, ed. By John Parry. Rodopi: New York / Amsterdam 2006

7. KUKATHAS, Chandras e PETTIT, Philip. **Rawls, *A Theory of Justice* and its critics**. Stanford University Press, 1990

08.NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** New York: Basic Books, 1974

09..OLIVEIRA, Nythamar de. **Rawls.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003

10._____**Rawls, procedimentalismo e contratualismo.** **http://www.geocities.com/nythamar/rawls.http**

11.PARIJS, Philippe van. **O que é uma sociedade justa?** Tradução de Cíntia Ávila Carvalho. São Paulo: Editora Ática, 1997

12.POGGE, Thomas W. **Realizing Rawls.** Cornell University Press, 1989

13.RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Oxford University Press, 1973

14._____ **Uma Teoria de Justiça.** Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria

Rímolli Esteves, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002

15. _____**Justiça e Democracia.** Tradução de Irene A. Paternot, São Paulo: Ed.Martins Fontes, 2002

16.ROUDINESCO, Elisabeth; DERRIDA, Jacques. **De que amanhã...Diálogo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2004.

17. SILVEIRA. Pablo da. **Teoría de la justicia y concepciones del bien: el caso de John Rawls versus Sandel &Co.** Revista Lationoamericana de Filosofia - Vol. XX, Nº1, maio/1994

18. VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos.** São Paulo: Ed UNESP, 2000

19._____**Uma concepção liberal-igualitária de justiça distributiva.** Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol. 14. N° 39, 1999

20.YOUNG, Shaun P. **A Utopian Falacy? Political Power in Rawls.** Journal of Social Philosophy, Vol. 30 No. 1

CONSTRUÇÃO DE UMA EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR

Marcos A. de Oliveira Silva

Érica Maia C. Arruda

RESUMO

Com base na experiência da Comissão *A OAB-RJ vai à Escola*, cujo trabalho consiste em realizar palestras sobre direitos em escolas do ensino médio e fundamental, públicas e particulares, nasce uma proposta de uma formação curricular em Direito para o ensino médio, em cuja construção alguns eixos de debates devem ser considerados. Indicar tais eixos, bem como realizar uma sistematização das abordagens sobre o tema no Brasil, é o objeto fundamental do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO; CIDADANIA; EDUCAÇÃO JURÍDICA; POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT

On basis of the experience of the Commission *The OAB-RJ goes to the school*, whose work consists in to do lectures about Rights in schools of average and basic education, either particular or public, is constructed a proposal of a curricular formation in Rights for the average education, in whose construction some axles of debates must be considered. To indicate such axles and to register a systematization of history of the subject in Brazil are the basics objects of this work.

KEYWORDS: RIGHTS; CITIZENSHIP; LEGAL EDUCATION; PUBLIC POLICIES

INTRODUÇÃO

Tendo por base pesquisas realizadas no âmbito dos programas de Mestrado em Bens Culturais e Projetos Sociais do CPDOC/FGV e de Sociologia e Direito do PPGSD/UFF, numa perspectiva interdisciplinar por convergirem em seus questionamentos e práticas, os

pesquisadores-autores, membros efetivos da Comissão *A OAB/RJ vai à Escola*, utilizaram sua experiência na OAB para realizar seu estudo.

A perspectiva interdisciplinar e que aproxima os dois programas de mestrado é a interseção surgida diante do trabalho desenvolvido pela Comissão *A OAB/RJ vai à Escola*, na sua segunda, terceira e quarta gestão. A pesquisa dará ênfase aos questionamentos que cercam o trabalho desenvolvido pela OAB, especialmente se uma "Educação para a Cidadania" é realmente desenvolvida pela instituição e se tal iniciativa é capaz de se tornar uma política pública de "Educação Jurídica Popular".

A Comissão *A OAB/RJ vai à Escola* segue as funções institucionais idealizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em Portaria de criação da Comissão em âmbito nacional, qual seja, de informar sobre os direitos da cidadania, organização política brasileira e temas correlatos, proporcionando aos jovens uma reflexão para um efetivo agir cidadão. O trabalho desenvolvido pela Ordem dos Advogados do Brasil visa contribuir e ampliar a formação dos jovens com informações substanciais sobre direitos e cidadania. Mas a Comissão *A OAB/RJ vai à Escola* pretende desdobrar o trabalho além dos objetivos regimentais iniciais, transformando as ações dos advogados em algo mais que mera informação aos estudantes, vindo a desenvolver efetivamente uma "Educação para a Cidadania", que possa até mesmo ser transformada em uma política pública de "Educação Jurídica Popular".

A relevância do estudo e prática de uma "Educação para a Cidadania" sustenta-se tanto na premissa de ser a educação um dos instrumentos capazes de evitar as conseqüências negativas da violência e, em especial, do aumento da criminalidade infanto-juvenil, quanto numa perspectiva de apropriação de saberes potencialmente transformadores pelas classes hegemonizadas, saberes esses que, usualmente, ficam restritos às classes hegemônicas. A desigualdade social e a violência tomam conta das mais variadas esferas e classes da sociedade, a cada dia, e há fortes indícios de que a violência e a desigualdade podem afetar profunda e definitivamente a juventude, bem como o próprio desenvolvimento social.

Parte-se da hipótese de que **formar** em conceitos jurídicos, que sejam princípios, direitos e deveres garantidos na Constituição e nas leis contribuirá para fazer nascer um cidadão consciente que incorpore os valores e preceitos legais, e os tenha como ferramenta de construção da justiça social, um cidadão que possa ser agente e não paciente da

realidade social. Nesse sentido, a OAB entende que a escola é um dos locais privilegiado, já que os processos formadores de conhecimento, opiniões e personalidade têm um *locus* privilegiado nesse espaço. Além disso, essa apropriação popular de conteúdos jurídicos – usualmente restrita às classes sociais hegemônicas – poderá ser um elemento a contribuir, não só para uma maior conscientização social, como também para uma reflexão jurídica social, fundada na dinâmica concreta de suas vivências cotidianas e não em objetos meramente teóricos, distantes de tais vivências

O trabalho também é relevante porque visa o fortalecimento de ações educativas fundamentadas nos princípios da ética, convivência democrática, inclusão social e direitos humanos. O objetivo geral do Projeto *A OAB/RJ vai à Escola* é que os princípios de Direito sejam difundidos entre os alunos e a comunidade escolar, com a participação ampla de estudantes, professores, dirigentes escolares e pais.

Cabe destacar que a perspectiva de atuação avança par além do conceito usual de "Educação para a Cidadania", entendida nessa perspectiva como parte integrante – e necessária – de uma formação mais ampla, em Direito. A fundamentação teórica dessa abordagem é construída a partir da contradição colocada pela adoção do paradigma da "Cidadania": ou essa é tratada de forma muito ampliada, confundindo-se com o próprio núcleo mínimo de Direitos a serem estudados, ou fica restrita à sua dimensão usual, tratando então de apenas parte dos conteúdos mínimos jurídicos necessários à vida do indivíduo na sociedade contemporânea, notadamente organizada – como realidade ou projeto – em Estados Democráticos de Direito. Por não confundir "Cidadania" com "Direitos do indivíduo e da coletividade", adotamos a nomenclatura de "Educação em Direito" ou, como usualmente empregamos, "Educação Jurídica Popular" para evitar confusões com uma abordagem acadêmica do estudo.

1. PROJETO *A OAB/RJ VAI À ESCOLA*

Para que seja possível uma melhor compreensão do tema, consideramos importante explicar o funcionamento do Projeto *A OAB/RJ vai à Escola.*

Inspirado na idéia original do Dr. Nelson Alexandre da Silva Filho, foi desenvolvido inicialmente pela Seccional do Estado de São Paulo a partir da proposta da 56ª Subseção[1] da OAB/SP - Osasco. O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na época, Rubens Approbato Machado, adotou o projeto a ser desenvolvido no âmbito das Seccionais, criando a Comissão *A OAB vai à Escola* por intermédio da Portaria nº 09/2001.

O Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado do Rio de Janeiro aprovou a Resolução nº 143, criando a Comissão para implantar, no âmbito da Seccional, o Projeto *A OAB/RJ vai à Escola*, inspirado no Projeto apresentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O Projeto começou a ser desenvolvido no âmbito da Seccional do Estado do Rio de Janeiro em 2001 por intermédio da Comissão *A OAB/RJ vai à Escola*, então presidida pelo Dr. Carlos Alberto Lima de Almeida, com as características e adaptações necessárias do Projeto *A OAB/RJ vai à Escola* à realidade do Estado do Rio de Janeiro. Em 2004 a Comissão passa a ser presidida pelo Dr. Carlos Avelino Cavalcanti Fernandes, com mandato até final de 2006, e o atual presidente é o Dr. Mario Nilton Leopoldo, que iniciou sua gestão em 2007 com mandato até 2009, com a proposta de manter e ampliar os trabalhos da Comissão. A abrangência do Projeto é estadual, atuando também em municipalidades que não têm subseção.

O Projeto *A OAB/RJ vai à Escola*, por determinação da Portaria de criação, tem como objetivo informar e esclarecer os jovens sobre seus direitos da cidadania, e para isso leva através de palestras de uma hora ou uma hora e meia de duração, noções básicas de cidadania, direitos humanos, organização política brasileira, solidariedade e ética para alunos de escolas públicas e privadas tanto do ensino fundamental quanto do ensino médio do Estado do Rio de Janeiro. As palestras objetivam despertar a discussão sobre a cidadania ativa ou participativa.

O Projeto tem como recursos humanos advogados e estagiários de Direito voluntários arregimentados pela Comissão *A OAB/RJ vai à Escola*, e capacitados através do Treinamento de Capacitação. O Treinamento de Capacitação conta com uma equipe interdisciplinar de advogados, assistentes sociais, psicólogos, pedagogos, psicopedagogos,

[1] Seccional é o órgão de representação estadual dos advogados e subseção é o órgão de representação municipal dos advogados.

diretores e professores de instituições de ensino, e consta de preparação prática e teórica do palestrante voluntário. São oferecidos aos advogados-palestrantes subsídios pedagógicos de forma a garantir, no mínimo, a utilização de linguagem simples e direta, compatível à compreensão do alunado, permitindo o acesso ao conhecimento e compreensão das leis que regem a sociedade, preparando-os, desde cedo, para serem cidadãos conscientes de seu papel na sociedade. A comunidade escolar faz a solicitação de atendimento gratuitamente, através de pedidos encaminhados pelos alunos, professores ou diretores. A solicitação ocorre pessoalmente, por contato telefônico ou via e-mail.

A Cartilha da Cidadania é o recurso pedagógico de apoio ao palestrante. A cartilha tem como objetivo atingir as camadas escolares de ensino fundamental e médio, contendo algumas definições e conceitos como cidadania, constituição, direitos e deveres e direitos humanos. Estão sendo elaboradas, por Subcomissões temáticas, cartilhas sobre temas específicos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, Direito de Família, Drogas, Aborto, dentre outras. Considerando a amplitude do assunto, é abordado na primeira palestra, o tema da cidadania, com ênfase nos direitos da cidadania, podendo também ocorrer um segundo momento com palestra de tema específico previamente fornecido pelo Projeto através de um formulário próprio para preenchimento.

A OAB conta com parceiros estratégicos e recursos financeiros para desenvolver o Projeto. O mais antigo e importante parceiro é o SESC-RJ, prestando colaboração financeira e divulgando o trabalho nas áreas de sua abrangência. Também há parceria com instituições de ensino superior, como a UNISUAM (Centro Universitário Augusto Motta), responsável pela publicação do livro "Direito ao alcance de todos[2]", a Secretaria Estadual de Educação do Rio de Janeiro e a Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, as duas últimas parceiras na proposta de elaboração de uma política pública em Educação Jurídica, dentre outras ações.

Desde sua criação, em 2001, o Projeto contribuiu para a formação de aproximadamente 150.000 alunos. No ano de 2004 foram atendidos 12.000 alunos em 327 escolas; em 2005 foram atendidos 12.713 alunos em 147 escolas e, em 2006, foram atendidos, até o mês de

[2] O livro "Direito ao alcance de todos" contém artigos sobre temas jurídicos de interesse geral que foram escritos de forma simples e didática por voluntários do Projeto *A OAB/RJ vai à Escola*, com o objetivo de atingir o público leigo e de facilitar o entendimento das leis; a publicação foi lançada em 10/2006, pela Editora OAB/RJ.

maio, 894 alunos em 6 escolas. No período de 2004 a 2006 a Comissão contou com 120 palestrantes, entre advogados e estudantes de Direito voluntários.

2. CIDADANIA X DIREITO X EDUCAÇÃO

As reflexões das pesquisas passam pela discussão conceitual de cidadania, já que o trabalho desenvolvido pela Ordem dos Advogados do Brasil pretende informar, e até mesmo formar sobre os direitos da cidadania, mas a noção que temos de cidadania hoje não é a mesma de séculos anteriores. A cidadania é também um fenômeno histórico, já que a revolução inglesa no século XVII, as revoluções americana e francesa, o início da revolução industrial e a afirmação do pensamento iluminista, no século XVIII, contribuíram para o processo de transformação do homem comum em cidadão, já que o absolutismo começava a perder força (MONDAINI, 2003:115). Considerar o caráter histórico da cidadania faz compreender que seu sentido varia no tempo e no espaço. Assim, é diferente ser cidadão na Inglaterra, na França e no Brasil. E de acordo com Pacheco, "cada comunidade constrói para si tanto uma representação do que sejam os direitos e deveres dos seus membros quanto às práticas legítimas para seu exercício" (PACHECO, 2001).

Na Inglaterra a cidadania percorreu um caminho que T. H. Marshall (1967) tornou referência. Lá, primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII, depois houve a conquista de direitos políticos, no século XIX, e, por fim, ocorreu a demanda por direitos sociais, no século XX. Essa seria, para Marshall, uma seqüência lógica. A cidadania civil teria respaldado a reivindicação de direitos políticos e estes, uma vez conquistados, possibilitaram as lutas por uma justiça social. Mas, em outros países, o percurso foi diferente, o que indica que não há uma única trajetória possível para a cidadania. O que importa ressaltar é que a luta por direitos se deu dentro de fronteiras geográficas e políticas definidas. Ela se desenvolveu no interior da constituição dos Estados-nação, sendo, portanto, uma "luta política nacional" (CARVALHO, 2005:12).

Dentre os muitos autores que se debruçaram selecionamos José Murilo de Carvalho, Maria Vitória Benevides e Evelina Dagnino. Dagnino (2004), já que chamam a atenção para a emergência de uma nova noção de cidadania a partir de 1980, interna e externamente, advertindo para o perigo de esvaziamento do seu sentido real caso não haja

esclarecimentos suficientes sobre seu conteúdo e sentido. A busca de uma cultura democrática, tal como propõe a autora, somente será alcançada com informações efetivas sobre os direitos da cidadania.

Considerando que a afirmação da cidadania se dá por meio de uma construção histórica, definida por desejos e práticas concretas de luta, sempre em transformação, seu conteúdo e significado são definidos em resposta à dinâmica dos conflitos reais, vividos pela sociedade num determinado momento histórico. Significa, portanto, entendermos que as noções de democracia e de direitos – intrinsecamente ligadas à de cidadania – também se redefinem à medida que novas formas de sociabilidade, com bases mais igualitárias das relações sociais em todos os níveis, vão criando novas demandas, ao mesmo tempo em que ampliam os direitos conquistados – civis, políticos e sociais – e criam novos direitos. Um processo que sinaliza para a necessidade de construção de um aprendizado social que inclui tanto a constituição de sujeitos sociais ativos como a de uma sociedade que abriga e reconhece a diferença e possibilita a emergência de cidadãos excluídos, permitindo saírem de seus lugares definidos socialmente e culturalmente e conquistem o direito de participar efetivamente do sistema (CARVALHO, 2004).

Diante de tais idéias, podemos definir a cidadania como a outorga de direitos por parte do Estado. No Brasil, freqüentemente nos deparamos com afirmações sobre a nossa “falta de cidadania”. Neste caso, cidadania tem outro sentido: é a percepção que a coletividade tem acerca dos direitos, ou seja, o modo como ela pensa e age em relação às leis e aos mecanismos e agentes que garantem o seu cumprimento.

Por isso diz-se que no Brasil temos uma “cidadania passiva”, que indica falta de participação política organizada, fraca percepção e reivindicação de direitos, não cumprimento dos deveres sociais e legais. O que reflete a ausência de uma “cidadania ativa”.

Mas a “passividade” ou a fraca articulação política da maioria da população tem outras causas. Como conclui Bryan S. Turner, citado por Carvalho, possuímos uma cidadania que foi construída “de cima para baixo”. Essa também é a conclusão do próprio José Murilo de Carvalho ao tentar aplicar os conceitos de Turner à nossa realidade. Carvalho explica, utilizando Turner, que as cidadanias construídas “de baixo para cima” seriam aquelas marcadas pela luta por direitos civis e políticos contra o Estado absoluto, como o caso da

França e dos Estados Unidos. Já o movimento “de cima para baixo” caracteriza os países em que o Estado tomou a iniciativa da mudança e “foi incorporando aos poucos os cidadãos, à medida que ia abrindo o guarda-chuva de direitos” (1996: 01).

No caso brasileiro, até 1930, a população não tinha organização política nem interferia nos rumos da nação, e só a partir da Era Vargas, pode-se dizer que o Brasil entrou na sua “Era de Direitos”. Mas o Brasil não seguiu a seqüência descrita por Marshall. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, instituídos por um regime que incorporou certas classes profissionais a um sistema corporativista. Os direitos sociais, neste período, não tinham caráter universal, não valiam para todos. Eram benefícios concedidos apenas para os trabalhadores organizados dentro da estrutura sindical controlada pelo Estado. Os direitos políticos na época eram quase inexistentes e os direitos civis realmente não existiam.

Restabelecida a democracia, entraram em cena os direitos políticos, mas na ditadura militar houve novas restrições a esses direitos, mesmo com o Congresso funcionando e ocorrendo eleições. Os direitos sociais foram mantidos e até ampliados, enquanto os direitos civis eram sistematicamente violados. Finalmente, a grande demanda pelo restabelecimento e a ampliação dos direitos civis se deu na abertura política de 1985. A Constituição de 1988 garantiu muitos direitos civis, que, no entanto, continuam ainda sendo violados e inacessíveis à maioria da população.

Não podemos esquecer que a educação tem um papel fundamental na construção da cidadania, e não podemos esquecer também que foi também um importante instrumento de construção da identidade nacional e da ideologia autoritária durante o Estado Novo e após o Golpe de 64 no Brasil. A evolução da educação no Brasil demonstra a constante preocupação das autoridades e governantes com a formação de valores e sentimentos no educando.

O decreto-lei n° 869/69 estabeleceu a obrigatoriedade da disciplina Educação Moral e Cívica (EMC) no currículo escolar, de todos os ramos e graus de escolaridade. A EMC, como era conhecida, foi concebida por seus idealizadores como uma das prioridades do governo na área educacional. A disciplina de EMC pretendia, como demonstra o anteprojeto de lei de 31 de julho de 1968, “incutir no povo em geral o sentimento de apreço à Pátria, de respeito às instituições, de respeito à família, de obediência à lei, de fidelidade ao trabalho e de integração na comunidade”. Bomeny (1981), ao analisar o programa de

Educação Moral e Cívica na TVE do Maranhão, reconhece na disciplina o objetivo de imposição governamental e das classes dominantes, de valores e princípios repletos de significados político-ideológicos. A meta da Educação Moral e Cívica, tanto nos primórdios da Juventude Brasileira, em 1938, quanto no período pós-1964, era o da manipulação consciente de símbolos nacionais e da própria imagem do povo e do homem brasileiro. A crítica de amplos segmentos da sociedade organizada das metas em questão justificou e fundamentou a exclusão da disciplina na nova lei nacional de educação.

Hoje, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em vigor é a lei n° 9.349/96, conhecida como LDB e promulgada em 20 de dezembro de 1996. O art. 2° da nova lei define como objetivo geral da educação: auto-realização do educando, formação do educando para o trabalho e formação do educando para a cidadania. Estabelece ainda que esses objetivos devam se constituir na preocupação maior da educação formal, nos três níveis de ensino (fundamental, médio e superior). Também inovou a LDB de 1996 ao trazer as diretrizes dos conteúdos curriculares da educação básica, que no art. 27 - I estão dispostos como: a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres do cidadão, de respeito ao bem comum e à ordem democrática. Tais diretrizes representam os rumos que devem ser tomados na organização curricular, e deve-se observar que na atual legislação se fala não só na difusão de valores fundamentais, como na lei n° 5.692/71 - art. 1°; mas também na difusão dos direitos e deveres do cidadão.

Também o art. 35 ao tratar do ensino médio exige que o educando deva ser preparado para o trabalho e cidadania. Souza (1997:60) esclarece que “quanto à cidadania, o currículo terá em vista a cultura histórica, social e política, incluindo o domínio do texto e do significado da Constituição Federal, bem como as práticas de cooperação em grupo, da participação democrática e da capacidade de análise crítica da realidade social”.

Esse retrospecto nos demonstra como a questão foi historicamente abordada no país, centrada principalmente em direitos formais, com metodologias formais e objetivos formais. A falta de delimitação de um conteúdo próprio do que seja a formação “para a cidadania” faz com que tal objeto seja em poucas vezes ampliado e, na maioria das vezes, restrito, segundo a abordagem conceitual adotada. A própria questão da interpretação da constituição, tendo todo aquele que vive a Constituição como seu legítimo intérprete[3], a

[3] HÄBERLE, 1997.

questão é construir em cada um os elementos necessários a efetivação de tal interpretação. Nesse sentido, é importante a formulação sobre a "escola laica tradicional" feita por Mariategui:

> "(...) No da una respuesta a ninguna de las grandes interrogaciones del espíritu. Tiene por objeto la formación de una humanidad laboriosa, mediocre y ovejuna. La educa en el culto de mitos endebles que naufragan en la gran marea contemporánea: la Democracia, el Progreso, la Evolución, etc. (…)"[4]

Podemos destacar ainda que, na formação considerada mínima em outras ciências, não se busca um conteúdo limitado ou difuso. Ninguém estuda "Matemática para o comércio" no ciclo fundamental ou "Física para o motorista" no ensino médio. A lacuna de uma formação mínima na ciência jurídica não pode ser suprida por uma disciplina limitada. Se, como quer Eros Roberto Grau[5], a "função do Direito é a de transformar a luta de classes em um jogo", é necessário um acesso universal às regras de tal jogo e, para isso, um projeto de educação jurídica popular é central.

3. CONSTRUÍNDO UMA EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR

3.1. VIABILIDADE DE UMA POLÍTICA PÚBLICA

A "Educação para a Cidadania" é capaz de se transformar em uma política pública de "Educação Jurídica Popular"? Para responder a esse e outros questionamentos problematizaremos acerca da condição do Estado, e sua efetividade para a construção de políticas públicas. Além disso, somente partindo de uma concepção clara de Estado poderemos identificar os elementos fundamentais do Direito que tal estado produz. As abordagens conflitantes em torno desta questão acabam por construir três eixos de atuação:

a. **Uma posição "moderna"**: usamos a referência gramsciniana[6], considerando o Estado como a síntese dialética entre sociedade política e sociedade civil, capaz de sustentar sua possibilidade de execução de políticas públicas, bem como uma abordagem do Direito estatal que identifica sua posição de importância (com ou sem a centralidade indicada na

[4] MARIATEGUI, 1982, p. 24.
[5] GRAU, 1998.
[6] GRAMSCI, 2000.

teoria habermasiana). Em uma frase: um Estado contemporâneo que é capaz de produzir um Direito efetivo e, igualmente efetivas, políticas públicas;

b. **Uma posição "pós-moderna"**: dentre vários autores, destacamos a posição de Boaventura Souza Santos[7], "o Estado como novíssimo movimento social", que identifica uma retração no campo político do Estado contemporâneo e defende a ocupação deste espaço pela sociedade civil. Nesse eixo, as ações das ONGs, a atuação local, o "Direito achado na rua" e outros exemplos correlatos assumem um papel mais relevante do que as eventuais políticas públicas. Em uma frase: um Estado contemporâneo sem poder de intervenção interna, dada sua retração, nem um controle externo, dada a autonomia do capital internacional, é incapaz de produzir um Direito efetivo ou realizar políticas públicas, o que transfere a atuação para sociedade civil, de modo local e pontual.
c. **Uma posição "neoliberal"**: a tese do "Estado mínimo[8]", defendida por vários autores neoliberais ou liberais. Não cabe ao Estado iniciativas sociais, as políticas públicas devem ser restritas, cabendo à iniciativa privada promover tais políticas, em geral com a intervenção de agências de regulação, de caráter autônomo, no processo.

De tais visões, para a perspectiva das políticas públicas, podemos identificar certa equivalência entre as de itens b e c[9], que fundamentam, por caminhos distintos, a inviabilidade de aplicação de políticas públicas pelo Estado Contemporâneo.

A fragilidade de tais formulações fica demonstrada por uma série de fatos, desde a reação estadunidense aos eventos do dia 11 de setembro, a política de Hugo Chavez na Venezuela ou de Evo Morales na Bolívia, entre vários outros exemplos. A retração ou não do Estado contemporâneo não é um fenômeno político indicativo de uma pós-modernidade, mas uma opção política moderna, de cunho liberal, que ganho espaço em nossos dias. E assim como foi construída, pode ser modificada.

O próprio estado brasileiro, sem que se aprofunde aqui uma análise de sua eficiência, estabeleceu uma série de políticas públicas por ele coordenadas. O mito da falência do Estado contemporâneo não mais se sustenta. A formulação pós-moderna está equivocada[10].

---

[7] SOUZA SANTOS, 2003 e 2006.
[8] LAURELL, 1997 e MORAES, 1999.
[9] Existem profundas diferenças entre a posição de Boaventura Souza Santos e a dos neoliberais. No entanto, existe uma semelhança na análise da falência do Estado contemporâneo, que conduz as duas posições a não validar a existência de políticas públicas, por caminhos distintos.

Resta a questão da oportunidade e eficácia. Se a complexidade da sociedade atual é intensa, em um país como o Brasil, está potencializada. O reconhecimento das diversidades significaria o "fim do universal". Ações sociais só fariam sentido no âmbito local: "Pensar globalmente, agir localmente" devidamente traduzido ao campo social. Novamente parece haver um equívoco, pois a construção de uma identidade nacional, tão fundamental à mundialização[11], não pode ser feita apenas em uma esfera local. Ao revés, necessita do trabalho de construção de valores comuns mais amplos. Portanto, a ação fragmentada e localizada pode ter um resultado imediato, mas em longo prazo, pode levar à desconstrução de uma identidade nacional. As políticas públicas podem e devem, portanto, assumir um duplo papel:

1°. De respeito às especificidades dos grupos sociais e regionais, buscando construir uma agenda de atuação orientada segundo tais especificidades;

2°. Respeito ao caráter social geral, buscando atuar no sentido de fortalecimento de uma identidade coletiva, que vá além das necessidades imediatas dos grupos, fortalecendo e ampliando o espaço público como um espaço de construção coletiva e não como instância de apropriação privada[12].

Com essa abordagem dialética, uma política pública, antes de significar uma ruptura com as necessidades e características locais, pode ser um elemento de associação e superação sintética dessa dicotomia: o geral e o específico, o global e o local articulados no seio de uma ação pública. Esse tipo de atuação, que identifica e trabalha as duas dimensões, pode ser efetivamente transformador das relações sociais, muito desgastadas inclusive pela apropriação privada de espaços públicos.

4.2. ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EM EDUCAÇÃO JURÍDICA POPULAR

A necessidade de construção de uma política pública em Educação Jurídica Popular com base no modelo da Ordem dos Advogados do Brasil, é fundamentada pelo próprio conceito de Estado Democrático de Direito: a cidadania deve ser qualidade fática, não

[10] Embora isso não deva significar a negação completa da crítica pós-moderna, que apresenta uma série de questionamentos que ajudam a problematizar e entender o momento atual.
[11] Termo adotado no sentido de contraponto à globalização econômica. Ver Milton Campos, entre outros.
[12] Nesse debate de colonização do espaço público pelo privado, citamos, dentre outros, BAUMAN, 2001.

meramente formal, e para que seja efetivada é necessária uma formação mínima que tenha por objeto valores político-jurídicos do Estado.

Como exercer a cidadania sem conhecer a estrutura do Estado e os limites e proteções legais ao seu exercício? Nosso passado de políticas elitistas e excludentes, de coronéis e votos[13], pode explicar porque, ao longo de décadas, tal formação não integrou ou integra o currículo de formação escolar em nosso país. Mais do que uma proposta formal, elaborada sem uma visão crítica do Direito e sem metodologias eficazes, é necessário construir tal formação em uma perspectiva multidisciplinar, metodologicamente fundada, de modo a efetivar uma Educação Jurídica Popular[14], que viabilize um novo fluxo de renovação jurídica.

Tal construção deve observar alguns eixos de debate que podem fundamentar e dar qualidade à proposta, sendo momentos significativos em sua elaboração:

I. **Delimitar as concepções de Estado que devem ser fundantes da proposta de educação jurídica:** sem uma referência objetiva de qual modelo de Estado adotamos, a abordagem de conteúdos jurídicos será prejudicada. Cada concepção de Estado está associada a uma determinada interpretação de direito e garantias.
II. **Construir as visões do Direito, articulando tais visões com as diferentes idades dos estudantes:** é importante separar os elementos jurídicos necessários a uma formação do individuo para a vida no Estado Democrático de Direito, essa é uma construção a ser efetivada no campo jurídico. Mas existe também a necessidade de coordenar tais conhecimentos com o desenvolvimento das crianças e adolescentes em idade escolar. Isso implica em que um mesmo conteúdo jurídico possa (e deva) ter diferentes abordagens para diferentes faixas etárias. Estruturar os temas segundo essa orientação é o cerne da elaboração da proposta;
III. **Elaborar novas metodologias que, rompendo com o formato verborrágico, que busquem articular as artes e as vivências conjuntas como meio de privilegiado para o processo educacional:** as abordagens tradicionais de conteúdos jurídicos, tais como: leitura de normas; glossários de termos; conjunto de definições; dentre outros,

[13] Importante destacar a obra "Coronelismo, enxada e voto" de Vitor Nunes Leal para a compreensão de uma fase importante na construção do Estado democrático de Direito no Brasil.

[14] Claro que uma educação jurídica popular não está restrita aos currículos escolares, mas com o grau de universalização dos ensinos fundamental e médio, esse é um vetor da maior importância, merecendo uma atenção mais imediata.

não somente se mostraram ineficientes, como mesmo contra producentes. A abordagem das disciplinas clássicas de Educação Moral e Cívica e/ou Organização Social e Política Brasileira devem ser encaradas como um paradigma negativo a ser superado. Novas abordagens, que incluam a mediação de artes e que permitam aos estudantes vivenciar a temática apresentada e a relacioná-la com sua vida cotidiana deve ser o eixo metodológico de todo projeto, no qual o estudante seja sujeito e não objeto[15].

4.3. EQUIPE MULTIDISCIPLINAR PARA A ELABORAÇÃO DO PROJETO

A natureza do projeto a ser implementado exige uma abordagem multidisciplinar, de modo a que sua metodologia transcenda o meramente formal, tanto no campo do Direito quanto no da Educação. Mas observamos que, além do óbvio diálogo entre disciplinas, é necessária uma mediação entre teoria e prática, não só no campo jurídico como no campo da educação. Por isso a proposta de composição de equipe deve contemplar a abordagem teórica e prática das disciplinas envolvidas.

No caso concreto deve-se buscar uma composição que integre pedagogos e professores (efetivamente lecionando) no campo da Educação com acadêmicos e advogados no campo do Direito. Somente com tais características agregadas poderemos viabilizar uma construção programático-metodológica eficiente e eficaz para um processo de efetiva formação popular em Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existem grandes divergências quanto à necessidade de uma formação jurídica mínima para todo indivíduo na sociedade. No entanto, poucas ações são orientadas para uma formação curricular em nossas escolas, estando focadas em ações localizadas e em conscientizações de Direitos, em especial de Direitos Humanos.

As ações que vêm sendo desenvolvidas pela Comissão "*A OAB/RJ vai à Escola"* foram avaliadas nas pesquisas desenvolvidas no âmbito do CPDOC/FGV-RIO e do PPGSD/UFF

[15] FREIRE, 2005.

como positivas, mas insuficientes para atingir ao objetivo de fazer nascer uma nova postura do brasileiro perante o estado, os governantes e da lei.

A proposta de criação de uma formação curricular em Direito, com uma seleção de temas jurídicos gerais (inclusive os de Direitos Humanos) e com uma metodologia nova, que busque associar tais temas com a vida cotidiana dos alunos é uma necessidade social.

Elaborar tal proposta buscando um equilíbrio entre Direito e Educação, entre Teoria e Prática e, principalmente orientando esse trabalho para a construção de uma disciplina efetivamente formativa e não meramente informativa, são orientações fundamentais para sua efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **A Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BENEVIDES, Maria Vitória. **Educação para a democracia**. Disponível em: http://www.hottopos.com/notand2/educacao_para_a_democracia.htm. Acesso em junho/2006.

BOMENY, Helena M. B. **Paraíso Tropical: a ideologia do civismo na TVE do Maranhão**. Rio de Janeiro: Ed. Achiamé. 1981.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania: tipos e percursos**. Estudos Históricos, Rio de Janeiro: CPDOC, n. 18, 1996.

_____. José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 6 ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2004.

DAGNINO**,** Evelina. **Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania.** Em. DAGNINO, Evelina, Anos 90. Política e Sociedade no Brasil. Brasiliense. São Paulo, 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 40ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere – Vol. 3.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GRUPPI, Luciano. **O conceito de hegemonia em Gramsci.** Rio de Janeiro: Edições Graal, 1978.

_____. **Tudo Começou com Maquiavel.** Porto Alegre: L&PM, 1980.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade.** Volumes I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LAURELL, Asa C. (org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo. 2ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 1997.

MARIATEGUI, Jose Carlos. **Temas de Educación.** 8ª. ed. Lima: Editora Amauta, 1982.

MONDAINI, Marco. **O respeito aos direitos dos indivíduos**. In: PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2003.

MORAES, R.C.C. **Hayek e a teoria política do neoliberalismo econômico.** Campinas: IFCH/Unicamp, textos didáticos, nº 36, abril, 1999. SANTOS, André Luiz Lopes dos. **Ensino Jurídico – Uma abordagem político-educacional.** Campinas: Edicamp, 2002.

PACHECO, Ricardo de Aguiar. "**Cidadania e Identidade social: uma aproximação teórica para o entendimento das representações e práticas políticas**". *MNEME - Revista de Humanidades.* Rio Grande do Norte: UFRN - CERES, v.2, n.3, fev./mar. 2001. Disponível em: http://www.seol.com.br/mneme/ed3/012-p.htm. Acesso em: 21 de abril 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo** in HELLER, Agnes et al. A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

_____. **Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-Modernidade.** 9ª Ed. São Paulo: Cortez Editora, 2003.

_____. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.**

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. **Como entender e aplicar a nova LDB: lei n° 9.394/96.** São Paulo: Ed. Pioneira, 1997.

CONTORNOS POLÍTICOS, INSTITUCIONAIS E EPISTEMOLÓGICOS DA CRISE DO ENSINO JURÍDICO

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho*

RESUMO

O presente artigo discute aspectos sócio-político-culturais e epistemológicos que condicionam a educação jurídica universitária no Brasil. Trata-se, assim, de refletir, numa abordagem preliminar e panorâmica, sobre a capacidade de o ensino jurídico dar conta das transformações da sociedade contemporânea (marcada pela intensa mudança) e das transformações do próprio sistema jurídico, em ligação com os fundamentos epistemológicos que estão na sua base (que tipo de ciência do direito é pressuposta, e qual o papel das outras ciências sociais na formação do jurista). O artigo discute também os condicionantes político-institucionais da crise do ensino jurídico, atentando para o modo como as ciências sociais em geral são historicamente tratadas pelas políticas públicas de desenvolvimento da pesquisa e do ensino superior no Brasil. Propõe, ainda na perspectiva institucional, uma reflexão sobre a relação entre a crise da prestação jurisdicional no Brasil e a crise do ensino jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: CRISE DO ENSINO JURÍDICO; CIÊNCIA DO DIREITO; FACULDADES DE DIREITO.

ABSTRACT

The article talks about the legal education in Brazilian University. It researches its cultural, social and political conditions and its epistemological and institutional framework. How is it connected to social changes of contemporary society? Which conception of science does it reproduce? How has been it considered by research and high education public policies? Is there any relation between the crisis of legal education and the legitimacy crisis of Brazilian judicial system?

KEYWORDS: LEGAL EDUCATION CRISIS; JURISPRUDENCE; FACULTIES OF LAW.

* Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG, com estágio doutoral junto ao Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa e à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (PEE-CAPES). Coordenador do Programa de Pós-Graduação/Mestrado em Direito da UNIPAC. Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete.

INTRODUÇÃO

Há décadas o problema do ensino jurídico, de sua crise e necessária reforma vem instigando as mais brilhantes mentes de nossa cultura jurídica e jurídico-pedagógica, de modo que não é pouco o acúmulo de conhecimento e de debates produzidos em torno da questão, como também são muitas já as experiências para modernizar o Ensino do Direito.

Esforçamo-nos todos em entender o atual Ensino do Direito em nosso país, para podermos vislumbrar a sua crise, o que é uma condição preliminar para refletir sobre a sua reforma.

Gostaríamos de levantar aqui algumas dimensões da crise, e quiçá perceber como elas se relacionam, contribuindo de toda forma para a manutenção ou o agravamento do modelo de ensino jurídico tradicional entre nós.

DESENVOLVIMENTO

1) Ensino jurídico e realidade social

Um primeiro aspecto que salta aos olhos é o descompasso entre a realidade social, cultural e política e o ensino do Direito.

Nota o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., debruçando-se sobre os debates parlamentares (1826) tendentes à instalação dos Cursos de São Paulo e Olinda (ocorrida em 1827),

> uma orientação eminentemente escolástica, de sentido dogmático onde o ensino e devia limitar-se a textos previamente determinados e à exposição e comentários das opiniões dos doutores reconhecidos. (FERRAZ JR, 1979).

E que, apesar da influência do cartesianismo, do empirismo e do ecletismo que então se desenvolviam,

> conservou-se o espírito da escolástica, onde os conhecimentos eram desvinculados da realidade circundante e a lógica visava a preparar o estudante para disputas retóricas e de sentido ornamental. (Idem).

Quanto à realidade circundante, a vida em sociedade mudou muito desde o marco da criação dos Cursos Jurídicos no Brasil: megafenômenos como a industrialização e a urbanização transfiguram-na por completo. Tornou-se mais complexa, compondo-se dos mais variados segmentos titulares de visões do mundo e de interesses muito próprios. E o que se dirá da revolução representada pela velocidade da informação, com advento e popularização da rádio, da televisão, do telefone *etc*. e que agora mais uma vez nos surpreende com a informática? A sociedade contemporânea, a par de ter mudado muito desde então, caracteriza-se ela mesma pela permanente e intensa mudança.

O Estado, particularmente, sofreu também radicais informações. Do modelo liberal no qual o Estado a nada se obrigava senão a abster-se de intervir na vida do indivíduo, passamos ao chamado Estado Social – cuja Constituição declara direitos sociais (sem os quais os direitos individuais não passam de abstração) e o obriga a encargos comissivos em face de um cidadão concretamente precisado de educação, saúde, cultura, meio ambiente saudável *etc*. – que por sua vez já dá lugar à construção do Estado Democrático de Direito, do qual a Constituição de 1988 é a pedra angular, e que constitui o marco do processo de reconstrução paradigmática de todo o sistema jurídico e da ciência do direito brasileiros.

Torna-se, também o Estado muito mais complexo, refletindo o que ocorreu na sociedade. E o ensino jurídico, porventura acompanhou estas mudanças do mundo e do próprio mundo do Direito?

Enquanto as relações em sociedade mudaram e mudam muito, o ensino jurídico continua assentado sobre os mesmos pilares, permanecendo como que congelado. Está a demonstrá-lo a experiência acadêmica e o parecer dos especialistas. Joaquim Falcão entende “a crise como a perpetuação continuada nos dias de hoje, das características fundamentais do modelo de ensino jurídico importado de Portugal para o Brasil em 1827” (1988).

Quais as razões deste descompasso? Será devido à "natureza" conservadora do Direito e em particular dos seus estudiosos, professores e dirigentes universitários? Por que sobrevive o sistema vigente, embora seja repelido pelos alunos e pelos mais argutos especialistas por ser arcaico e ineficaz, e pelo mercado de trabalho por ser incompetente para formar os profissionais de que necessita, fracassando via de regra as experiências isoladas que despontam como alternativas? Uma reflexão preliminar sobre esse problema parece necessária, inclusive para revermos nossas expectativas quanto aos resultados que poderão decorrer de qualquer iniciativa com vistas à sua reforma.

Para Falcão, a ineficiência das críticas e respectivas propostas reformistas deve-se ao caráter superficial com que se analisa a crise. Com uma visão defeituosa porque limitada do problema, que toma seus sintomas por causas e, portanto, não chega a investigá-las, não se podem alcançar propostas que possam de fato levar a soluções. Daí a importância de insistir na continuação, aprofundamento, intensificação e multiplicação dos debates e investigações sobre as causas reais do problema. Tais reflexões devem contar também com profissionais de outras áreas, metodologicamente mais preparados na ciência da economia, da sociedade, da política *etc.*, que, junto aos juristas, podem construir análises que instruirão intervenções mais eficazes e de soluções mais radicais, na rigorosa acepção deste último termo.

Não há como dissociar a crise do ensino jurídico das crises mais amplas da sociedade. Enfrentando o problema, não devemos deixar de tratar das crises do sistema universitário e educacional em geral, nem das crises do Judiciário e do próprio Direito. Não haverá espaço aqui para tanto. Vamos apenas referir-nos a alguns problemas que intuitivamente se nos afiguram como ligados ao que tratamos aqui.

A política universitária governamental "estabelece que o desenvolvimento econômico e social exige o sacrifício das ciências humanas em prol das ciências exatas e da tecnologia" (FALCÃO, 1988, p. 75). Tendo sido estabelecida pelos militares (e sem que haja motivos para pensarmos haver mudado) coaduna-se com o momento tecnocrático que vivemos, cuja pior conseqüência (ou objetivo?) é a "debilitação do repensar crítico das condições sociais e

políticas existentes, principal objetivo histórico das ciências humanas e sociais" (Idem, Ibidem).

2) Educação jurídica e políticas públicas de educação e pesquisa

O sistema público universitário como um todo não tem sido considerado prioridade, haja vista as escassas verbas que se lhe destinam e o seu usual contingenciamento, com direto reflexo sobre o salário dos professores. Se nas áreas tecnológicas isto ocasiona a perda dos profissionais para o setor privado ou para o exterior, nos Cursos Jurídicos presta-se a fortalecer o caráter secundário da atividade docente. É visível, também, o reflexo sobre as condições materiais para o ensino e as vergonhosamente escassas e desatualizadas bibliotecas.

A demanda crescente por vagas na Universidade, a que o Estado não pôde e não pode atender, levou à proliferação das instituições privadas de ensino, poucas delas ostentando padrões razoáveis de qualidade, mas nem por isso deixando de obter licença para seu funcionamento ou tampouco o reconhecimento de seus diplomas.

O precário ensino primário e secundário é também responsável pela crise do ensino jurídico. O não oferecimento de profissionalização técnica, e a não valorização das respectivas profissões, enseja o direcionamento para o sistema universitário não por vocação, mas como caminho exclusivo para uma participação qualificada no mercado de trabalho, o que muitas vezes é uma ilusão.

Ao mesmo tempo, a péssima qualidade do sistema público de educação básica impossibilita o real acesso da clientela menos favorecida, que invariavelmente fica retida pelo vestibular, dificultando que estejam expressos nas Universidades públicas os pontos de vista e demandas de conhecimento das camadas economicamente menos elevadas. Largas camadas populacionais dirigem-se para Instituições em que, não havendo pesquisa nem extensão (e assim não são Universidades na acepção constitucional), não convivem com a reflexão ou

crítica. Sem oportunidade de integrar-se em atividades de pesquisa e extensão, perdem a oportunidade de desenvolver habilidades e atitudes que serão essenciais para o jurista.

Por outro lado, a crise do ensino jurídico tem no obscurantismo e autoritarismo, prevalentes na administração pública brasileira, um instrumento eficaz de reprodução, o que se evidencia principalmente pela falta de democracia e participação na gestão universitária que contribui para o alheamento da classe estudantil do cotidiano de problemas e desafios da Escola, preocupando-se apenas com a aquisição do Diploma, mesmo que por meios fraudulentos Fortalece-se o pacto de cinismo e mediocridade pelo qual finge-se aprender e ensinar. Essa alienação é ainda maior (muitas vezes, é total) em Instituições privadas. Este é um aspecto muito importante da crise do ensino jurídico com impacto direto sobre o tipo de jurista formado. O ensino jurídico é um processo educacional e, como tal, é um processo ético, em que está em jogo, portanto, a formação do caráter e da inteligência das pessoas envolvidas. Este desenvolvimento precisa completar-se num ambiente democrático, marcado pelos valores da tolerância, do respeito à diferença, da participação, do diálogo, da democracia, do pluralismo. Uma escola autoritária tende a formar pessoas autoritárias, e a integração da educação jurídica no contexto da construção do Estado Democrático de Direito exige uma transformação de todas as Faculdades de Direito em espaços democráticos.

A sangrenta repressão política promovida pelo golpe de 1964 asfixiou o movimento popular pelo fechamento dos sindicatos e outras organizações de expressão das oposições e esquerdas, que tiveram no movimento estudantil válvula de escape para manter um mínimo de atuação. Embora a abertura política, o movimento estudantil ainda não tematiza suficientemente os desafios da qualidade do ensino, e assim se mantém incapaz de compreender a crise do Ensino Superior, não contribuindo para sua superação.

3) Educação jurídica e a crise da prestação jurisdicional no Brasil

A crise do ensino jurídico está também acoplada à crise do Judiciário.

A crise do Judiciário causa-se antes de mais nada pelo problema da falta de acesso. É impossível negar que a Justiça pode reclamá-la quem tem alguma condição financeira.

Não se poderia mesmo conceber um ensino jurídico sem um sistema judicial elitista, nem vice-versa. A uma experiência jurídica excludente e elitista deve corresponder, como sua base de sustentação, um sistema de ensino jurídico baseado também na exclusão.

O formalismo que caracteriza o processo judicial, que extrapola aquele necessário à segurança do desenvolvimento da relação processual, coaduna-se com o formalismo reinante em nossos Cursos. Assim como, da mesma maneira, a sacralização de determinados termos e expressões, que não se prestam a suprir exigências técnicas, mas a manterem-se inacessíveis aos "não iniciados", como forma de imposição de um respeito que não se consegue pelo exercício normal e competente da função jurisdicional.

A pugna por um processo instrumental, "de resultados", e ao mesmo tempo legitimado democraticamente e orientado pelo respeito aos direitos fundamentais, deve começar pelas próprias Faculdades de Direito, e não é de pasmar que nelas mesmas já encontre resistência. São necessárias, por exemplo, atividades extensionistas que provoquem no estudante visão da função social do processo e dos objetivos concretos do Judiciário, por colocá-lo em contato com as angústias daqueles a quem o Judiciário não atende.

Direitos Humanos não são respeitados no Brasil. E infelizmente, cresce no senso comum a idéia de que há pessoas a quem se deveria mesmo negá-los. O convívio com tais desrespeitos é banal. E as Faculdades de Direito, quantas há que em seu Currículo enfatizam este problema? E mesmo quando este conteúdo consta do programa de Direito Constitucional, ensina-se o de um modo sobremaneira formal, tão formal quanto o é a sua mera declaração sem a respectiva garantia pelo poderes públicos.

4) Ensino jurídico e ciência do Direito

Podemos perceber também que a estagnação do ensino jurídico guarda coerência com as características fundamentais da ciência do Direito, eis que o paradigma que dá base e limite a uma ciência embasa e limita o respectivo ensino.

Gostaríamos de neste momento referir a dois caracteres básicos: o isolamento do Direito e dogmatismo.

O ensino do Direito como um sistema fechado em si mesmo encontra fundamento nesta concepção de Direito que lhe é subjacente. Uma conseqüência, e a mais angustiante, é o fato de tornar-se um conhecimento ultrapassado, pela desconexão ao dinâmico substrato econômico, social e cultural de que exsurge. Se o Direito não dá resposta às demandas resultantes das novas formas de relacionamento e conflitos sociais (ex: os movimentos de luta pela terra, resultado pelos que querem produzir) que caracterizam a sociedade moderna, numa postura arrogante perante o "resto", o Direito passa a ser considerado inútil, e a sê-lo devidamente, como mecanismo de controle social e de promoção do bem comum.

Mas não é de todo exato que o Direito, direito objetivo, venha ignorando o surgimento das novas ralações que lhe exigem regramento: há novíssimas normas a juridicizar problemas como os das relações massivas de consumo, da proteção do patrimônio cultural e histórico, do meio ambiente, da infância e da adolescência, da circulação de informações, da virtualização das trocas financeiras *etc*., no Brasil e no mundo.

A vivência jurídica está sim a experimentar transformações que são já, na verdade, respostas à sua evidente falta de operacionalidade, ineficiência a qual o Prof. José Eduardo Faria configura ressaltando oito fatores básicos: 1º - o questionamento do princípio *rebus sic standibus* face às contradições e à intensa mudança social; 2º - o rompimento de vários princípios de Direito constitucional já consolidados; 3º - a marginalização jurídica pelo não acesso às instituições de Direito, decorrentes da marginalização social; 4º - a emergência de controles antecipados (BOBBIO), formas de prevenção ao lado de tradicionais formas de repressão, ampliando os níveis e limites do liberalismo jurídico (intervenção estatal no domínio privado); 5º - incapacidade crescente de adaptação de que ao lado do monopólio

da violência legítima do Estado existem poderes difuso, disciplinadores, que escapam à concepção liberal do poder jurídico político; 6º - constatação de novas lutas sociais não previstas nas estruturas das instituições jurídicas, escapando-lhes hipoteticamente (nos códigos e leis); 7º - advento das experiências jurídicas alternativas (informatização das justiça). (FARIA, 1987, p. 20).

Ocorre que, quando o Direito chega a acompanhar a mudança social, o ensino jurídico não acompanha o Direito. Diríamos, assim, que o ensino jurídico em crise padece de uma dupla extemporaneidade.

Este quadro é acompanhado pela exclusão dos valores das nossas investigações e preocupações. Com isto o jurista, quando faz teoria, limita-se à exegese do Direito posto, recusando-lhe a crítica; quando ensina, volta o horizonte dos alunos para o passado, ensinando a pensar a partir de um sistema pronto, supostamente harmônico e continente de todas (e únicas) respostas jurídicas possíveis; e o pior, quando tal jurista aplica o Direito, o faz desresponsabilizando-se pelas conseqüências que de sua prática jurídica podem resultar.

Por este caminho podemos vislumbrar a estreita relação entre o isolamento do Direito, já anotado, e o seu dogmatismo. Segundo José Eduardo Faria, são características imbricadas:

> Esta concepção dogmática se caracteriza pelo caráter bastante abstrato de suas elaborações, categorias e construções – abstração essa que leva não só a um progressivo distanciamento da realidade, mas, igualmente, ao seu próprio abastardamento sob a forma de uma vulgata positivista ingênua e reducionista. (Idem, p. 28)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O isolamento e o dogmatismo jurídicos dão a tônica do Ensino Superior em Direito. Neles fundamentam-se os currículos e conteúdos programáticos (que ademais denunciam como há, também, na mesma intensidade, isolamento entre os ramos do Direito como há entre este e as demais ciências sociais) desligados dos problemas emergentes do mundo social.

Bem como a metodologia predominante: a aula magistral, monologada e maçante, sem possibilidade — por falta de tempo que seja — de debate, por muitas vezes autoritária, limitada a repetir noções superficiais já encontradiças nos manuais e livros rentes aos Códigos.

O Ensino do Direito deve partir do vínculo entre Direito e prática jurídica e os valores maiores da existência humana, chamando a atenção para as conseqüências sociais da incidência jurídica.

É preciso, especialmente, romper com um paradigma científico que afirma que o destino do direito é alheio e independente do modo como ele é conhecido pelo cientista do direito e apropriado pelo jurista. Especialmente, é preciso conscientizar-nos de que a experiência do direito – que tem no seu ensino um momento muito especial – é constitutiva de destino enquanto comunidade. Tornamo-nos o que somos ao viver o direito, e o ensino do direito integra o processo pelo qual o direito se torna o que é.

De certa forma, nosso destino, enquanto comunidade, está em jogo nas Faculdades de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA JR., Edmundo L. de. *Ensino Jurídico e Sociedade. Formação, Trabalho e Ação Social*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1989.

Brasileira e Perspectiva do Ensino Jurídico. In-Revista Jurídica, nº. 10,42-52. Campinas: UNICAMP, 1994.

_____. *Os Cursos Jurídicos e as Elites Políticas do Ensino Jurídico*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1978.

BITTAR, Carlos Alberto. Reforma do Currículo da faculdade de Direito. In: Revista da Faculdade de Direito, nº. 81, 71-111, São Paulo: FADUSP, 1986.

CESARINO JUNIOR, A. F.. O Jurista na Era Tecnocrática. In: Revista da Faculdade de Direito, nº. 64, 189-206, São Paulo: FADUSP, 1969.

CHAVES, Antônio. *Reformulação do Ensino do Direito Civil*. Novas Técnicas. Um Programa. In: Revista da Faculdade de Direito, nº. 70, 37-78, São Paulo: FADUSP, 1975.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. A Pesquisa na Graduação das Faculdades de Direito no Brasil – segundo os arquivos das agências de fomento. In: Revista Onze de Agosto, São Paulo: FADUSP, março de 1996.

_____. Avaliação Discente. Comunicação ao XX Encontro Nacional de Faculdades de Direito. Belo Horizonte: FDUFMG, 1992.

_____. Autonomia Universitária. In: Revista Onze de Agosto. São Paulo: FADUSP, agosto de 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o Método do Ensino Jurídico. In: Revista da Faculdade de Direito, nº. 74, 119-139, São Paulo: FADUSP, 1979.

CURY, Vera de Arruda Rozo. Um Repensar Crítico sobre o Ensino Jurídico na Faculdade de Direito PUCCAMP. In: Revista jurídica, nº. 10, 5-24, Campinas: UNICAMP, 1994.

FALCÃO NETO, Joaquim de Arruda. Classe Dirigente e Ensino Jurídico: uma Releitura de Santiago Dantas. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº. 21, 41-77, Rio de Janeiro: Conselho Federal, jan-abr 1977.

_____. *Os Advogados* – Ensino Jurídico e Mercado de Trabalho. Recife Fundação Joaquim Nabuco - Ed. Massangana, 1988.

_____. (Coordenador) O Ensino Jurídico e as Associações de Classe dos Advogados. In: Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, nº. 5, 55-91, 1986.

FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

_____. O Ensino Jurídico e a Função Social da Dogmática. In: Encontros da UnB, 108-117, Brasília: UnB, 1978/1979.

_____. A Realidade Política e o Ensino Jurídico. In: Revista da Faculdade de Direito, nº. 82, 198-212, São Paulo: FADUSP, 1987.

FERRAZ A Criação dos Cursos Jurídicos e a Concepção da Ciência do Direito. In: Os Cursos Jurídicos e as Elites Políticas Brasileiras, Brasília, 1979.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O Ensino Jurídico. In: Encontros da UnB, 67-71, Brasília:UnB, 1978/1979.

GIL, Otto. *Exame e Crítica do Ensino Jurídico no Brasil*. Separata da Revista Trimestral da Divisão jurídica do Instituto do Açúcar e do Álcool, nº. 33, Rio de Janeiro: GB, 1968.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O Advogado e a Formação Jurídica. In: Revista da Faculdade de Direito, nº. 73, 103-114, São Paulo: FADUSP, 1978.

HERKENHOFF, João Batista. A Justiça ao Alcance de Todos – Entrevista. In: Família Cristã, nº. 727, 6-8, São Paulo: Paulinas, jun. 1996.

HORTA, José Luiz Borges, Coragem e Vanguarda; brevíssima releitura da Revisão Curricular na Faculdade de Direito da UFMG. Niterói: ed. A., 1996. 12p. [Apresentado por ocasião do XVII Encontro Nacional dos Estudantes de Direito].

LIRA, Ricardo Pereira. Tempo de Mudança. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, nº 21, 57-65. Rio de Janeiro: Conselho Federal.

MELO FILHO, Álvaro. Currículos Jurídicos: Novas Diretrizes e Perspectivas. In: Revista dos Tribunais, nº. 720, 327-346, out. de 1995.

_____. Novas Diretrizes para o Ensino Jurídico. In – Revista de Processo, n. 72, 99-108, out-dez 1995.

_____. Currículo Jurídico – um Modelo Atualizado. In – Revista de Processo, n. 65, 104-119, jan-mar 1992.

NALINI, José Renato. Em Torno à Elevação de Qualidade do Ensino do Direito no Brasil. In – Revista dos Tribunais, nº. 703, 247-252, São Paulo: RT, maio de 1994.

_____. O Novo Ensino do Direito. In: Revista dos Tribunais, nº. 715, 342-351, São Paulo: RT, maio de 1995.

_____. *Impasses e Alternativas nos Cursos de Direito no Brasil*. Ceará: UFCE, 1982.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A Universidade e a Justiça. In: Revista dos Tribunais, nº. 692, 48-51. São Paulo: RT, junho de 93.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. O Foro Universitário como Instrumento Efetivo de Acesso à Justiça e Melhoria da Qualidade do Ensino Jurídico. In: Revista dos Tribunais, nº. 712, 320-325, São Paulo: RT, fev. de 1995.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Lições e Lembranças de Santiago Dantas. In: Revista da OAB-RJ, nº. 16, Rio de Janeiro: OAB-RJ, 2º quadrimestre de 1981.

PENSANDO O ENSINO DO DIREITO ATRAVÉS DE UMA PESQUISA: CONTRIBUIÇÕES SOB A PERSPECTIVA DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

Roberto Fragale Filho[*]

Felipe Dutra Asensi[**]

Silvia Primila Garcia Raskovisch[***]

RESUMO

Neste artigo, será realizada uma análise dos resultados da pesquisa *"Direito e ensino: contribuições sob a perspectiva da sociologia jurídica"*, desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. A pesquisa teve como objetivo geral a identificação e sistematização de informações acerca dos avanços e obstáculos epistemológicos que estão associados à compreensão dos juristas, influenciando na sua capacidade analítica da especificidade dos fenômenos sociais e produzindo impactos na forma do ensino jurídico. Para explorar as questões concernentes aos objetivos, o universo empírico foi constituído pelos alunos da disciplina Sociologia Jurídica do turno da noite de 2006/1. Compreendemos que esta disciplina tem oferecido novas possibilidades de pensar o ensino do direito; e, por essa razão, o foco de análise se concentrou nos relatos apresentados pelos próprios alunos por meio da técnica de pesquisa qualitativa de grupo focal. Como resultados, observamos que a mudança do paradigma dogmático não se dá de forma completa, trazendo ambigüidades, contradições e conflitos que subjazem tanto na via institucional quanto de forma subjetiva nos atores sociais. Por essa razão, a mudança de paradigma está intimamente relacionada à superação de obstáculos epistemológicos. Reconhecer a importância desta perspectiva como *locus* de superação do ensino tradicional por meio da ênfase em uma abordagem crítica e problematizante do direito e das instituições jurídicas é o primeiro passo para essa nova visão.

PALAVRAS-CHAVE: ENSINO DO DIREITO; DOGMATISMO; PARADIGMA

[*] Cientista social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduando de Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestrando em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. Bolsista do CNPq. E-mail: felipedml@yahoo.com.br.

[**] Doutor em Ciência Política pela Université de Montpellier. Professor de Sociologia Jurídica da Universidade Federal Fluminense e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da mesma Universidade.

[***] Graduanda de Direito pela Universidade Federal Fluminense.

ABSTRACT

In this article, it will be carried through an analysis of the results of the research *"Law and teaching: contributions from the sociology of law's perspective"*, developed in Universidade Federal Fluminense's Law Faculty. The research had as general objective the identification and systematization of informations concerning to the epistemological advances and obstacles that are associated to the comprehension of jurists, influencing in theirs analytical capacity of the social phenomena's singularity and producing impacts in the form of law teaching. To explore the concerned questions to the objectives, the empirical universe was constituted by the students of the discipline Sociology of Law of the 2006/1 night. We understand that this discipline has offered new possibilities to think the teaching of the law; and, therefore, the focus of analysis is concentrated in the stories presented by the proper students through the qualitative research technique called focal group. As results, we observe that the change of the dogmatic paradigm is not made completely, bringing ambiguities, contradictions and conflicts that underlie in the institutional way as well as in the social actors' subjectivity. Therefore, this paradigm change is related to the overcoming of epistemological obstacles. Recognize the importance of this perspective as locus of overcoming the traditional teaching empathizing the critical approach of law and the legal institutions is the first step for this new view.

KEYWORDS: LAW TEACHING; DOGMATISM; PARADIGM

I. INTRODUÇÃO: O ENSINO DO DIREITO

O direito se constituiu historicamente como campo de saber realizando um movimento de autonomização em relação a outros campos, tais como a sociologia e a antropologia. Podemos afirmar que a lógica do direito é uma lógica binária, que pensa em categorias que não admitem anomalias, meio-termos, desvios. Não admite, portanto, gradações ou hibridismos, na medida em que tudo tem um fundamento lógico-sistemático por meio de um sistema de racional de explicações, e isso traz conseqüências para a sua própria metodologia de ensino. Esta lógica binária está relacionada ao que Bourdieu (2000) chama de *retradução* do direito, vale dizer: ao tentar explicar os fatos sociais sob o prisma de categorias pré-determinadas, a lógica jurídica faz com que estes fatos percam a sua especificidade e originalidade. Em outras palavras, ao tentar *encaixar* fenômenos complexos em molduras rígidas, o direito desconsidera as peculiaridades. Assim, não se

considera o contexto de produção da norma ou as relações de força que se estabelecem em seu interior e perpassam toda a sua confecção. Esta lógica insere fenômenos sociais complexos em contextos de "sim" e "não", "certo" e "errado", sem levar em conta as gradações, os liames, os interstícios, a complexidade.

Esta maneira de pensar o direito representa um *paradigma.* Metaforicamente, paradigma é a *lente* por meio da qual se *enxerga* o mundo; ou seja, é um conjunto de valores, visões de mundo e representações que condicionam a forma por meio da qual os indivíduos lêem a realidade à sua volta. Kuhn define "paradigma" como uma série de suposições, métodos e perspectivas, envolvendo uma verdadeira *"teoria ampliada"* que é formada por *"conceitos, modelos, analogias, valores, regras para a avaliação de teorias e formulação de problemas, princípios metafísicos (...) e ainda pelo que ele chama de 'exemplares'"* (Alves-Mazzotti & Gewandsznajder, 2000: 24). De acordo com Kuhn, "*abandonar o paradigma é deixar de praticar a ciência que este define"* (Kuhn, 2005: 56). De fato, Kuhn salienta que o problema dos paradigmas consiste no fato de tenderem a se tornar fechados e rígidos, de modo que os grandes progressos de uma ciência só acontecem quando os seus próprios paradigmas são desafiados e substituídos por novos paradigmas, constituindo-se *ciências revolucionárias.*

Como foi ressaltado, a noção de paradigma engloba o que Kuhn denominou de *"exemplares"*. Basicamente, os exemplares são *"soluções concretas de problemas que os estudantes encontram desde o início de sua educação científica, seja nos laboratórios, exames ou no fim dos capítulos dos manuais científicos"* (Kuhn, 1970b:232 *apud* Alves-Mazzotti & Gewandsznajder, 2000:24). Assim, uma forma de cristalização de paradigmas está diretamente relacionada ao ensino, que difunde e reforça a forma vigente de ver o mundo. Os exemplares são a parte mais importante de um paradigma, pois auxiliam na *"apreensão dos conceitos científicos e para estabelecer que problemas são relevantes e de que modo devem ser resolvidos"* (Alves-Mazzotti & Gewandsznajder, 2000:25), funcionando como guias de ensino e pesquisa.

Bachelard (1978), em perspectiva similar, destaca que, ao longo do progresso do pensamento científico, os conhecimentos se formam por ruptura. Valorizando a liberdade criadora, o autor ressalta que esta ruptura se dá pela imaginação, e *"é em termos de*

obstáculos que o problema do conhecimento científico deve ser colocado" (Bachelard, 1996: 17). Em linhas gerais, podemos dizer que os obstáculos epistemológicos são valores e intuições de caráter subjetivo e dificilmente são abandonados. O obstáculo *"se inscrusta no conhecimento não questionado"* (idem, 19), podendo ser descrito como fator que impede o entendimento adequado de uma "lição" por um aluno, por exemplo; ou a forma que um professor profere sua aula. De certa forma, a noção de *obstáculo epistemológico* está diretamente associada à concepção de *paradigma* de Kuhn (2005). Os homens, quando se deparam com algo que não conseguem resolver, se afastam de um entendimento mais inovador, trazendo como conseqüência a inércia. Mais propriamente, *"o instinto conservativo passa então a dominar, e cessa o crescimento espiritual"* (Bachelard, 1996:19). Desta forma, seria preciso fazer uma *"catarse intelectual e afetiva"* (idem, 24) para adquirir o novo conhecimento e romper com o obstáculo. Este é o motivo pelo qual o saber é um ato de criação, e criar é sempre romper, de modo que quem rompe o obstáculo não se conforma com as situações dadas. Assim, *"há que se pensar contra o cérebro"* (Bachelard, 1986:251 *apud* Ferreira Filho, 1997:3), e não em consonância com ele.

No campo da sociologia jurídica, Carbonnier aponta que o direito se consolidou ao longo do tempo por meio da ênfase na sua autonomia em relação às outras ciências. Mais precisamente, o que explica a ampla adesão a esta idéia (mesmo que involuntariamente pelos juristas) é a defesa da exclusividade do direito e do dogmatismo, afirmando que *"é próprio dele [direito] ser um deus ciumento que não tolera partilhas: cabe ao direito negar a qualquer outro sistema o título de direito"* (Carbonnier, 1980:42). Observamos, no campo do ensino do direito, que algumas disciplinas vêm propondo uma alternativa a esse tipo de ensino - fortemente arraigado no dogmatismo -, dentre as quais destacamos a Sociologia Jurídica. A constituição desta disciplina se deu paralelamente a dois objetivos: a) promover uma reflexão mais apurada, de modo a propiciar elementos para pensar o direito sob uma ótica sociológica, histórica e não-linear; b) promover uma reflexão científica com base em metodologia e técnicas de pesquisa próprias. Usando a terminologia inaugurada por O. W. Holmes, podemos dizer que a sociologia jurídica se insere na constatação do hiato existente entre o *law in books* e o *law in action*. É o descompasso entre direitos assegurados e a prática concreta dos atores sociais que possibilita a inserção da

sociologia no campo do direito. Nesta mesma linha, Ehrlich realiza a distinção entre o *direito positivo*, que estaria presente na norma jurídica, e o *direito vivo*, que seria fruto da dinâmica social. Este autor sustenta que *"querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa"* (Ehrlich, 1980:110). O direito, portanto, é maior do que a norma, e é por meio da sua prática no cotidiano que se pode observá-lo como dinâmica social. Seria por meio da sociologia jurídica que poderíamos analisar esta relação entre o ordenamento jurídico abstrato e as práticas dos atores de forma interdisciplinar, rigorosa e, principalmente, empírica.

Neste artigo será realizada uma análise dos resultados da pesquisa *"Direito e ensino: contribuições sob a perspectiva da sociologia jurídica"*, desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. A seguir, serão descritos o escopo da pesquisa e a estratégia metodológica que permeou a coleta de dados e a análise.

II. ESTRATÉGIA METODOLÓGICA E CENÁRIO DE PESQUISA

A pesquisa teve como objetivo geral a identificação e sistematização de informações acerca dos avanços e obstáculos epistemológicos que interferem na compreensão dos juristas, restringindo a sua capacidade analítica da especificidade dos fenômenos sociais e produzindo impactos na forma do ensino jurídico. Nesta linha, os objetivos específicos consistiram em: a) analisar os obstáculos epistemológicos referentes ao ensino do direito; b) identificar a contribuição da Sociologia Jurídica para a mudança da forma de ensino; c) identificar a percepção dos estudantes de direito sobre a relevância da Sociologia Jurídica para a compreensão do direito.

Para explorar as questões concernentes aos objetivos, o universo empírico foi constituído pelos alunos da disciplina Sociologia Jurídica do turno da noite de 2006/1. Diante da complexidade do cenário do ensino do direito e suas questões correlatas, foi realizado um desenho metodológico qualitativo, a partir de dois eixos analíticos: o *primeiro*, conceitual, trata da construção de categorias de acordo com a perspectiva dos atores envolvidos; o *segundo*, por sua vez, se destina a examinar comparativamente os pontos de intersecção e divergências, tomando como referência as categorias construídas.

A pesquisa teve caráter exploratório e cunho qualitativo, cuja abordagem teórica foi a sócio-jurídica. Como modalidade técnica de investigação foi utilizado o grupo focal, que é uma técnica de pesquisa qualitativa cujo objetivo consiste na compreensão das concepções dos atores a partir de sua interação em grupo. Esta técnica é conhecida, mais formalmente, como *"grupo focalizado em entrevistas de profundidade"* (Rea e Parker, 2002:93), pois: a) o termo *focalizado* significa que a discussão trata de um pequeno número de assuntos em formato semi-estruturado; b) o termo *grupo* indica o compartilhamento de interesses dos indivíduos pela discussão, que irão interagir uns com os outros em seu desenrolar; c) o termo *profundidade* remete a uma discussão penetrante e completa; d) o termo *entrevista* significa que um moderador conduz a discussão, incentivando a interação entre os participantes (idem).

Por essa razão, o grupo focal não tem o interesse de captar o sentido de cada ação para o individuo, mas sim o sentido construído mediante a interação entre os atores. Segundo Flick, *"o pano de fundo teórico do método é a construção conjunta da realidade"* (Flick, 2004: 134), de modo a captar a complexidade das relações em interação. Assim, *"a vantagem dessa complexidade é que os dados são mais ricos e possuem maior diversidade em seu contexto do que em uma entrevista individual"* (idem, 135). Basicamente, há um moderador com a função de guiar um grupo de aproximadamente 5 a 8 pessoas numa discussão que tem por objetivo revelar experiências, sentimentos, percepções e opiniões sobre determinado assunto. O grupo é formado por participantes que têm características em comum (serem alunos da disciplina sociologia jurídica) e são incentivados pelo moderador a conversarem entre si, trocando experiências e interagindo sobre suas idéias, sentimentos, valores e anseios.

Na pesquisa, o grupo focal obedeceu à seguinte sistemática: na primeira parte, foi realizada uma breve rodada de perguntas com relação ao ensino do direito, suas deficiências e avanços. Na segunda parte, foram apresentados três casos controversos em que estivesse presente o conflito entre leis e práticas sociais. Na terceira parte, foi realizado um debate sobre a importância da Sociologia Jurídica no ensino do direito e a sua contribuição para os alunos. Como foram alunos concluintes da disciplina, estiveram hábeis

para entender ou refutar a sua importância. Ademais, o debate dos casos feito anteriormente possibilitou elementos para relacionar a Sociologia Jurídica e o ensino.

III. DESAFIOS DE SUPERAÇÃO DE OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS

3.1. Que direito? Que ensino?

Durante o grupo focal, foi debatida a questão do ensino do direito sob a perspectiva do paradigma. Durante os relatos, uma primeira impressão que pudemos ter foi a associação entre "boa aula" e "aula bem preparada"; ou seja, o critério para definir uma boa aula remete corriqueiramente ao seu aspecto formal, afastando-se a importância do conteúdo em si. Observe esta passagem:

> *Pesq: Vamos lá... pensar aula boa: o que que é uma aula boa?*
> *A – Aula que o professor prepara.*

A primeira resposta foi enfatizando esse aspecto formal como indicador de uma boa aula, e assim se seguiram os relatos subseqüentes, nos quais predominou a associação entre "boa aula" e "aptidão pessoal do professor" (Ex.: didática, forma de apresentação, assiduidade, etc), não levando em conta o conteúdo apresentado durante esta disposição formal. Observe:

> *Pesq. – E o que que mais caracteriza uma boa aula? Você ia falar né B?*
> *B – Eu acho interatividade. Eu acho que o professor... que os professores que a gente tem chegam aqui e você tem a impressão de que ele tá aqui tanto pra aprender com você e você pra aprender com ele... são as melhores aulas. Pode... percebe isso... por exemplo, é o X... o X chega aqui, ele é um cara incrível e dá uma aula que todo mundo fica babando, impressionante. De repente alguém levanta a mão e dá uma opinião, ele pára a aula e começa... sabe... a falar "nossa, que bacana, isso eu não tinha percebido." Isso começa a chamar atenção daqueles que tão às vezes boiando. Ele é uma cara que prende sua atenção.*

Nesta passagem, a idéia de aula interativa, tal qual propõe a participante, passa necessariamente pelo reconhecimento por parte do professor de que os alunos também são produtores de conhecimento e sujeitos ativos na construção coletiva do saber. A postura de considerar os alunos em sua aula demonstraria a necessidade de romper com a dicotomia historicamente constituída entre instrutor e instruído, de modo a horizontalizar o processo

de aprendizado sob uma perspectiva participativa. Este é um dos indicativos de uma boa aula com relação ao conteúdo, razão pela qual este tema veio à tona durante o encontro, como se pode observar abaixo:

> *Pesq. - E como é que deveria ser abordado um conteúdo?*
> *C – Eu acho que até agora só teve matérias... também como a gente já disse que não são muito dogmáticas, mas a abordagem que a gente tem recebido das matérias em geral é bom. É uma abordagem crítica, muito voltada pro que tá escrito e o que deveria ser, assim, reconstruído dentro dessa matéria e como isso pode ser adaptado à nossa realidade pra sociedade que a gente vive. Eu acho que isso é o mais importante.*
>
> *Pesq. – Agora, vocês falaram de abordagem crítica, o que que é abordagem crítica?*
> *A – Que não existe um único caminho.*
> *D – Não existe um único caminho?*
> *A – Que existem alternativas.*
> *B – Mostra mais que um caminho pra uma única coisa. Que você tem a opção de peso dos pontos positivos e dos pontos negativos de cada uma. Que não te induz a um pensamento; te induz a vários e você escolhe qual você vai seguir.*

Nestas passagens, podemos identificar uma valorização da crítica muito forte para a caracterização do que seria uma boa aula. Interessante notar que esta abordagem crítica, nos relatos apresentados, está relacionada ao debate existente entre os direitos assegurados e as práticas concretas dos atores sociais. Neste sentido, abordar criticamente seria mostrar em que medida o descompasso entre lei e fatos sociais problematiza o campo do direito mediante a ênfase de que, neste campo, não há jamais um único caminho possível. A crítica, portanto, representaria a tentativa de superação do dogmatismo e do formalismo, buscando na sociedade a explicação do fenômeno jurídico. Mais ainda, uma abordagem crítica passaria pela reflexão concreta do direito durante o ensino ou, em outras palavras, por meio da utilização de exemplos:

> *E – Não eu acho que tem que realmente botar de uma maneira simples pra gente poder entender porque se forem usar os jargões que os advogados, que os juízes usam, então realmente não vai entender nada. Acho que muitos professores chegam aqui e começam a entrar no exemplo, entrar no exemplo cada vez mais e fugir da matéria... a gente se perde.*
> *Pesq. – Mas aí, acompanha o raciocínio do A: mas aí quando ele entra no exemplo ele não tá se remetendo à realidade? Não tá parando de filosofar um pouco?*
> *E – Por cinco minutos sim, mas por vinte e cinco é meio difícil né?*
> *Pesq. – Então o problema não é não se remeter à realidade, mas sim se remeter muito ao que não é?*

C – Se aprofundar em coisa que... Assim, eu acho que é sempre importante a gente saber coisas além da matéria, mas às vezes foge da matéria...

Neste trecho é possível observar uma ambigüidade: ao mesmo tempo em que se valoriza o exemplo como uma passagem do abstrato à realidade concreta, se desvaloriza o mesmo ao enfatizar que o exemplo sem abstração produz confusão e ininteligibilidade. Talvez esta confusão seja permanente pelo fato do direito tradicional, muito apegado a abstrações e generalidades, ainda esteja presente na estrutura de pensamento dos alunos, de modo que os exemplos sirvam muito mais para confirmar a abstração do que para se singularizar e evidenciar a sua insuficiência heurística e explicativa. Deste modo, durante os relatos tentou-se esmiuçar a questão dos exemplos tomando a perspectiva de "exemplares" de Kuhn. A seguinte passagem é relevante:

A – Agora talvez completando o que elas já falaram, o cara tem que dizer assim: pra que serve isso?
C – É.
Pesq. – E eles dizem? Em geral eles dizem pra que serve?
B – Não.

Observamos que a utilização de exemplos talvez não seja propriamente o problema mais grave para os participantes, mas sim a insuficiente demonstração de sua utilidade ou praticidade. O exemplo não se justifica se esmiuçar uma teoria ou uma abstração, mas tão somente se demonstrar a utilidade do que se pretende explicar. Portanto, não se trata de demonstrar *como* funciona, mas *para que* funciona.

Resumindo: o paradigma vigente no ensino do direito preconiza o formalismo e o dogmatismo. Segundo os relatos, a partir de abordagens realizadas por professores – e não pelo conteúdo das disciplinas em si – tem sido possível a superação deste paradigma por um outro muito mais crítico e associado à realidade social. Por outro lado, ainda há aspectos remanescentes do paradigma anterior, que dizem respeito tanto ao ensino (associação entre "boa aula" e aspecto formal) quanto ao conteúdo (exemplos que não podem se remeter somente à realidade; exemplos que devem servir a uma utilidade). Por essa razão, o ensino do direito passa por uma fase nebulosa, cinzenta, na qual as perspectivas se alimentam e interagem entre o novo e o velho, entre o abstrato e o concreto,

demandando uma nova postura dos professores frente à abordagem dos conteúdos. Talvez o caminho seja a valorização da abordagem sociológica, como veremos oportunamente.

3.2. O primeiro caso: a questão da desigualdade

Todos os casos foram lidos pausadamente na ocasião do grupo focal. Vejamos o texto do primeiro caso:

> *João, morador de rua no bairro de Botafogo, esteve presente na parte da tarde do dia 10/06/2005 no Supermercado BomPreço e subtraiu duas latas de milho em conserva. Na ocasião, os seguranças do supermercado flagaram João através de circuito interno de câmeras e o levaram para a delegacia.*
> *Na audiência criminal, João alegou que, pelo fato de ser morador de rua, encontrava-se com fome e, por essa razão, realizou o feito. O defensor do réu endossou afirmando que a subtração realizada por João é irrisória, constituindo uma bagatela. A despeito, o juiz do processo condenou o réu à pena de reclusão de 2 anos, com base no artigo 155 do Código Penal (crime de furto)*

Ao final da leitura, o moderador pediu para que os presentes comentassem a situação. De início, os participantes manifestaram-se a favor da condenação de João, exceto A, que alegou estado de necessidade. Este caso se trata de um conflito entre lei e condicionantes sociais; porém pouco se falou no início da discussão sobre este conflito, pois os participantes se concentraram na possibilidade ou não de condenar João *na forma da lei*. O centro do debate tornou-se, assim, a (in)justiça no momento da aplicação da pena, sem qualquer dos participantes levantar o debate acerca do princípio da bagatela citado na descrição do caso em nenhum momento. Deste modo, podemos apontar um primeiro indicador relevante acerca do obstáculo epistemológico: os participantes discutiram somente a condenação, sem levar em conta a possibilidade de não ser condenado em virtude de um principio de direito.

Por outro lado, apesar da discussão ter se concentrado na aplicação da lei, por vezes os participantes traziam questões sociais. Vejamos as seguintes passagens:

> *B – Eu acho que... Assim, o cara passava fome, ele entra na cadeia lá ele tem a refeição, pelo menos deveria ter, aí ele tá comendo. Aí daqui a dois anos ele sai, é inserido novamente no tipo de vida que ele tinha. O que que ele vai fazer? Vai furtar novamente. Então por isso que eu acho... a condenação eu não acho injusta, eu acho injusta apenas a reclusão. Qual é a ressocialização que vai ter pra essa pessoa? Eu acho que ela deveria ser então... Tudo bem, roubou por fome, não vai*

ser condenado, não vai ser preso, mas o que que eu vou fazer pra essa pessoa não voltar a roubar? Eu acho que esse é ponto falho.

E – Não.. é... Embora seja estado de necessidade como o A falou, a pena de reclusão de dois anos é realmente patético. Eu não concordo em nenhum momento com isso. Mas o que que você pode fazer? O cara furtou, você vai ter que condenar. Eu acho a condenação errada realmente... qualquer outra realmente. O que fazer pra ele voltar e se inserir na sociedade novamente e acabar novamente um morador do bairro de Botafogo ou qualquer outro e acabar no mesmo lugar onde tava antes?

B – Eu acho que também, esses problemas vem muito da questão social mesmo... Assim problema de grupo, da pessoa por causa de fome, né, ou assalto, isso tudo aumentou muito por quê? Por causa da... desemprego, pobreza... as coisas todas sociais que vêm acontecendo.

Observamos nos relatos uma abordagem interessante: apesar da questão social emergir como fator que deva ser considerado, ela não aparece como uma possibilidade de absolvição do réu. A questão social se limita ao momento de aplicação da pena cominada legalmente, mesmo que haja problemas sociais que possam advir de uma eventual condenação. O social se encontra, em certa medida, submetido à norma, não podendo extrapolá-la.

O centro do debate, então, foi a adequação da pena ao crime cometido, tratada como "injusta" e "desproporcional" pelos participantes. Porém, diante deste impasse entre problemas sociais e lei, optou-se por seguir esta, mesmo reconhecendo a relevância daqueles no momento da aplicação da pena.

3.3. O segundo caso: conflito entre lei e garantias

O segundo caso esteve presente no seguinte texto:

Na manhã do dia 10/05/2006, Carlos e Juliano, investigadores de uma delegacia de Niterói, interceptaram uma ligação telefônica entre Ângelo e Bruno. O conteúdo da ligação dizia respeito à entrega de armamentos adquiridos de forma ilícita, que seriam utilizados para proteção e manutenção do tráfico. Ambos os policiais, sabendo o local e a hora combinados pelos traficantes, compareceram ao mesmo e efetuaram a prisão em flagrante.
Na audiência criminal, Ângelo e Bruno alegaram que aquela prisão era ilegal, na medida em que não havia um mandado judicial que autorizasse a interceptação. Os advogados dos réus endossaram o argumento chamando atenção para a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que preconiza que mesmo que a prova do crime seja inconteste, caso ela tenha sido conquistada por meio de atos irregulares, será inválida. Inclusive ressaltaram que esta é uma jurisprudência consolidada no STF.

Ao final da leitura, o moderador pediu para que os presentes decidissem sobre o caso na posição de juizes. De início, observamos uma preocupação dos participantes em saber qual o *status* jurídico da "Teoria dos Frutos da Arvore Envenenada" no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, iniciaram a discussão retomando as fontes de direito, havendo uma oscilação constante entre o recurso à lei e o afastamento da lei. Observe:

> *A – Como não tem súmula vinculante ainda... não saiu nenhuma súmula ainda né de efeito vinculante... eu também condenaria na esperança de surgir essa jurisprudência.*
>
> *A – Teoria dos frutos de árvore envenenada é doutrina. Doutrina é ação de direito. Você não é obrigado a seguir. Aliás você não é obrigado a seguir nem jurisprudência.*
> *Pesq. – E se fosse lei? E se fosse, se tivesse no Código de Processo Penal?*
> *A – Eh, aí eu encaro, eu encararia. Mesmo sob o risco de ser...*
> *Pesq. – Mesmo se fosse... Eh! se fosse positivado no Código de Processo Penal seria condenado? mesmo falando isso? Por quê?*
> *A – Por que nós estamos falando de justiça. Eu penso que o juiz tem que fazer justiça, ele não tem que seguir somente a lei, tem que seguir a lei e fazer justiça. E na esperança sempre de que suba né, porque provavelmente vai recorrer e que os tribunais superiores aí vejam essa jurisprudência né... de que a prova obtida ilicitamente não vale.*
>
> *Pesq. – Então tá, então, se tivesse na lei, vocês mesmo assim...*
> *E – Só se fosse obrigada...*
> *Pesq. – Obrigadas e com a lei?*
> *B – É.*
> *Pesq. – E se não tivesse na lei?*
> *E – A gente condenaria.*
> *Pesq. – Condenaria? É isso?*
> *B – A gente condenaria dos dois jeitos...*
> *E – Com exceção se a gente não tivesse como.*
> *Pesq. – Que é se tivesse na lei? É isso?*
> *E – Se não tivesse como.*

No primeiro trecho, observamos um apego à lei no sentido de que a teoria dos frutos seria aceita se já fosse consolidada a vinculação da súmula, o que demonstra uma contradição com os dois trechos seguintes, que tentam em certa medida se afastar da lei.

Primeiramente, observe que o raciocínio é desenvolvido a partir das fontes de direito (lei, jurisprudência, doutrina, etc), e não a partir de outros referenciais, o que reforça a noção de obstáculo epistemológico, na medida em que se detém somente às clássicas fontes do direito, sem remissão a outras fontes de caráter social. Por outro lado, observamos que um raciocínio baseado nas fontes do direito não necessariamente valida um direito material existente, como no caso da prova ilícita por derivação. Pelo contrário, os

participantes, servindo-se de um raciocínio baseado nas fontes de direito, procuram justamente relegá-las a segundo plano, na medida em que afirmam que condenariam os flagrados mesmo se fosse contra a lei, a jurisprudência ou a doutrina.

Se no primeiro caso apresentado observamos um apego muito maior à lei, desconsiderando outros aspectos que remetiam ao principio da bagatela, neste temos fundamentalmente o inverso: a lei é tida como algo que não deve ser seguido para, então, haver "justiça". A noção de justiça no primeiro caso está associada à correta aplicação da lei; ao passo que, no segundo, está relacionada ao seu afastamento. Fica visível, portanto, a contradição dos discursos, que é típica do conflito entre a perspectiva dogmática e uma visão mais interdisciplinar sobre o direito. Prossigamos:

> *E – Se tiver expresso na lei que tratando-se desse caso o juiz não pode se posicionar, o juiz não pode ir contra a lei. Se o juiz não pode ser contra a lei e a lei diz que eles não... que eles não devem ser condenados por que interceptou a ação é uma forma ilícita né... de você ver o crime. Então, como juiz você seria obrigado a aceitar o que está na lei. Isso é, se você fosse obrigado a aceitar o que tá na lei. Caso não...*
>
> *B – O juiz... porque nem sempre a lei diz o que é certo, nem sempre a lei... ela tá eh!... ela condiz com aquilo que... que se tá vivenciando. Eu acho que as leis, principalmente, elas são construídas por uma parcela de pessoa que pertencem a uma classe, a algum tipo de pensamento. Isso domina totalmente notável na Constituição. Então é obvio que em muitas situações, assim, você não vai ter como aplicar aquilo, porque já que é feito por algum... algum grupo dominante sempre vai ter um que você vai ter que ajudar a ler a lei.*
>
> *C – Eu acho que, assim, o juiz é capaz de ver, prever as conseqüências... a lei não. Qual seria a conseqüência de o juiz não condenar esses dois? Eh!, os traficantes iam ter as armas, que poderiam muito bem gerar mortes de pessoas inocentes. Eles iam ter segurança para continuar o tráfico. Então eu acho que o juiz é capaz de ver as conseqüências do... da decisão dele. Por isso que eu condenaria mesmo que estivesse na lei. Porque você tem que pensar qual a conseqüência que a sua decisão vai ter pra sociedade. É o juiz... ele tá lá pra representar a sociedade, é isso que eu acho. Ele tem que ver o que é melhor pra sociedade.*

Nestes trechos, observamos um forte debate acerca do dever profissional do juiz. Se os participantes defendiam a não aplicação da lei, o mesmo não acontece de forma tão pacífica quando um deles se vê na posição de juiz. Mais uma vez a lógica dogmática se fez presente na discussão pois, ao incorporar a lógica profissional do magistrado, um dos participantes trouxe de volta o discurso de obediência à lei. Porém, em virtude do caráter ambíguo de oscilação que já explicamos outrora, observamos a predominância do discurso

que preconiza que o juiz extrapole a lei e decida de acordo com critérios de justiça, conforme se pode observar nos dois últimos trechos.

Além disso, cabe salientar que, em nenhum momento, se cogitou a garantia constitucional dos flagrados de serem acusados somente por meio de provas lícitas.

3.4. O terceiro caso: que caminho tomar com valores imponderáveis?

O terceiro caso esteve presente no seguinte texto:

> *Armando, aposentado, sofre de uma doença degenerativa grave que demanda tratamento intensivo. De acordo com especialistas, o tratamento mais adequado ainda não é 100% confiável, pois seus efeitos são ainda desconhecidos. Este tratamento custa cerca de R$ 500.000,00 por mês e só é oferecido nos Estados Unidos, demandando a presença de Armando por, pelo menos, seis meses neste país.*
> *Por outro lado, o médico do SUS que atendeu Armando o recomendou um tratamento inferior realizado aqui no Brasil, que é bem menos custoso e serviria apenas para prolongar a expectativa de vida de Armando, já que fatalmente faleceria em virtude da degeneração. Ademais, o orçamento gasto com o "prolongamento" de Armando nos Estados Unidos poderia salvar outras dezenas de vidas através da compra de medicamentos, melhoria de hospitais, etc.*
> *Tendo em vista este impasse, Armando entrou com uma ação judicial pleiteando que seu tratamento fosse feito nos Estados Unidos, já que é seu direito, enquanto usuário do Sistema Único de Saúde, o tratamento que melhor respeite e mantenha seu direito constitucional à vida.*

Ao final da leitura, o moderador pediu para que os presentes decidissem sobre qual tratamento corresponde ao direito de Armando. A temática das discussões se iniciou enfatizando o aspecto econômico do tratamento da doença de Armando. Os participantes salientaram duas questões que, segundo eles, afastariam a possibilidade de Armando realizar seu tratamento nos Estados Unidos: o custo do tratamento e sua não confiabilidade. Vejamos:

> *D – Primeiro porque.. tudo bem, é assegurar o direito à vida. Mas você não pode considerar uma vida só. O Estado tem obrigação de... de assegurar o sistema de saúde pra várias tantas outras pessoas. E um tratamento de 500 mil que ainda não é 100% confiável seria... Qual a possibilidade do Estado de bancar isso pra uma pessoa só? Entendeu?*

> *E – Não. Também tem que pensar que você vai tá salvando um e você, não investindo em outro... o setor da... hospitalar mesmo você vai acabar deixando muitos outros com falta de medicamentos, porque 500 mil por mês, não é assim tão fácil, ainda mais pro SUS. Não acho que seja totalmente justo você salvar um dentre várias pessoas.*

E – E, pensando também... e pensando também que não é 100%... você também... vai que chega nos Eua... vai não é 100% e vive a mesma coisa que viveria aqui. Você gastou uma porrada de dinheiro pra nada.

De fato, nenhuma resposta inicial foi pensando no prolongamento da vida de Armando, associando este prolongamento ao seu direito à saúde garantido, inclusive, constitucionalmente. A lógica econômica perpassou todo o discurso, tendo como fundamento central a não confiabilidade do tratamento. Por essa razão, foi levantada a hipótese pelo moderador da confiabilidade do tratamento. Observe:

Pesq. – E se fosse confiável?
B – Se fosse confiável, aí pensaria.
E – Se fosse confiável, eu ainda pensaria duas vezes.
Pesq. – Por que?
E – Talvez eu mandaria, mas pensaria duas vezes.
Pesq. – Por que?
B – Se fosse confiável, aí eu mandaria porque aí é uma questão de preservação da vida; o cara vai sobreviver

D – Bom, eu mandaria, eu optaria pelo SUS... a primeira vista assim. Eh! por não ser um método confiável assim, que eu optaria pelo SUS, mas se fosse confiável, eu... daí eu não... acho que tem que analisar a capacidade do SUS. Acho que olhando a situação hoje em dia, eu acho que o SUS não teria condições de mandar essa pessoa. O juiz até poderia virar e falar "tem que mandar", mas eu acho que o SUS não ia poder mandar.

A partir destes trechos, o debate tomou como pressuposto que o tratamento seria confiável, e portanto prolongaria efetivamente a vida de Armando. A confiabilidade saiu de cena e restou o debate sobre se seria possível ou não o tratamento no exterior. Somente um dos participantes considerou não estar capaz de proferir uma resposta sobre esta possibilidade; os demais mantiveram o argumento econômico, o que, segundo eles, justificaria a permanência de Armando no Brasil, novamente desconsiderando o direito à saúde. Veja:

B – Mas também tem que pensar que é a vida de um e 500 mil é investimento na vida de 100, 200.

A – Olha, eu não sei ainda a resposta, mas eu daria mais um dado aí. Todo dia tem gente sendo privilegiado com mais dinheiro no Brasil. Um doente de AIDS custa muito mais que um doente renal ou diabético. Isso é um privilégio porque sugam economicamente... falando sugam muito mais já hoje, há anos, desde o Serra que criou lá o programa... o José Serra... e hoje já sugam muito mais que um doente renal ou, de repente, até um doente de câncer. Hoje já tem sabe... desproporção... não tem, não tem nada de novo.

Nestes trechos, fica claro que o elemento econômico preponderou, mesmo na hipótese da confiabilidade do tratamento. A não apreciação do direito à saúde de Armando ficou latente ao observarmos termos como “privilégio” e “sugam” na fala de um dos entrevistados, que se referiu a determinados pacientes que necessitam da ajuda financeira do Estado para cuidarem de sua enfermidade.

3.5. O lugar da sociologia jurídica

A última parte do encontro do grupo consistiu no debate sobre a importância da sociologia jurídica para o ensino do direito. Segundo os relatos, assumir uma postura crítica envolve o reconhecimento de que a lógica jurídica está baseada em dicotomias de “sim” e “não”, de “certo” e “errado”, sendo preciso superar esta fronteira e reconhecer que os fenômenos sociais não servem a molduras fixas deste tipo pelo fato da sua complexidade ser singular. Considerar o singular, o particular, seria uma grande tarefa a ser desempenhada pela sociologia jurídica. Observe os trechos:

> *D – Não. Mas quando você, assim... você vai prestar seu serviço de advogado pra pessoa, você já entra na sua situação de defesa ou de... de acusação... quando você vai direcionar como seu pensamento praquela situação.*
>
> *D – aqui a gente tá vendo os dois lados, por isso que é complicado.*
> *Pesq. – Porque, como é que é essa diferença de ver? você como advogado tem que ver só um lado e aqui a gente estar vendo dos dois lados?*
> *D – Não, você vai buscar todos os seus argumentos praquele lado. Aqui não, você vê os dois lados.*
> *B – Aqui você busca todos os argumentos de um lado que você acha certo, aí depois você começa a ver os outros.*
>
> *Pesq. – Ta. Agora deixa eu perguntar pra vocês: como é que é esse negócio de pensar nos dois lados? Como é que você acha que é E? Assim, o que que implica isso, o que que implica pensar nos dois lados e trabalhar pensando nos dois lados? O que que isso traz de positivo?*
> *E – Tentar achar o correto no final né?*
> *C – Achar e ver a melhor opção.*
> *Pesq. – É.*
> *E – Analisar os dois lados.*
> *C – Saber um lado é ruim... acho que você tem sempre que analisar os dois pra tentar tirar uma conclusão equilibrada, entendeu? Senão, é aquele negócio de viver fechado tendo só uma visão. É ter mente aberta.*

Nestas passagens observamos uma ênfase na postura de ter de assumir "um dos lados" ser uma necessidade imposta pela própria lógica jurídica que, em certa medida, se irradia em outros campos do direito. Mais propriamente, é a lógica da prática jurídica que delimita a forma de pensar o direito a partir de outras perspectivas, como o ensino e a pesquisa. Esta lógica, que preconiza uma postura delimitada dos operadores, não corrobora com a atitude crítica e problematizante preconizada pela abordagem sociológica, que defende que se considere a complexidade dos fenômenos para além de molduras pré-existentes.

Os participantes, quando se depararam com os casos apresentados, sentiram incômodo em ter de lidar com questões que escapam ao direito positivo. Daí surgiu a importância de "pensar os dois lados" e considerar que não há uma decisão universalmente válida para todo e qualquer caso. Por outro lado, ainda é presente a idéia de que pensar em dois lados implica em reconhecer que um deles, *a posteriori*, será tido como "ruim" ao passo que o outro será tido como "bom".

Observamos que o reconhecimento da importância de pensar os dois lados não retira ou afasta a hierarquia valorativa existente no momento da opção por um dos lados. O argumento racional de pensar em ambos dá lugar à subjetividade e à irracionalidade ao considerar que um lado, a partir do momento da opção, seja melhor ou mais correto que o outro. Na verdade, a sociologia jurídica não propõe pensar o que seria mais correto, mas sim, a partir da análise das condições sociais em que o fenômeno ocorre, chegar à opção do que seria o mais adequado, sempre tendo como pressuposto de que toda e qualquer postura é valorativa e, por essa razão, não deve ser coloca em termos de "bom" ou "ruim". Prossigamos:

> *B – Ah! Eu acho que o profissional do direito ele... a principal crítica que a gente teve nas aulas de sociologia jurídica é que é muito técnico no sentido do conhecimento jurídico. Mas ele não tem um conhecimento, eh!, que seja fornecido pra ele no sentido de... de realidade mesmo de sociedade né? Então no caso desses três casos que foram apresentados, nessas três situações, não seriam situações que você poderia decidir exatamente no conteúdo da lei. Até onde a norma é suficiente?*
>
> *C – Eu gostei porque eu não tinha muito essa visão do direito. A gente vai andando e vai conhecendo né? Eu via muito o direito na parte da dogmática, aí eu comecei a ler esses textos que fala que o direito não vem acompanhando as novas tecnologias, li um texto dos notários, li uns textos também sobre pluralismo jurídico... com fatos também da realidade... pessoas que se*

formam no direito mas exercem profissões não jurídicas, não, é isso né? A questão dos novos tribunais, novas opções de você conhecer os seus direitos. É isso. Várias coisas que eu não tinha uma visão disso eu passei a ver mais através dos textos, das aulas.

E – Eu acho uma pena também no sentido de que, eh!, se você tivesse contato com as jurisprudências... essas são as pessoas mais brilhantes dentro do... do conhecimento jurídico. São pessoas que... não que elas não tenham o conhecimento das leis nem que elas não apliquem as leis, mas elas adequam aquilo de um jeito... elas tem uma percepção da lei na sociedade completamente diferente e mais inteligente.

A temática existente entre norma e sociedade é uma constante durante o encontro, e a sociologia surge nesta fronteira como uma disciplina que permite a sua superação, contribuindo para uma abordagem que considere a *norma em sociedade*. Segundo os relatos, a sociologia jurídica traz como contribuição a aproximação entre norma e realidade sob uma perspectiva crítica, a qual não se confunde com senso comum em virtude de seu rigor analítico. Por outro lado, chama atenção a passagem em que se valoriza a jurisprudência como uma via de aproximação entre realidade em saber, não percebendo que jurisprudência também é norma no sentido dogmático. A pesquisa e o ensino não surgem, neste contexto, como *locus* de mudança e de aproximação entre realidade e norma. Analisemos os relatos abaixo:

A – Você falou da disciplina né? Eu acho que a disciplina planta uma semente: "sai do seu mundinho, vai pra fora que esse mundinho não vai resolver os problemas". Tem que abrir sua cabeça. Há mais coisas envolvidas que o dogmatismo. Não se prenda a letra da lei porque...

Pesq. – Porque?
D – Porque se torna muito dogmático.
E – Porque fica só no dogmático e não há nada que te faz ser mais que máquina de decorar código e expelir sentença e achar isso, achar aquilo, tudo baseado num livro, num código entendeu? E aqui a gente praticou muito essa questão de ver a sociedade, de ver a realidade... esse ponto né... eu achei muito interessante.

A idéia de "plantar uma semente" é muito elucidativa do papel que a sociologia jurídica empenha no ensino do direito. Essa semente se caracterizaria pelo reconhecimento de que a sociedade é mais complexa que a norma, restando ao jurista "sair de seu mundo" e conhecer a realidade à sua volta. Trata-se de uma recusa ao reducionismo e de uma afirmação ao reconhecimento de que a explicação do direito pelo direito está fadada à insuficiência.

É importante ressaltar que a temática da jurisprudência e da sentença surgiu novamente neste relato pelo mesmo participante, agora não mais defendendo estes elementos como objetos privilegiados, mas sim como embebidos do dogmatismo. Como já foi explicitado anteriormente, aspectos dogmáticos ainda são encontrados mesmo naqueles que defendem uma postura mais crítica, haja vista a zona cinzenta que se encontra o ensino do direito, nem tão dogmático e nem tão crítico.

IV. CONCLUSÃO

A sociologia jurídica pode ser considerada um espaço importante para o processo de transformação da metodologia de ensino do direito, já que se trata de uma abordagem voltada para a realidade social com uma forte presença empírica. Não é possível, portanto, realizar uma "sociologia de gabinete", pois se deve analisar a diferença no plano do concreto. E para ter essa sensibilidade às diferenças, o ensino jurídico deve ser dotado de um maior rigor científico, com ênfase na análise crítica, problematizante e se afastando do senso comum. A sociologia traz a idéia de que a objetividade do conhecimento jurídico deve ser problematizada em prol da contextualização e das especificidades dos fenômenos. Esta abordagem problematiza, polemiza e aquece a crítica à perspectiva historicamente consolidada do dogmatismo. Ao enfatizar os pressupostos científicos e a explicação do direito para além do próprio direito, a sociologia tem possibilitado avanços importantes no âmbito da metodologia de ensino.

O caminho de institucionalização e consolidação da sociologia jurídica no campo do direito ainda tem muitos desafios que remetem tanto à abordagem da disciplina quanto aos obstáculos epistemológicos inerentes ao ensino e à pesquisa. Os relatos nos apresentam um caminho positivo, pois observamos que os participantes estão abertos a uma reflexão crítica e problematizante do paradigma dogmático ora predominante, preconizando uma análise multidisciplinar sobre os fenômenos jurídicos.

Certamente, a crise do paradigma dogmático não se dá de forma vertical ou de forma repentina, mas sim por meio do cotidiano de práticas sociais que definem, delimitam e promovem a transformação na forma de ensino. Seguramente, a sociologia tem contribuído para este movimento ao incorporar o caráter empírico em suas reflexões,

afastando-se, em certa medida, do obstáculo epistemológico calcado em teorias e abstrações não necessariamente consoantes com a realidade e pouco sensíveis às mudanças sociais. Esta mudança de paradigma, como observamos, não se dá de forma completa e linear, trazendo ambigüidades, contradições e conflitos que subjazem tanto na via institucional quanto de forma subjetiva nos atores sociais. Os participantes, em diversas passagens, manifestaram momentos de conflito entre o obstáculo epistemológico sustentado pelo paradigma dogmático e a perspectiva sociológica; porém, isso não quer dizer que não reconheceram a importância desta perspectiva como *locus* de superação do ensino tradicional por meio da ênfase em uma abordagem crítica e problematizante do direito e das instituições jurídicas.

Deste modo, o importante talvez seja a assunção de uma flexibilidade intelectual para sermos capazes de mudar de paradigma. Por isso, muito mais do que uma bandeira a ser defendida, a Sociologia Jurídica implica em uma nova postura diante dos fenômenos jurídicos, redefinindo radicalmente o papel de diversos atores (estudantes, professores, operadores do direito, etc) no contexto social em que estão inseridos.

V. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith & GEWNDSZNAJDER, Fernando. *O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa*. São Paulo: Editora Pioneira, 2000.

CARBONNIER, Jean. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim (orgs.). *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000

BACHELARD, Gaston. *A formação do espírito científico*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996

_____. O novo espírito científico. In: PESSANHA, José Américo (org.). *Os Pensadores – Bachelard*. São Paulo: Abril Cultural, 1978

EHRLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, Cláudio & FALCÃO, Joaquim (orgs.). *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

FERREIRA FILHO, Valter Duarte. Obstáculo epistemológico e inconsciente científico. In: FERREIRA FILHO, Valter Duarte. *Economia: obstáculo epistemológico*. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1997.

FLICK, Uwe. *Uma introdução à pesquisa qualitativa*. Porto Alegre: Bookman, 2004

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005

REA, Louis M. & PARKER, Richard A. *Metodologia de pesquisa: do planejamento à execução*. São Paulo: Pioneira, 2002.

ENTRE MUROS E JANELAS – BARREIRAS PARA A PRODUÇÃO DE JUSTIÇA EM FAVELAS DO RIO DE JANEIRO

Rodolfo Noronha*

RESUMO

Entre muros e janelas procura provocar um breve tensionamento com a clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à justiça*, não no sentido de negá-la, mas no sentido de reforçar sua análise em torno das possíveis reformas que visem possibilitar acesso à justiça a todos que dela precisarem. Duas das premissas dos citados autores são atacadas: a observação do Direito pelo Direito, como forma de compor os elementos essenciais destas reformas; e o foco na geração de acesso à justiça prioritariamente para "pobres". Como dito acima, não se pretende negar essa imensa contribuição ao Direito moderno, mas sim trazer outros elementos: em primeiro lugar, a divisão da sociedade em "pobres" e "não pobres" pode comprometer as políticas públicas de produção de justiça, pois estas não considerariam diversas outras nuances que permeiam o tecido social. É preciso ampliar os horizontes para se chegar mais próximo de uma tarefa completa; em segundo lugar, a observação do Direito pelo Direito, empregada na obra, em si, não e problemática. Muito se produz e se pode produzir desta forma. Mas é incompleta. Outros recursos – encontrados na história, na sociologia e na antropologia – devem ser utilizados. Como demonstração dessas duas premissas, busca-se analisar dois fatos históricos constitutivos da sociedade brasileira: o processo de independência e o processo de instauração do ensino jurídico no Brasil. Em complemento, procura ainda se aproximar do contexto social de favelas do Rio de Janeiro; tratam-se de espaços mais complexos do que simplesmente "áreas pobres"; portanto, políticas públicas de produção (e de acesso) de justiça que não observem essas complexidades também restarão incompletas.

PALAVRAS-CHAVES: ACESSO À JUSTIÇA; FAVELAS DO RIO DE JANEIRO; HISTÓRIA DO DIREITO NO BRASIL; DIREITOS HUMANOS

ABSTRACT

Between walls and windows looks for to provoke a brief tensioning with the classic workmanship of Mauro Cappelletti and Bryant Garth, *Access to justice*, in the direction not to deny it, but to strengthen its analysis around the possible reforms that they aim at to make possible access to the justice to that of it to need. Two of the premises of the cited authors are attacked: the comment of the Law for the Law, as form to compose the essential elements of these reforms; and the focus in the generation of access to justice with priority for "poor persons". As said above, it is not intended to deny this immense

* Especialista em Gestão de Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes; Mestrando em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense.

contribution to the modern Law, but to bring other elements: in first place, the division of the society in “poor” and “nor poor” persons can compromise the public politics of justice production, therefore these would not consider diverse others important things in societies. It is necessary to extend course of action to arrive itself next to a complete task; second, the comment of the Law for the Law, used in the workmanship, in itself, not a dilemma. Much is produced and if it can produce in such a way. But she is incomplete. Other resources - found in history, sociology and the anthropology - must be used. As demonstration of these two premises, this article search to analyze two constituent historical facts of the Brazilian society: the process of independence and the process of instauration of legal education in Brazil. In complement, it still looks for to come close itself to the social context of slum quarters of Rio de Janeiro; they are about more complex spaces of what simply “poor areas”; therefore, public politics of production (and access) of justice that also do not observe these complexities will remain incomplete.

KEYWORDS: ACCES TO JUSTICE; SLUMS IN RIO DE JANEIRO; HISTORY OF LAW IN BRAZIL; HUMAN RIGHTS

INTRODUÇÃO

As reflexões trazidas pelos estudos de Bryant Garth e Mauro Cappelletti (2002) trouxeram profundas mudanças no jeito de fazer justiça para pobres no mundo inteiro. A partir das reformas e instituições levantadas pelo “Projeto Florença”, puderam nos proporcionar uma profunda visão dos dilemas e desafios de se perseguir um sistema que seja “igualmente acessível a todos” e também produza “resultados que sejam individual e socialmente justos” [1]. Os autores identificam três ondas, necessidades traduzidas em ações que visam perseguir o acesso à justiça como “requisito fundamental – o elemento mais básico dos direitos humanos” [2]. São elas: a *assistência judiciária universal* – para todos, pobres inclusive; a capacidade de proporcionar a defesa e promoção de *interesses difusos*; e, finalmente, um *novo enfoque de acesso à justiça*, que permita uma concepção mais ampla da questão. Essa leitura foi ampliada por Kim Economides (1999), que por sua vez desenvolve as linhas até então traçadas e acrescenta ainda a emergência de se perquirir por mais uma nova onda: o *acesso à informação jurídica* e o papel desempenhado pelas chamadas *novas profissões jurídicas*.

[1] Pg. 8.
[2] *Opus cit*, pg. 12.

Ao analisar o contexto brasileiro, é inegável a contribuição para a formação de instituições (organizações e reformas legais) que beberam nesta fonte. Isso nos levaria a crer que o estado brasileiro se aproxima de um modelo de acesso à justiça "ideal", onde bastariam tratar de todos os dilemas levantados por Garth e Cappelletti para se proporcionar este direito tão fundamental. Entretanto, e para nossa decepção, essa afirmação não é de todo verdadeira: a questão é um pouco mais complicada do que pode parecer. Muitos avanços foram consagrados recentemente tanto na legislação quanto nas políticas públicas, especialmente no tocante às relações entre o Poder Judiciário e sociedade de uma forma geral (e em especial, às classes pobres da qual se preocupam Garth e Cappelletti). Destacam-se as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, a Lei 9.099/90 (estabelece e regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais) e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), tanto quanto as reformas em curso dos Códigos de Processo Civil e Código Civil. A criação da Secretaria de Reforma do Judiciário, no âmbito do Ministério da Justiça, além de diversas outras iniciativas dos Tribunais de Justiça e da sociedade civil demonstram claramente a tentativa de realizar essa aproximação e favorecer uma concepção de acesso à justiça como direito fundamental.

As contribuições acima narradas, inegavelmente, não se depositaram apenas nas instituições criadas ou reformuladas. Mudou-se o paradigma de acesso à justiça, elevando-o como preocupação importante de operadores do direito, legisladores e formuladores de políticas públicas. Entretanto, a análise fundamentada do "Projeto Florença" em pesquisas desenvolvidas em diversos países carece de alguns elementos fundamentais. Analisou-se o direito pelo direito; os conflitos, individuais, coletivos e difusos foram estudados desde o ponto de vista do jurista. E do jurista que se utiliza de elementos do próprio Direito, e tão somente, para realizar essa observação. Tal fato pode ser percebido ao longo de toda a obra, seja ao afirmar que não se deve "resistir aos invasores" (economistas, antropólogos, cientistas políticos, psicólogos e sociólogos, segundo eles), mas sim, "reagir a eles de forma criativa" [3], seja na abordagem do "enfoque do acesso à justiça" que exigiria "o estudo crítico e reforma de todo o *aparelho judicial*" (grifo nosso) [4] – e apenas do aparelho judicial, e não do mundo em sua volta, que o rodeia mas que o penetra também. Não estamos aqui a afirmar, ousada e pretensiosamente, que os caminhos apontados por Garth e Cappelletti, especialmente,

[3] *Opus cit.*, pg. 8.
[4] *Opus cit.*, pg. 75.

são caminhos tortos; pelo contrário, essa reflexão foi e é fundamental. Mas carece de elementos. Mais propriamente, o presente artigo busca, para parafrasear as palavras de Zygmunt Bauman (1995), "cobrir de carne sociológica e histórica" este tão importante estudo. A afirmação segue no sentido de que carece de categorias sociológicas e do recurso à história.

Especialmente se formos estudar o caso brasileiro. De toda a sorte, os autores encerram o "alvo" de seus esforços na promoção da classe pobre como objetivo prioritário (embora lancem o desafio, e destaquem as experiências contra ou a favor deste sentido, de se promover não somente acesso à justiça para pobres, mas para todos que dele precisam e não possam manter os custos de uma assessoria jurídica[5]). Essa categoria, "pobres", é por demais extensa e pouco nos fornece em relação a questões específicas de acesso à justiça. Específicas, mas generalizáveis. O que se defende aqui é um olhar mais aproximado, não como negação, mas como complementação do olhar dos autores citados. Garantir acesso à justiça aos pobres, de uma forma geral, é importante; mas também existem grupos sociais que tem dificuldades de acesso exatamente por suas particularidades – e precisam de um olhar mais aproximado para se completar as conclusões desta obra. Um olhar que compreenda também outros tipos de barreiras, ligadas à história da formação do Direito no Brasil; mas também de sua própria história constitutiva. São elementos que separam categorias sociais específicas da realização do acesso à justiça. As instituições criadas a partir dessas visões, por sua vez, também carecem deste tipo de "enchimento" sociológico, histórico e antropológico; não considerar essas nuances seria, de toda a forma, realizar tarefa incompleta. Para efeitos simultâneos de demonstração deste ponto de vista, mas também de avanço neste sentido, propõe-se aqui estudar, como ensina Pierre Bourdieu (2006), um contexto específico que seja generalizável. Desta forma, analisemos como se realiza o acesso à justiça por pessoas que morem em favelas do Rio de Janeiro. Nas linhas que se seguem, procuraremos justificar essa escolha, procurando brevemente e de forma humildemente incompleta definir afinal do que se trata este espaço, e por que merece um olhar mais apurado.

1. Muros que separam

[5] Mais propriamente, fazem a defesa, neste sentido, de alguns dos modelos em que a assessoria jurídica é garantida gratuitamente a todos que dela precisem.

A afirmativa central destas linhas é a de que existem barreiras que impedem a realização de justiça em favelas do Rio de Janeiro. Essas barreiras são de diversas ordens (inclusive geográficas, como os próprios autores ensinam – "Para começar, é conveniente tornar o judiciário tão acessível quanto possível" [6]). Mas para trazer mais desalento do que conforto, não são apenas as barreiras localizáveis pelo estudo do Direito através do Direito. Tão certo de que a categoria "pobres" é incompleta por que deixa de considerar outras dimensões, em especial a histórica e a antropológica, essas barreiras também o são. Precisamos portanto destacar e elucidar algumas questões que transcendem a leitura puramente jurídico-econômica. A máxima de que estamos em uma cidade partida, entre "morro" e "asfalto", é uma pequena demonstração desses muros. Muito se fala nesse binômio, pouco se discute sobre suas origens. O primeiro desafio que se apresenta é desanuviar as percepções aparentes, fazer aparecer os muros invisíveis para procurar saber como ultrapassá-los. E por que não, começar com uma provocação. O debate que explica essa divisão entre "morro" e "asfalto" normalmente se dá no campo das desigualdades sociais. E portanto, as desigualdades produzidas no terreno do acesso à justiça, mais exatamente da prestação jurisdicional do estado, acabam sendo justificadas por essa mesma origem, como se aumentando a qualidade de vida de um determinado grupo populacional bastasse para melhorar suas condições de acesso à justiça. Não só não é verdade que a desigualdade jurídica é filha (somente) das desigualdades sociais, nem é verdade dizer que resolver as questões econômicas de uma área bastariam para causar impacto na prestação de justiça. Não existe apenas um muro, sócio-econômico. Não se pode explicar desigualdade jurídica somente pelos dados sócio-econômicos de uma população; tanto quanto o espaço aqui privilegiado, o espaço de favelas, não pode ser definido somente como depositário de pessoas nos estratos inferiores da pirâmide social. O cenário é ainda mais grave. Procuremos na história de constituição de nosso país e da cidade do Rio de Janeiro alguns rastros de elementos que impedem ou prejudicam a produção de justiça em áreas de favelas.

2. Breve sociologia histórica do Direito no Brasil

Para demonstrar esse ponto de vista, necessário se faz discorrer sobre a constituição do sistema jurídico no Brasil e na Europa No continente europeu, o Direito

[6] *Opus cit.*, pg. 102.

se formou como uma forma de equilibrar as relações desequilibradas pelo mercado. Com o arrefecimento dos grandes conflitos entre reinos e a constituição da cidade como principal espaço de relacionamentos, o *mercado* pôde se instalar como instituição. Reuniam-se condições para a unificação de reinos e a constituição dos estados-nação, mais ou menos como os conhecemos hoje. Até então, o sistema de privilégios estabelecia uma situação de desigualdade formal: a população era dividida, formalmente, em grupos, dotados de determinados privilégios. A noção de direitos fundamentais ainda era uma idéia, que ganhava força por conta das revoluções burguesas, movendo intensamente um processo de conquista de direitos, que caracterizou a formação dos direitos fundamentais. Não havia mais como sustentar esse estado de coisas em que as pessoas eram igualmente desiguais: sociedade dividida uniformemente entre plebeus, clero e nobreza, e esses com subdivisões e privilégios típicos e legais de classe. Com o mercado, as relações, até então igualmente desiguais se desigualavam: uma coisa era a arena política, com papéis muito bem definidos e poucas chances de mudança social; outra coisa eram as relações nascidas com o mercado, onde as posições podiam ser trocadas de acordo com a capacidade de produção e acúmulo. Trata-se tão somente da transição entre o sistema feudal de produção, que privilegiava a posse de terras, e por isso era de certa forma estável, para o modo de produção do sistema capitalista, onde o mercado assume o papel de mediador de produções, e onde as relações, comparativamente, eram extremamente instáveis. Contra a eternidade dos títulos de poder auferidos pela linhagem sanguínea, a instabilidade, volatilidade e mobilidade proporcionadas pelo mercado. Assim, era necessária alguma outra invenção humana que equilibrasse as relações constituídas pelo mercado, que redefinisse os papéis, já que o sistema de privilégios não dava conta de conter as desigualdades produzidas pelo novo modo de produção.

Esse instrumento foi o Direito, como sistema. A noção de legislação já existia, mas nem tanto como conjunto de normas e fluxos, menos ainda com a função principal de equalizar e regular as relações humanas. Claro que esse era o ideal de um sistema que se desenhava a partir das idéias liberais, não necessariamente condizendo com a realidade. Nem mesmo na Europa, o Direito é ou foi capaz totalmente de equilibrar as relações constituídas pelo mercado; mas se destina a isso.

No Brasil, a história foi um pouco diferente. No início do séc. XIX, grande parte da população se concentrava no campo, e era composta principalmente por senhores de terras e escravos. As cidades, em volta de seus portos (algumas das atividades

econômicas urbanas mais lucrativas estavam ligadas à exportação), eram compostas basicamente por pequenos comerciantes e escravos. Entre os séculos XV e o início do XIX, Keith Rosenn (1998) nos ensina que o controle do império sobre a colônia era frouxo: "Portugal sofria da falta de recursos humanos suficientes para impor rígido controle sobre seu vasto império" [7]. E vai além: "a Coroa Portuguesa se recusava a desviar para o Brasil fundos suficientes para criar a infra-estrutura necessária para a efetiva execução das leis" [8]. A solução era nomear julgadores da própria colônia. O poder se tornava cada vez mais centralizado na capital do Império, enquanto que na colônia, tornava-se cada vez mais descentralizado, segundo Rosenn, "nas mãos de diversos senhores de engenho (...). Especialmente nas áreas rurais, a administração portuguesa era totalmente ineficaz. A justiça (a pouca que existia) era, na prática, administrada pelos grandes senhores da terra que controlavam os militares" [9]. Em 1808, o Brasil colônia recebe a ilustre visita da corte real portuguesa. A família real trouxe consigo na bagagem um extenso arcabouço jurídico de normas e procedimentos, típicos da capital de um reinado em uma posição central na política européia, em especial na defesa da fé cristã. A periferia virou capital, a colônia passou a concentrar o poder político do Reino Unido de Portugal e Algarves. E assim, os procedimentos e normas jurídicas utilizados na antiga metrópole para administrar um sem número de relações foi transposto, literalmente, para uma colônia que contava com alguns milhares de habitantes. Entretanto, essa transposição não significou que o sistema judiciário se estendeu para seus habitantes. Como ensina Joaquim Falcão (1979): "Until 1822, conflicts within civil society were handled by local authorities, while conflicts within the state or between the state and civil society were handled by agents from the Metropolis, Portugal"[10].

Mas esse não foi um período de tranqüilidade para a família Real. A vinda abrupta para o Brasil, acossada pela invasão de Portugal por Napoleão, acaba por causar grandes mudanças na vida do carioca daquela época. Anos mais tarde, D. João VI retorna a Portugal, deixando seu filho D. Pedro como príncipe regente. Devido aos intensos distúrbios tanto em Portugal quanto na colônia, D. João VI aconselha a seu filho a separar o Brasil de Portugal, e em 7 de setembro de 1822, após intensas negociações e o auxílio luxuoso da sempre "amiga" Inglaterra, D. Pedro se torna

[7] *Opus cit.*, pg. 38 e 39.
[8] *Opus cit.*, pg. 39.
[9] *Opus cit.*, pg. 39.
[10] *Opus cit.*, pg. 21.

Primeiro, e declara a Independência do Brasil. E mais uma vez fazendo recurso a Joaquim Falcão, para complementar esse argumento e clarificar o episódio histórico: "Conflicts between the state and civil society were transformed more and more into conflicts between colonizers and the colonized. They soon become a fight for independence" [11].

Vamos um pouco mais além na história, mais exatamente para os debates que se seguiram à independência: a necessidade de criação de uma elite nacional que administrasse o estado. Mais exatamente, vamos seguir para os debates entre os anos de 1823 e 1827, onde a legislatura decidia sobre importante tarefa: escolher em que modelo educacional investir, perante recursos escassos de um império brasileiro nascente. Os três "filhos de Sofia" refletiam a concepção ideológica que se pretendia para o projeto de Brasil como nação independente: investir no ensino básico; investir em escolas de ofício (profissionalizantes); ou investir no ensino universitário. Não apenas universitário, mas ensino superior que preparasse essa burocracia estatal: o ensino do Direito. Joaquim Falcão (1984), mais uma vez, nos demonstra o caminho escolhido: o Brasil teve duas instituições de ensino superior jurídico gratuito (ou seja, financiado pelo estado) – Olinda e São Paulo – antes de ter ensino básico acessível à população.

Vejamos os argumentos de cada lado. E assim, poderemos perceber as ideologias por trás de cada um. Em favor do ensino básico, ou seja, da alfabetização, Lino Coutinho afirmava que "uma instrução da classe, chamada povo, é um elemento de que depende a felicidade do estado (...) saber ler e escrever depende a prosperidade da nação" [12]. Pelos liceus, brandia Batista Pereira: "nós devemos cuidar mais em estabelecimentos úteis à pobreza do que aos ricos. Por conseqüência, meu parecer é que, em todas as cidades, se façam liceus de estudos maiores, em que a mocidade procure adquirir os conhecimentos, para poder exercer no seu País os ofícios e artes" [13].

Lembremos que os recursos eram escassos: a nação recém-independente vinha sendo drenada nos anos anteriores, durante sua condição periférica, pela economia central. A discussão era de grande relevância, pois significaria o projeto desejado para a arrancada do jovem império. Pelo lado da universidade, defendia Andrada machado: "sou de voto de se estabelecerem somente colégios jurídicos (...) e creio mesmo que não há de haver um brasileiro bem educado que não queira aprender os princípios de Direito

[11] *Opus cit.*, pg. 21.
[12] *Opus cit.*, pg. 18.
[13] *Opus cit.*, pg. 18.

Público Universal, pois como há de querer apresentar-se na Assembléia e ser legislador, sem saber o que legisla?" [14]. A opção escolhida, já sabemos qual foi. O ensino jurídico em duas cidades, financiado pelo estado. Vejamos mais amiúde, como Joaquim Falcão nos demonstra, o pano de fundo ideológico que cercou essa decisão. Tratavam-se de dois elementos fundacionais de nossa nação, representados pela constituição do ensino jurídico como prioritário: a formação de uma elite burocrática, que cuidasse muito mais da administração do estado que dos conflitos individuais e coletivos; e a independência cultural como prolongamento necessário da independência política. Quanto a este segundo argumento, lembremos que não significou necessariamente o fim da dependência econômica. Menos ainda, independência política não significou independência cultural. Mudam-se os jogadores – sai Portugal, entra a Inglaterra – mas o jogo continua quase o mesmo. Contemos mais uma história para ilustrar sua dimensão política e o sentimento de nacionalidade. Mais uma vez, a palavra a Joaquim Falcão: "Exemplificativa é a argumentação em favor da adoção dos Estatutos do Visconde da Cachoeira em lugar dos Estatutos de Coimbra. Qualquer estudo mais acurado revela que Cachoeira plasmou seus Estatutos nos de Coimbra. No fundo, tão coimbrã quanto. Mas, para nossos parlamentares, os estatutos de cachoeira carregavam o peso da autoridade" [15].

Quanto à primeira, pensemos que também era alimentada por esse sentimento de nacionalidade. Um sistema jurídico recém-nascido, que herdara as características de seu ascendente, o sistema português, precisava ao mesmo tempo de agentes hábeis para recobrar e reafirmar a autoridade; mas também que pudesse gerar novos estatutos e procedimentos. Notemos ainda outra característica marcante: "A demanda pelo ensino superior nascia do meio social imediato dos parlamentares; seu círculo de relações" [16]. Muitos deles estudaram na Europa; isso não significa neutralidade, ou a sensação de serem os mais aptos a perpetuar tal tarefa; mas sim o desejo de um rearranjo que permitisse às elites se entranharem na máquina estatal. Acrescente-se a isso o seguinte: o fato do ensino ser gratuito não significou (nem era realmente a intenção) a possibilidade de acesso pelas diversas classes sociais. Mas sim, a facilitação do processo de ingresso da juventude burguesa brasileira ao ensino universitário – como uma compensação aos anos a fio em que as nobres famílias brasileiras enviaram seus

[14] *Opus cit.*, pg. 18.
[15] *Opus cit.*, pg. 20.
[16] *Opus cit.*, pg. 19.

rebentos rumo aos estudos na Europa. O ensino jurídico brasileiro tinha destino claro: equipar a burguesia crescente de meios para governar o estado.

Estes são episódios centrais e fundacionais de nossa história, como muitos outros, para explicar em poucas linhas como se deu o processo de consolidação do Direito (como sistema de normas e procedimentos) em nosso país. Além de (financeiramente) negociada, nossa independência foi aconselhada – pela metrópole, mesmo que uma outra metrópole. Muitos outros poderiam ser citados, mas a experiência de concepção, nascimento de nosso país e do ensino jurídico (a segunda visceralmente ligada à primeira) dá conta do recado. Na ausência de um processo de conquistas, mesmo que burguesas, de direitos civis, ou melhor, de um processo tardio de consolidação destes direitos, nossa tradição aqui se encontra carregada de elementos constantes na cultura jurídica conservadora e formalista, recheada de procedimentos e normas, como assevera Keith Rosenn, e com uma questão de igualdade jurídica formal mal resolvida. Para além das desigualdades sociais, nossa cultura é permeada por uma profunda desigualdade jurídica. Diferentemente do sistema de direitos, e de forma mais simples, o mercado aqui se instalou, mas não acompanhado de um sistema que o equilibrasse (ou ao menos se dedicasse a equilibrar). O sistema de direitos inicialmente dedicava-se tão somente a regular as relações, especialmente entre indivíduos e a coroa, e ao longo do tempo, até mesmo a proteger a coroa (ou, mais tarde, o estado) contra indivíduos, ou o "inimigo interno" [17]. As desigualdades sociais acabam agravadas por um contexto de desigualdade jurídica.

Aqui, não estamos falando somente da aplicação das leis. São percebidos em nosso ordenamento jurídico institutos inexistentes em qualquer outro. Como exemplo, podemos citar o foro privilegiado e a imunidade parlamentar, que visa proteger a função, e não a pessoa que a ocupa, mas abrange também delitos que nenhuma relação tem com a função pública exercida. Muitos são os argumentos que defendem essa posição. Apesar de razoáveis, esses argumentos não se repetem. O Brasil é o único país em que valem – é o único país a conceder esses privilégios. Também poderíamos citar o enfoque patrimonialista que nosso Direito carrega consigo. Um belo exemplo é o crime de Latrocínio. Matar para roubar, encontra-se distante do capítulo sobre os crimes

[17] Embora caiba ressaltar que Joaquim Falcão (1984) estabelece essa relação entre a ideologia liberal própria dos bacharéis no Brasil e o estado, como um paradoxo: são treinados para operar o estado, e protegê-lo, assegurando dominação; ao mesmo tempo, a ideologia liberal que permeia desde seu nascedouro o ensino jurídico colocou os advogados na linha de frente pela luta de direitos fundamentais na história brasileira.

contra a vida: nos crimes contra o patrimônio. Aparentemente, para nosso Direito, mais vale o patrimônio à vida.

3. Favela: Do que se trata?[18]

Depois dessa imersão histórica, falando sobre o sistema jurídico – especialmente a sua fundação no Brasil, falemos agora do sujeito ao qual estamos pretendendo nos referir no presente artigo. E mostrar que as tentativas de combinar um com o outro – sistema jurídico com espaços de favela – só pode render algum resultado positivo, de acesso garantido à justiça, se esses elementos histórico-culturais forem observaods. Pode causar estranheza a tentativa de transcender o conceito levantado por Garth e Cappelletti de "pobres" como alvo privilegiado de políticas públicas de produção de justiça. Mas o que defendemos aqui são dois elementos complementares: a) as relações sociais não são determinadas pelo status sócio-econômico apenas. Existem variáveis culturais importantes; e b) em se falando de favelas, como um exemplo, um contexto específico generalizável, podemos demonstrar este primeiro elemento. Para cumprir tal tarefa, nos aproximemos mais de perto deste espaço social. Antes de prosseguir, e para reforçar o que acabamos de dizer: não o elegemos como forma de tratar este espaço e seus habitantes como "pobres coitados", merecedores de nosso carinho e atenção. A questão é muito mais lógica e racional. Este espaço compõe relevante cenário. Tão relevante quanto específico – o que o faz merecer observação mais detalhada durante o ato de julgar, aplicar a lei no caso concreto. São essas duas afirmações que pretendemos demonstrar nas próximas linhas.

Procuramos definir afinal do que estamos tratando quando utilizamos o termo favela. Assim, é importante investigar as percepções sobre o espaço de favelas, lugar comum no Rio de Janeiro, mas ainda longe de uma definição clara sobre o que afinal significa. Portanto, não ousa resolver o problema de uma definição; pelo contrário, o esforço é o de demonstrar a complexidade que o termo encerra, e assim, a dificuldade em defini-la e diferenciá-la em relação a outros espaços da cidade. Ainda assim, e esperançosamente, mesmo reconhecendo seus limites, busca rastrear algumas pistas que possam ajudar em uma definição. A idéia central se divide em duas tarefas: procurar

[18] Este setor do presente artigo foi extraído de uma pesquisa ainda em andamento, realizada pelo NDH/PUC-Rio - Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro: *Entre a realidade e a realização: Acesso à Justiça e Consciência de direitos em favelas do Rio de Janeiro.*

eliminar as percepções correntes provenientes do senso comum, de um lado; e buscar parâmetros mínimos de definição, que não encerrem o assunto (afinal, além das possíveis objeções acadêmicas, sempre restará lugar para o morador de favelas obstar definições externas), mas que possibilitem a comparação e distinção com outras áreas.

Ao invés de procurar pelas definições e seus defensores, procurou-se atuar diretamente com as críticas já existentes a estes tipos de definições. Ganha-se em tempo e substância. Uma primeira visão tradicional facilmente percebida é a de que *asfalto & favela* compõe uma dualidade inexorável, separadas por uma distância sócio-econômica, que as dissocia profundamente. Bernardo Sorj (2003) procura subverter essa visão, afirmando que "Essa visão se sustenta tanto na tendência natural de pensar em oposições como na sua capacidade de mobilizar sentimentos morais e preconceitos. Mas não se sustenta na realidade social" [19]. Para defender este raciocínio, segue discorrendo brevemente sobre a formação da favela no Rio de Janeiro, como uma espécie de categoria social que cristaliza sua imagem calcada na forma como se apresenta na origem, mas que se transforma profundamente ao longo do tempo, segundo ele, "perdendo suas características originais (...). De um fenômeno populacional marginal, passou a representar uma parte relevante da cidade" [20]. O mesmo autor segue tratando das dificuldades em se estabelecer a favela como uma categoria permanente e cristalina: "Na prática, hoje no Rio de Janeiro, sob o ponto de vista legal e sócio-econômico, é difícil de ser identificada a distinção entre favela e bairros de baixa renda urbanizados, a não ser pela associação tradicional de certos conjuntos habitacionais à denominação "favela" [21].

Essa idéia nos ajudará mais à frente, pois contém um elemento importante para estabelecer o que é favela, a "associação tradicional" a qual se refere. Por ora, é mister nos concentrar no que ele se refere como dificuldade de distinção entre favelas e bairros de baixa renda. Em nosso auxílio, Gabriela Oliveira da Motta (2000) sinaliza que as favelas fluminenses são caracterizadas pela percepção corrente por conterem uma população localizada nos estratos sócio-econômicos mais baixos, ou seja, se traduzem em populações de baixa renda. Assim, sua definição mais imediata e ao mesmo tempo tradicional estaria pontuada pelo status sócio-econômico – o que de plano corroboraria com a visão simplificadora de Garth e Cappelletti, e tornaria essas páginas inúteis.

[19] SORJ, Bernardo. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 2003. *brasil@povo.com: A luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação*. Pg. 93.
[20] *Opus cit.*, pg. 94.
[21] *Opus cit.*, pg. 95.

Entretanto, a mesma autora critica esta posição, afirmando não existir necessariamente um padrão de pobreza que as caracterize. Ressalta ainda que existem fatores que, ao inverso de possibilitar uma generalização, constituem especificidades, complicando qualquer tentativa de enquadramento homogêneo (sua obra se dedica exatamente a criticar as políticas públicas que as tratam de forma geral e homogênea). Na impossibilidade de uma generalização a partir de critérios sócio-econômicos, procuraremos buscar outras formas de caracterização generalizáveis (ainda que renunciando à tentação de encerrar as favelas como categoria homogênea).

Novamente, Bernardo Sorj traz uma reflexão que ajuda a desmistificar essa aparente distinção. Citando pesquisa realizada pelo núcleo Favela, Opinião e Mercado do Iser – Instituto de Estudos da Religião - chega a resultados que tomam de assalto essa visão tradicional: "51,3% dos moradores pertencem à classe C, 24, à classe B (dos quais 17,3% fazem parte da classe B2 e 6,8% da classe B1) e, surpreendentemente, 2,5% à classe A2. Apenas menos de 1% pertence à classe E"[22]. A estimativa atual da população vivendo em favelas é de cerca de 2 milhões de pessoas; 2,5% deste total seriam em torno de 50.000 pessoas. 24% (classe B) seriam, portanto, cerca de 480.000 pessoas. Tal pesquisa se utilizou do Critério Brasil de Classificação Social, que considera os bens de consumo e moradia do grupo entrevistado para estabelecer essa classificação. Além de derrubar a visão tradicional de que favelas são o *locus* da pobreza (e somente isso), essa pesquisa nos dá mais pistas para definir melhor afinal, do que se trata uma favela. Em primeiro lugar, por que registra que a porcentagem de moradores proprietários nas favelas é muito superior à média do restante da cidade: 90%. Em segundo lugar, pois registra que em termos de bens de consumo individuais (eletrodomésticos e utensílios do lar), essa população analisada se coloca em outro lugar na pirâmide social em relação ao que era esperado. Mas em se tratando de bens de consumo coletivos, ou mais ainda, de serviços públicos estatais, essas áreas são caracterizadas exatamente pelo inverso. A conclusão à qual chega Bernardo Sorj é exatamente neste sentido: "No que depende da capacidade pessoal ou familiar de adquirir bens de consumo individual, os moradores de favela estão relativamente incluídos, mas continuam excluídos dos bens de consumo coletivo". E dá ainda outra pista: "A associação de favela à violência fez renascer o estigma de morar na favela, o que leva muitas vezes seus moradores a fornecerem outro endereço de moradia ao

[22] *Opus cit.*, pg. 96.

procurarem emprego" [23]. Essa dificuldade de definição – se centrada no viés sócio-econômico ou na dualidade *asfalto &* favela – é exposta por Marcos Alvito. Ele demonstra que segundo dados recentes, a população de favelas ocupa lugar significativo em termos proporcionais de população na cidade do Rio de Janeiro: o Censo 2000 registrou que haviam 1.092.783 pessoas morando em favelas para uma população de 5.851.914 no município do Rio de Janeiro. As favelas, neste momento, representavam 18.67% do total da população. Mais ainda, mostra que entre 1990 e 2000, o crescimento da população em favelas se deu na ordem de 2,4% ao ano neste município, enquanto que o restante da cidade cresceu 0,38%, ou seja, a um ritmo seis vezes maior; é de se imaginar que não se trata de uma minoria, um pequeno grupo incrustado na cidade, mas sim de uma população que ocupa posição importante em seu desenho urbano, o que se reflete em diversas manifestações que de uma forma ou de outra, contribuem para a vida da cidade: urbanísticas, mundo do trabalho, lazer, transportes, e finalmente, produção de justiça. Vale lembrar que, seguindo esses dados e projetando para o ano de 2007, a população de moradores em favelas, neste ano, seria de cerca de 1.276.370 pessoas, enquanto que a população do restante da cidade hoje seria de 4.885.723, e a da cidade total, seria de 6.162.093. A proporção de moradores de favela na cidade do Rio de Janeiro seria de 20,7%. A cada 5 cariocas, um mora em favelas.

Para uma conclusão preliminar (e portanto incompleta), pode-se dizer que o espaço de favela na cidade do Rio de Janeiro recebeu diversas significações ao longo de sua história. As mais relevantes foram aqui iluminadas: favela como espaço de populações pobres; favela como espaço das ausências, das carências, da desordem e do caos, e da criminalidade que deste estado de coisas emergiria. Todas essas concepções têm algo em comum: são redutoras de uma realidade que, como demonstra Alvito, é por demais significativa para ser desta forma encerrada; segundo Sorj, é também suficientemente complexa para que seja reduzida à presenças econômicas; e segundo Motta, é por demais heterogênea para possuir fatores distintivos tão simplificadores.

Portanto, é dizer que as formas tradicionais de definição de favelas não se mostram suficientes para dar conta de toda a sua complexidade. E de tentar responder à pergunta central: afinal, quando falamos em favelas, do que estamos tratando? E mais ainda, por que então estamos tratando de favelas? Que tipo de significação este título encerra para requerer olhar especial? Qual, ou melhor, quais significados trazem

[23] *Opus cit*., pg. 97.

consigo, para que mereçam atenção em especial? A afirmação central do presente trabalho é a de que as favelas no Rio de Janeiro compõem um cenário complexo, mas não é o único. Qualquer reforma que objetive possibilitar acesso à justiça a esse e outros grupos deve atentar para estes aspectos. Procura-se demonstrar essas afirmações de duas formas: analisando mais de perto o contexto que estamos aqui chamando de favela, sabendo se existem afinal características distintivas e em caso positivo, quais são; e mais à frente, procurar perceber se esses fatores distintivos e complexificadores de relações dificultam o acesso à justiça dessas populações. Se acima dissemos do que não se trata a favela, agora é mister que se diga, ou ao menos tente dizer com alguma chance de acerto, do que se trata.

Tem-se procurado definir favelas através de três conjuntos de indicadores: renda média, serviços públicos (presença e qualidade) e o estigma que as cerca e marca seus habitantes. Centremo-nos, para os efeitos deste trabalho, somente neste último[24]. A premissa aqui apresentada é que essas áreas são alvo de percepções que ao longo da história ajudaram na construção de sua imagem pela sociedade como espaços a serem temidos. Esse estigma tem profunda ligação com suas histórias constitutivas e processos formativos, como por exemplo de expansão, remoção, complexificação e resistência. Por estigma, pretende-se trabalhar com a noção de Erving Goffman, tanto em relação à percepção grega, que entende estigma como a marca ou impressão empregada como identificação de degenerescência, como uma espécie de aviso sobre o mal que tal pessoa ou grupo carrega consigo; quanto em uma de suas representações a partir da Era cristã: a alusão médica ao distúrbio, ao anormal, ao desviante. Estigma tem aqui, portanto, uma dimensão valorativa. Mas para além, procura-se perceber também estigma como símbolo. Estabelecer como pessoas ou grupos são percebidos na sociedade e por elas mesmas. O que se deseja demonstrar aqui é que um dos elementos definidores de um espaço como "favela" tem profunda relação com sua história, sua constituição e sua presença ao longo do tempo. Ressalte-se também que este caráter, este estigma, de certa forma influencia os outros elementos distintivos aqui empregados (renda e qualidade de serviços essenciais). Já que estamos falando que esse estigma foi criado a partir e como conseqüência do processo de formação das favelas na cidade do Rio de Janeiro, precisamos recorrer a essa história para, primeiramente, identificar se realmente este

[24] Os outros dois estão sendo examinados pela pesquisa mencionada, realizada pelo NDH/PUC-Rio. Vide nota 18.

estigma existe; e em segundo lugar, entender a sua extensão. Localizar afinal do que se trata, e se realmente é definidor de significações de um tipo de espaço.

O *mito de origem* da favela é demonstrado por Marcos Alvito e Alba Zaluar (2004), a partir da narrativa da constituição da primeira favela, o morro da Providência, na ocasião conhecido como "morro da Favela". Tal descrição dá conta de que tal ocupação se originou da permissão proferida pelo Ministério da Guerra aos veteranos do episódio histórico conhecido como Guerra de Canudos para ali se alocarem. Neste primeiro momento (a campanha de Canudos terminou em 1º de outubro de 1897), portanto, a ocupação da encosta foi não só permitida, mas desejada, como solução para a desmobilização de um grande contingente de pessoas. Em seguida, os autores resgatam outro documento datado de apenas três anos mais tarde (4 de novembro de 1900), uma carta do delegado da 10ª circunscrição ao chefe de polícia, Dr. Enéas Galvão, onde aquele responde a reclamações emitidas pela população através de um jornal popular da época (o *Jornal do Brasil*) referentes ao morro da Providência, segundo ele, "infestado de vagabundos e criminosos que são sobressalto das famílias no local designado, se bem que não haja famílias no local designado"[25]. Desde seu início, a favela assume uma conotação de espaço indesejado. O delegado da 10ª circunscrição afirma que se trata de um espaço "infestado de vagabundos e criminosos", que sobressaltariam as famílias do local (a favela), *se houvessem* famílias no local. Nesta pequena frase, já descarrega toda uma percepção, lembremos, motivada e corroborada por reclamações em um jornal de grande circulação na época. Daí, já se tira uma parte da percepção que esses espaços provocavam *do lado de fora*: ao delegado, não é possível compreender que existam famílias naquele local, especialmente em um conceito de família movido por uma certa moral e bons costumes. Talvez essa representação não seja motivada por condutas concretas; talvez o seja por outros fatores distintivos, ao qual desejamos desvelar. Ele prossegue: "... é ali impossível de ser feito o policiamento porquanto nesse local, foco de *desertores, ladrões e praças do Exército*[26], não há ruas, os casebres são construídos de madeira e cobertos de zinco, e não existe em todo o morro um só bico de gás..." [27]. E assim, o espaço é definido, em 1900, pelo delegado (necessário lembrar, movido principalmente pelo imaginário popular). A favela, já desde então, é tida como um espaço de presenças e ausências: presença do

[25] *Opus cit*, pg. 8.
[26] Grifo nosso.
[27] *Opus cit*, pg. 8.

caos, da desordem, de tipos sociais indesejados; e ausências de moral, de higiene, de valores importantes (expressos na "ausência" de famílias). Incrível como este pequeno trecho, uma coleção de frases seguidas, denota fortemente como este espaço era percebido. A seguir, o mesmo delegado começa a propor um cerco, de ao menos "80 praças completamente armadas" [28]; mas completa, dizendo que para ser efetivo, o cerco deve contar com a ajuda da Diretoria de Saúde Pública, para que a mesma possa proceder a "demolição de todos os pardieiros que em tal sítio se encontram, pois são edificados sem a respectiva licença municipal e não tem as devidas condições higiênicas" [29]. A conclusão dos autores nos dá outra pista mais clara da percepção deste espaço, em sua origem: "a carta do delegado da 10ª circunscrição parece conter a primeira menção à favela como um duplo problema: sanitário e policial" [30]. A favela como lugar de tudo o que é negativo: da sujeira e do crime, da insalubridade e da desordem. A mesma mão que permitiu a ocupação da encosta é a mão que propunha seu banimento.

Prosseguindo, os referidos autores demonstram que estes espaços, caracterizados como "favelas", eram tidos pela polícia e alguns setores da população como "locais perigosos e refúgios de criminosos" [31]. Entretanto, essa idéia não era necessariamente verdadeira. Marcos Bretas[32] demonstra que ela cai à primeira brisa. Levantando os dados criminais da época, desmente essa percepção ao mostrar que a distribuição dos tipos de crimes em diversas das regiões da então capital federal é muito semelhante. Não haviam, de fato, áreas mais ou menos perigosas; haviam áreas *percebidas* como mais ou menos perigosas. Ou seja, a percepção da favela com espaço de degenerescência, para além dos dados factuais, imprimiu o estigma do *lócus* privilegiado de vagabundos e bandidos.

Observemos agora estes efeitos a partir de uma análise empírica muito simples. O desenho espacial do Rio de Janeiro, em relação às favelas, se diferencia das demais capitais brasileiras. Isso talvez ajude a demonstrar a presença e efeitos do estigma como elemento definidor, em especial no Rio de Janeiro. A proximidade de características diferentes pode trazer consigo diálogos, mas também conflitos. Embora as diversas favelas na cidade do Rio de Janeiro se concentrem no entorno da cidade, dando lugar a

[28] *Opus cit*, pg. 8.
[29] *Opus cit*, pg. 9.
[30] *Opus cit*, pg. 9.
[31] *Opus cit*, pg. 10.
[32] BRETAS, Marcos. *A guerra das ruas: povo e polícia na cidade do Rio de Janeiro*. Dados, Rio de Janeiro, 1997, *apud opus cit.*

uma noção de periferia (mais própria de capitais como São Paulo, Porto Alegre e Salvador), também é fácil perceber a grande presença de favelas na Zona Sul, região de grande valor social e econômico. Como afirma Bernardo Sorj, "O grande marcador que caracteriza historicamente a singularidade das favelas do Rio é o fato de estarem originalmente coladas aos bairros de classe média. Se isso foi um fator de tensão constante para os setores mais ricos, pela dificuldade de isolamento espacial, ao mesmo tempo funcionou, junto com outro espaço democrático, a praia, como ponto de encontro entre a cultura popular e a intelectualidade" [33]. A forma de relacionamento entre as diversas áreas da cidade do Rio de Janeiro não tem sido calcada somente na tolerância. A favela é frequentemente caracterizada como um espaço perigoso. A mídia tem um papel neste cenário (que não será aqui ventilado[34]). Assim, chegamos a algumas conclusões preliminares: a). A favela não pode ser caracterizada simplesmente pelos índices sócio-econômicos e pela presença e qualidade de serviços essenciais, embora a diferença entre esses e outros bairros sejam gritantes; ainda assim, existem bairros de baixa renda que não são nomeados como favela, e portanto, não são carregados com o mesmo estigma; b). O inverso também é verdadeiro, o estigma somente se aplica a locais determinados historicamente, e como tal, afetam na produção de conflitos possíveis. Cabe ainda verificar se essa sensação pode afetar na produção de justiça, ou seja, no ato de julgar; c). Esse estigma não é recente, pode ser encontrado impresso, tal qual uma tatuagem, no corpo das favelas desde sua origem; d). A visão dual *asfalto & favela* contribuiu ao longo da história e continua contribuindo para a percepção de favela como espaço negativo, e assim, com o seu estigma; e). E, finalmente: existe um potencial de tipos de conflitos específicos em favelas, alimentado pelos seus fatores distintivos: renda, serviços essenciais e estigma (embora afirmemos a preponderância deste último, os outros dois primeiro fatores também tem seu peso, em especial na produção de conflitos e limitação de soluções). Uma observação responsável e direcionada para a produção de justiça deve levar em conta essas especificidades.

[33] *Opus cit.*, pg. 95.
[34] Tarefa desenvolvida por muitos outros, como por exemplo BORGES, Wilson Couto: *Criminalidade no Rio de Janeiro: A imprensa e a (in) formação da realidade.*

Para alguma conclusão possível

Como pode ser percebido, não se deseja aqui advogar pelo reconhecimento de "novos direitos". Em primeiro luar por que outros já o fizeram[35]; em segundo lugar, pois sua afirmação é complicada: o que determina o nascedouro de um novo direito? O que o legitima? A tarefa aqui desempenhada tem a ver não com quais direitos são esses, ou quais deles podem ser assim chamados. Não se trata de uma busca por critérios distintivos de direitos; mas sim, por critérios distintivos de grupos sociais ao qual uma análise do Direito pelo Direito, como proposto por Garth e Cappelletti, não dá conta. E somente a partir daí, da consideração de fatores outros, podemos ventilar com mais propriedade instrumentos de efetivação do acesso à justiça para todos. Trata-se tão somente de se buscar abrir janelas nos muros que impedem que esses direitos cheguem ao Judiciário, permitir que mais e mais radiantes raios de sol entrem no salão. Mas este exercício só pode ser plenamente realizado se as condições observadas acima forem competentemente desempenhadas: a investigação sobre a aplicação de justiça nos casos concretos a partir da compreensão destes casos concretos e de seus contextos. Em suma, é preciso recorrer a outros tipos de avaliação: analisar se os juízes, no ato de julgar, observam e compreendem esses contextos; se os legisladores, no ato de produzir normas, observam e compreendem esses dilemas. Mas isso é uma outra tarefa. Por enquanto, fiquemos apenas com conclusões preliminares.

BIBLIOGRAFIA

ALVITO, Marcos. *Material do curso – O Rio de Janeiro e as favelas*. Disponível em: http://nova.fau.ufrj.br/uploads/29-Hist%C3%B3rico%20das%20Favelas.pdf Acesso realizado em 31 de maio de 2007.

ALVITO, Marcos. ZALUAR, Alba. *Introdução in Um século de Favela*. Editora FGV, Rio de Janeiro, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1995.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Bertrand Brasil. 9ª edição, 2006.

[35] Entre outros, Amilton Bueno de Carvalho e João Baptista Herkenhoff.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 5 ª edição. Editora Luam. Rio de Janeiro, 1997.

ECONOMIDES, Kim. *"Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia?*" In PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; e GRYNSZPAN, Mario. *Cidadania, justiça e violência*. FGV. Rio de Janeiro, 1999.

FALCÃO, Joaquim Arruda. *Lawyers in Brazil: Ideals and Praxis*. International Journal of the Sociology of Law. Academic Press, 1979.

_____. *Os Advogados – Ensino jurídico e Mercado de trabalho*. Fundação Joaquim Nabuco. EMA – Editora Massangana. Recife, 1984.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª edição. LTC Editora.

HERKENHOFF, João Baptista. *Para Onde Vai o Direito? Reflexões sobre o Papel do Direito e do Jurista*. 2 ª edição. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 1997.

MOTTA, Gabriela Oliveira da. *Pobreza, Desigualdade e Heterogeneidade nas Favelas do Rio de Janeiro*. Monografia de Bacharelado, Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Março de 2000. Disponível em: http://www.iets.org.br/biblioteca/Pobreza_desigualdade_e_heterogeneidade_nas_favelas_do_Rio_de_Janeiro.PDF Acesso realizado em 31 de maio de 2007.

ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Renovar. 1998.

ENSINO JURÍDICO: A ÉTICA NA FORMAÇÃO DO ADVOGADO E NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

Samara Tavares Agapto das Neves[*]

Edinilson Donisete Machado[**]

RESUMO

A sociedade vem enfrentando graves problemas que tem origem na ética, mais precisamente na falta dela. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica constatou-se que a ética é tida como um conjunto de princípio que visam a ação, são historicamente produzidos e pretendem tornar a sociedade mais humana. É evidente a necessidade de uma disciplina de ética dentro dos cursos de graduação em Direito, uma formação humanista dá aos alunos noções essenciais ao cumprimento da profissão formando verdadeiros cidadãos. A Ordem dos Advogados do Brasil deve fiscalizar o exercício da advocacia de acordo com seu Código de Ética e seu Estatuto, já que é detentora do poder disciplinar. Uma boa formação ética, que prive pela humanização e não só pela transmissão do conhecimento e uma boa fiscalização trará mais credibilidade e confiança à classe dos advogados, bem como ao Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: ÉTICA; DISCIPLINA; FISCALIZAÇÃO.

ABSTRACT

The society is facing serious problems that had their origin in the ethics, more precisely in its lack. Using the bibliographical research we had verified that the ethics is considered a group of principles that seeks the action; historically, it is produced and intends to turn the society more human. The inclusion of an ethics subject in the courses of Law is necessary; a humanist formation gives the students essential notions, when they start to perform their profession, because it (the humanist formation) forms true citizens. Brazil's Lawyers Order should inspect advocacy according to its Code of Ethics and its Statute, once it is holder of the discipline power. A good ethical formation that deprives for the humanization and not only for the transmission of the knowledge

[*] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais. Orientadora: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha.

[**] Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM e do Centro Universitário Toledo – UNITOLEDO/Araçatuba, pesquisador do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais.

and a good inspection will bring more credibility and trust to the lawyers' class, as well as to the Judiciary Power.

KEYWORDS: ETHICS; DISCIPLINE; INSPECTION.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade demonstrar a importância do comportamento ético no exercício da profissão do advogado. Tal profissão vem sofrendo grandes críticas devido o comportamento de alguns profissionais, diminuindo, assim, a credibilidade da classe frente à sociedade.

Para tanto foram utilizados três passos, quais sejam: o conceito de ética; a disciplina ética nos cursos de Direito; e a fiscalização da conduta ética pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Cabe ressaltar, que não é objetivo desta reflexão trabalhar o conceito de ética pormenorizadamente e sim, apenas nortear o leitor ao que vem a ser a mesma em linhas gerais fazendo-se uma diferenciação entre a ética e a moral para que não sejam confundidas.

Após uma breve conceituação procurar-se-á mostrar a necessidade de uma formação ética ainda nos bancos da graduação em Direito, com uma disciplina específica que possibilita o trabalho e a construção dos valores éticos essenciais dos acadêmicos, formando, assim, cidadãos capazes de intervir na sociedade tendo a indispensável consciência da conduta ética combinada com a responsabilidade social e profissional.

Finalmente, será demonstrada uma das funções da Ordem dos Advogados do Brasil, a fiscalização do exercício da advocacia, que por ser detentora do poder disciplinar deve apurar e punir profissionais infratores para que a classe não tenha uma visão de descrédito.

Com isso, poder-se-á concluir que caminhando conjuntamente formação e fiscalização a classe dos advogados terá uma maior credibilidade frente à sociedade.

1. CONCEITO DE ÉTICA

Antes de adentrar na necessidade de vivenciar-se a ética no cotidiano, necessário se faz conceitua-la e demonstrar sua caracterização como ciência, bem como seu objeto, qual seja, a moral.

"Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade". (VÁZQUEZ, 1995, p. 12)

É considerada uma ciência por ter objeto próprio, ou seja, leis e método próprios, sendo seu objeto a moral. A moralidade positiva, "conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem" (MÁYNEZ, 1970, p. 12), é o exato objeto dessa ciência.

É preciso ficar claro que ética não se confunde com moral, pois a primeira é a ciência dos costumes, já a segunda não é uma ciência e sim o objeto da ciência. Portanto, cabe a ética retirar dos fatos morais os princípios gerais a serem aplicados. Assim, "a ética é desconstrutora e fundadora, enunciadora de princípios ou de fundamentos". (NALINI, 2004, p. 27)

A ética originou-se na civilização em uma seqüência de evoluções do espírito grego, acompanhou as transformações da sociedade industriais e democráticas. O primeiro problema por ela enfrentado foi o do trabalho e da riqueza, depois o da cultura e por último o que tange ao bem agir.

Vaz (1999, p. 61) conceitua a ética como:

> [...] uma ciência dos costumes transmitidos na sociedade, dos estilos permanentes do agir dos indivíduos (hábitos), bem como da comprovação crítica dos novos valores que a evolução da sociedade faz surgir.

Para Marchionni (1999, p. 33) ética é:

> [...] a arte que torna bom àquilo que é feito *(operatum)* e quem o faz *(operantem)*. É a arte do Bom. Ciência do Bom.
> A ética é uma *arte, hábito (ethos)*, esforço repetido até alcançar a *excelência* no agir.

Disso pode-se extrair que a ética tem como alicerce valores. As condutas humanas, de acordo com as normas éticas, podem ser desejáveis ou indesejáveis, boas ou más. Sendo a ética a Ciência do Bom às condutas por ela exigidas sempre devem ser as desejáveis, considerando-se a preocupação humana em restabelecer os valores morais por ora perdidos.

É nítido o contraditório entre a própria Constituição Federal de 1988 que reconhece a dignidade da pessoa humana que também é tratada na Declaração dos Direitos do Homem e a forma em que vive a sociedade contemporânea diante de tanta violência e descaso com a própria pessoa, tão defendida.

A ética segundo Máynez (1970) se classifica em ética empírica, ética de bens, ética formal e ética valorativa.

"Ética empírica é aquela que pretende derivar seus princípios da observação dos fatos". (NALINI, 2004, p. 32) Dessa forma, deve-se analisar as condutas humanas que ocorrem naturalmente e não as condutas de dever-ser contida nas normas. Aqui não se consegue defender uma moral universal, haja vista a mudança das condutas em cada época, chegando-se ao subjetivismo:

> Se as idéias morais variam de indivíduo para indivíduo ou de sociedade para sociedade, o bem e o mal carecerão de existência objetiva, já que dependem dos juízos estimativos dos homens. (MÁYNEZ, 1970, p. 37)

Enquadra-se aqui a ética anarquista que é contra toda norma e valor; a ética utilitarista que considera bom tudo aquilo que é útil; a ética cética onde se desacredita de tudo; e a ética subjetivista, sendo aquela na qual cada um adota a conduta ética mais conveniente de acordo com sua escala de valores.

A ética dos bens defende "a existência de um valor fundamental denominado bem supremo, a vida é um caminhar rumo a um objetivo". (NALINI, 2004, p. 41) Aqui cabe a cada um estabelecer suas metas e os meios para alcança-la. Aristóteles considera como bem supremo a felicidade já que esta é inerente ao ser humano, sendo todos os bens meios para obtê-la.

> [...] o bem é a finalidade da ética. Ou seja, como disciplina, a ética procura determinar os meios para atingir o bem. Mas pode-se dizer também, de maneira muito mais ampla, que o bem é a finalidade de todas as atividades humanas. (CHALITA, 2003, p. 36)

Portanto, na ética dos bens com o idealismo, a finalidade do ser humano é a prática do bem, sendo a virtude sua razão. Diferente do hedonismo onde a felicidade encontra-se no prazer. Dessa forma, no idealismo a felicidade é o bem supremo a ser alcançado o caminho para tal finalidade é a virtude, diferente do hedonismo onde a felicidade é o fim e o prazer o meio.

A ética formal é aquela baseada na pureza da vontade e retidão dos propósitos, ou seja, mais precisamente no imperativo categórico de Kant (1970, p. 67): “age sempre de tal modo que a máxima de tua ação possa ser elevada, por sua vontade, à categoria de lei de universal observância”. Para Kant (1970) a ética tem como fundamento exclusivo à racionalidade, não há mais lugar para a moral empírica, antes existente no empirismo e na ética dos bens, que se pautavam nos resultados obtidos por meio das condutas humanas.

Com Kant o que se leva em consideração é a atitude interior de cada pessoa, que deve agir espontaneamente de acordo com sua vontade e não com a vontade alheia. Agora, tem-se a idéia de valor universal. O valor absoluto tem como fundamento à pessoa humana, sendo que somente elas são portadoras da dignidade.

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. (KANT, 1974, p.77)

Em suma, aqui se desvincula a moral das idéias de prazer e utilidade. Não cabe ao agente atuar esperando alguma recompensa por sua ação e sim, de modo que a sua motivação seja unicamente o reconhecimento do bem.

Na ética valorativa “o valor moral não se baseia na idéia de dever, mas dá-se ao inverso: **todo dever encontra fundamento em um valor**”. (NALINI, 2004, p. 55)

O valor passa a ser conceito ético essencial, porém eles não foram criados, mas sim descobertos, concluindo-se assim a já existência dos mesmos. Isso é facilmente constatável por qualquer pessoa e não se vinculam a nenhuma forma de exteriorização. Os valores integram o mundo imaterial não podendo, portanto, serem visualizados ou sentidos.

> A filosofia atual reconhece dois tipos de existência: o ser real e o ser ideal. Pertencem ao primeiro todas as coisas e sucessos que ocupam lugar no espaço ou no tempo. O ser real se encontra, por isso, espacial e temporalmente localizado. Por sua mesma índole, pode ser objeto de um conhecimento sensível. Na esfera prática têm essa forma de existência os atos humanos, ou, mais precisamente, as variadíssimas manifestações do agir: intenções, propósitos, decisões voluntárias, juízos estimativos, sentidos de responsabilidade, consciência da culpa etc. (MÁYNEZ, 1970, p. 217)

Cabe ressaltar que os valores fazem parte do mundo do ideal, não integrando, portanto, a ordem da realidade. Porém, isso não pode levar à conclusão de que o ideal não existe. São as pessoas que atribuem valoração a coisas e ações (boas, ruins, úteis, belas), tal conduta faz parte da índole intuitiva e emocional de cada ser humano, porém não são eles capazes de intuir todos os valores existentes. Daí a missão dos pedagogos, familiares entre outros de desenvolver o conhecimento em busca dos valores eticamente relevantes.

> Se o homem é capaz de propor-se um alvo e alcança-lo, isso se deve a que o acontecer causal não se orienta de maneira inexorável até uma meta estabelecida de antemão, senão que pode ser desviado, ao menos dentro de certos limites. Para desvia-los só faz falta o conhecimento das relações entre fenômenos. Isto é o que expressa o velho aforismo: à natureza não se domina, senão obedecendo-a. E obedece-la é orientar suas forças na direção de nossos desígnos. (MÁYNEZ, 1970, p. 266)

Assim, a realização dos valores se dá por meio da intuição e da deliberação da vontade.

Diante o exposto, verifica-se que a ética não é puramente uma teoria e sim, um conjunto de princípios e disposições voltado para ação, historicamente produzida, que tem por finalidade balizar as ações humanas.

Portanto, a ética deve ser incorporada pelas pessoas em sua vida cotidiana, lembrando que não são um conjunto de verdades fixas e imutáveis, já que ela move-se historicamente, amplia-se e adensa-se.

A falta de ética prejudica aqueles que tem menos poder, isto é, os que têm menos poder econômico, cultural, político, educacional, ou seja, os excluídos. A falta ou a quebra de ética é o mesmo que alimentar a injustiça, a desigualdade, a indignidade, a discriminação, podendo ela ser considerada uma ameaça à humanidade.

Ao contrário, a atitude ética é includente, tolerante e solidária, pois além de aceitar valoriza e reforça a pluralidade e a diversidade já que essas são condições humanas.

Por fim, falar em ética é falar em convivência social, pois os indivíduos não vivem isolados, mas em sociedade e é aí que começam os problemas da ética, porque há outros seres humanos, todos sujeitos de direitos e de vida digna. Cabe lembrar, que hoje não basta mais à preocupação apenas com aqueles com quem se convive, mas também

com as futuras gerações, como já assegura a própria Constituição Federal de 1988. Então, as obrigações éticas não estão ligadas somente por aquilo que já se tem e sim, por tudo aquilo que se poderá ter, realizar e ser.

Depois de breves considerações do que vem a ser a ética e um pouco de sua trajetória passar-se-á a analisar a importância de seu estudo como disciplina no curso de Direito e far-se-á breves considerações sobre a ética no desenvolvimento da profissão de advogado e sua fiscalização pela Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A DISCIPLINA ÉTICA NOS CURSOS DE DIREITO

Com base na obra *Ensino jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídico no Brasil (1997)* far-se-á um escorço histórico da disciplina ética nos cursos de graduação em Direito no Brasil.

A ética, num primeiro momento, dentro dos cursos de Direito era estudada dentro de um segmento mais amplo, qual seja, o da Filosofia. Desde a criação dos cursos de Direito no Brasil em 1827 a disciplina de Filosofia só passou a ser obrigatória em 1891 e era ministrada em conjunto com a disciplina História do Direito.

Em 1895 uma nova legislação reorganizou as Faculdades de Direito no Brasil, a partir daí a disciplina de Filosofia passou a ser ministrada separadamente da História do Direito e era dada no primeiro ano letivo.

A Reforma Francisco Campos, em 1931, procurou dar um caráter profissionalizante aos cursos jurídicos. Assim, ocorreu um desdobramento: o bacharelado e o doutorado; ao primeiro cabia a formação dos operadores técnicos e ao segundo a preparação dos pesquisadores e futuros professores. A disciplina de Filosofia do Direito deixou de ser obrigatória no curso de bacharelado sendo obrigatória apenas no curso de doutorado. Porém, as Faculdades tinham autonomia para ministrar outras matérias além daquelas exigidas como obrigatórias.

Em 30 de dezembro de 1994 foi editada a Portaria 1886 que fixou as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo dos cursos jurídicos. A disciplina de Filosofia voltou a ser uma disciplina obrigatória, além disso, dividiu as disciplinas em dois grupos: as disciplinas fundamentais e as profissionalizantes.

Assim diz o art. 6º da Portaria 1886/94:

> O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:
>
> I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);
> II – Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.
>
> Parágrafo único: As demais matérias e novos Direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade.

Conforme disposto pelo art. 6º a disciplina de ética pode ser ministrada em conjunto com a disciplina de Filosofia ou separadamente. Algumas faculdades preferiram quatro disciplinas, quais sejam, Filosofia Geral, Filosofia Jurídica, Ética Geral e Ética Profissional, tornando, assim, independente, a disciplina de ética da de filosofia.

Em 03 de abril de 2002 foi publicado o Parecer 146 do Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Superior, que fixou as Diretrizes Curriculares de alguns cursos de graduação, incluindo nelas o curso de graduação em Direito.

No que se refere ao conteúdo curricular o Parecer nº146/2002 manteve a orientação da Portaria 1886/94:

> Os cursos de graduação em Direito deverão contemplar, em seus projetos pedagógicos e em sua organização curricular, conteúdos que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:
>
> I – Conteúdos de Formação Fundamental, que tem por objetivo integrar o estudante no campo do Direito, estabelecendo ainda as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo estudos que envolvam a Ciência Política (com Teoria Geral do Estado), a Economia, a Sociologia Jurídica, a Filosofia Jurídica e a Psicologia Aplicada ao Direito e a **Ética Geral e Profissional**;
> II – Conteúdos de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação do Direito, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência Jurídica e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas harmônicas relações internacionais;
> III – Conteúdos de Formação Prática, que objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais eixos,

> especialmente nas atividades relacionadas com o estágio curricular durante o qual a prática jurídica revele o desempenho do perfil profissional desejado, com a devida utilização da Ciência Jurídica e das normas técnico-jurídicas. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2006, grifo-nosso)

Diante de todo o exposto pode-se observar a preocupação com a formação discente dentro dos cursos de Direito, principalmente no que tange à formação ética tendo em vista que tal curso visa formar os diversos profissionais que atuam nas inúmeras áreas jurídicas, e porque não dizer, aqueles que controlarão o Poder Judiciário. Por isso, é tão importante a discussão sobre o projeto pedagógico e o currículo adotado por cada instituição de ensino.

Uma das características que a sociedade espera dos profissionais da área jurídica é a indispensável consciência da conduta ética combinada com a responsabilidade social e profissional.

A ética é uma preocupação cada vez maior para toda a sociedade, que vem se atentando para os comportamentos humanos em todas as áreas, seja na política, na educação, nos meios de comunicação, em suma no desenvolvimento dos exercícios profissionais de uma forma geral. Ao contrário, parece que muitos profissionais não vêm observando tal preocupação social, pois diariamente têm-se notícias nos jornais e televisão de condutas reprováveis como a corrupção, a propina dentre tantas outras.

O homem, por sua própria condição humana, tende a falhar, a errar. O estudo e a discussão da ética faz-se necessário para que o mesmo se recorde dos comportamentos adequados para uma boa convivência social. Por isso se deve orientar o estudante em todo seu processo educativo, criando nele a idéia de cidadão, isso deve ocorrer principalmente durante o ensino superior proporcionando-lhe uma orientação para o desenvolvimento de sua futura atuação profissional.

A formação do estudante deve ser não apenas técnica, mas também geral e humanística, o que envolve a ética. Por isso, para proporcionar uma formação ético-profissional, conforme se espera, é preciso uma disciplina específica dentro do curso de graduação em Direito, como já demonstrado.

Além disso, a educação ética se dá quando os valores no conteúdo e no exercício da educação prezem pela igualdade cívica, a justiça, a dignidade da pessoa, a democracia, a solidariedade, o desenvolvimento integral de cada um e de todos. Pelo

visto, não há um melhor lugar para essa educação que os cursos de graduação em Direito, já que é ele o responsável pela formação dos futuros dirigentes do Poder Judiciário, bem como de muitos políticos que decidirão o futuro da nação.

3. A FISCALIZAÇÃO DA CONDUTA ÉTICA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Em 1943 foi criado o Instituto dos Advogados Brasileiros sendo sua finalidade a organização da Ordem dos Advogados em provento geral da ciência e da jurisprudência. Tal Instituto era tido como um conselho e não estava ligado ao Estado.

A Ordem dos Advogados do Brasil foi criada pelo Decreto 19.408 de 18 de novembro de 1930, assinado por Getúlio Vargas, chefe do Governo Provisório. Em 06 de março de 1933 se deu a instalação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados.

As primeiras tarefas enfrentadas foram: a organização da Instituição, das Secções Estaduais e a elaboração de um Código de Ética.

Pode-se dizer que um código de ética é um acordo explícito entre os membros de um órgão social, uma categoria profissional, um partido político, uma associação civil, dentre outros. Seu objetivo é explicitar como determinado grupo social, aquele que o constitui, pensa e define a própria identidade política e social, bem como define como o grupo se compromete a realizar seus objetivos particulares de modo compatível com os princípios universais da ética.

Inicia-se a construção desse código definindo os princípios que o fundamentam e o mesmo se articula em dois eixos, quais sejam, os direitos e os deveres. Ao definir os primeiros, o código cumpre a função de delimitar o perfil de seu grupo, já quanto ao segundo abre o grupo à universalidade. Estas são suas principais funções.

A produção de tal código deve ser um processo de exercício da própria ética, deve envolver os membros do grupo social que abrangerá e representará. Essa elaboração, portanto, se dá como um processo educativo no interior do próprio grupo, resultando num produto tal que cumpra ele também uma função educativa e exemplar de cidadania diante dos demais grupos sociais e dos próprios cidadãos.

O primeiro Código de Ética e Disciplina dos Advogados foi aprovado em 25 de julho de 1934. Em 4 de julho de 1994 foi criado o Estatuto da Ordem dos Advogados do

Brasil pela Lei nº 8906. O Código de Ética e o Estatuto trouxeram os princípios norteadores da classe dos advogados, bem como seus deveres e direitos, regulando o exercício da advocacia em todo território nacional. Além disso, criou um sistema de punição para as faltas éticas cometidas por esses profissionais, cabendo a Ordem dos Advogados do Brasil punir os inscritos que infringirem tais normas devido o exercício do poder disciplinar a ela atribuído.

Com isso, verifica-se que cabe à corporação a fiscalização do exercício profissional do advogado, sendo ela autônoma para punir aqueles que descumprirem as condutas éticas estabelecidas.

> [...] nem à sociedade em seu conjunto, nem ao Estado pode ser atribuída a missão de regulamentar moral e juridicamente a profissão. A atividade de uma profissão só pode ser regulamentada eficazmente por um grupo que viva constantemente bem próximo desta profissão para conhecê-la em seu pleno funcionamento e sentir todas as suas necessidades seguindo-lhe em todas as variações. (SODRÉ, 1967, p. 370)

O Tribunal de Ética e Disciplina, previsto no estatuto da Ordem, é o responsável pela orientação e aconselhamento sobre ética profissional aos advogados, bem como é o competente para julgar os processos disciplinares. Cabe a ele também promover eventos que tratem da ética profissional do advogado visando a formação da consciência dos profissionais e também dos estudantes de cursos jurídicos.

O momento em que vive a sociedade tem chamado atenção, pois os comportamentos de profissionais jurídicos suscitam questionamentos éticos pelos membros da própria sociedade. Nos últimos tempos tiveram-se graves notícias, como a que recentemente chamou atenção e foi divulgada pela mídia, a dos advogados do PCC – Primeiro Comando da Capital – Maria Cristina de Souza Machado e Sérgio Weslei da Cunha, que deram dinheiro para conseguir uma gravação sigilosa da Comissão Parlamentar de Inquérito do Tráfico de Armas, na Câmara dos Deputados.

Tais profissionais foram punidos pela Ordem dos Advogados do Brasil sofrendo uma suspensão de 90 dias por infringirem o Código de Ética e Disciplina da categoria, mais precisamente porque prejudicaram a dignidade da advocacia, repercutindo de forma prejudicial a toda a classe diante da comunidade social. Pela punição dada foi possível analisar a gravidade da conduta de tais advogados e a preocupação da sociedade com condutas cada vez mais desonrosas no exercício desta

profissão, bem como o da Ordem dos Advogados do Brasil em puni-los para ao menos amenizar a sensação de impunibilidade na sociedade.

Portanto, a conduta idônea é uma prática que deve ser cada vez mais estimulada, não só na área do Direito, mas em todas as demais profissões. Com isso ter-se-á o resgate da consciência ética utilizando-se cada vez menos o poder disciplinar melhorando a convivência em sociedade.

CONCLUSÃO

Pôde-se verificar que o caminho para discussão ético-profissional deve passar pelo curso de Graduação, pois é nesse momento que o aluno deverá ser orientado sobre as exigências éticas que lhe serão feitas. É nesse momento que ele irá refletir sua atuação enquanto estudante e formar sua convicção no campo ético.

O propósito da disciplina Ética Profissional está definido nas Diretrizes Curriculares do curso de Direito que traça o perfil esperado do formando: "O Curso de Direito deve propiciar condições para que o formando possa ao menos, atingir as seguintes características em sua vida profissional: b) **conduta ética associada à responsabilidade social e profissional**". (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2006, grifo nosso)

O estudante além de conhecer as normas jurídicas deve interpretá-las, tendo noções de ética, justiça, cidadania etc. Os cursos devem formar profissionais conscientes de sua necessária atuação ética, pois os profissionais jurídicos serão os futuros políticos, burocratas, além de serem os responsáveis pelo Poder Judiciário.

Cabe a cada um desses profissionais honrar e cumprir o compromisso por eles prestados:

> *Juro acreditar no Direito como a melhor forma para a convivência humana.*
> *Juro fazer da justiça uma conseqüência normal e lógica do Direito.*
> *Juro confiar na paz como resultado final da justiça.*
> *E, acima de tudo, juro defender a liberdade, pois sem ela não há direito que sobreviva, muito menos justiça, e nunca haverá paz.*
> *Juro utilizar-me, no exercício da profissão de advogado, dos princípios éticos e morais sobre os quais se fundamentam as leis e a justiça, valendo-me deles para assegurar aos homens os seus direitos fundamentais e inatacáveis.*

E, assim, com essa formação mais humanística englobando dentro dos cursos jurídicos a ética, os professores poderão trabalhar cada vez mais os valores essenciais ao exercício da profissão. E a tendência será diminuir as condutas reprováveis e quem sabe em um futuro breve a sociedade possa contar com profissionais sérios e capazes de controlar um dos poderes que ainda tem um pouco de credibilidade social, o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

CHALITA, Gabriel. Os dez mandamentos da ética. São Paulo: Nova Fronteira, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Ética – Ética empírica. Ética de bens. Ética formal. Ética valorativa**. 18. ed. México: Editorial Porrua, 1970.

MARCHIONNI, Antonio. A ética e seus fundamentos. In: **Ética na virada do milênio**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. Portaria n. 1886, de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). OAB ensino jurídico: novas diretrizes curriculares. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1996.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Diretrizes curriculares do curso de direito. Disponível em: <http: // www.mec.gov.br/sesu/ftp/curdiretriz/direito/dir_dire.doc> Acesso em: 05 julho 2006.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Parecer n. 146/2002, Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior, 03 de abril de 2002. Diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em Direito, Ciências Econômicas, Administração, Ciências Contábeis, Turismo, Hotelaria, Secretariado Executivo, Música, Dança, Teatro e Desing. Disponível em: http://www.mec.gov.br/sesu/ftp/pareceres/14602DCEACTHSEMDTD.doc Acesso em: 05 julho 2006.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). **Ensino jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Novo currículo mínimo dos cursos jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **O advogado, seu estatuto e a ética profissional**. 2. ed. São Paulo: RT, 1967.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. Ética e razão moderna. In: **Ética na virada do milênio**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS NO ESTATUTO DA CIDADE

Ana Luísa Nogueira Moreira[*]

Marinella Machado Araújo[**]

RESUMO

Este trabalho trata do estudo das operações urbanas consorciadas a partir da análise de sua regulação pelo Estatuto da Cidade, lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, à luz da aplicação dos princípios da função social da propriedade, da igualdade e da livre concorrência. Instrumento de transformação estrutural, a operação urbana consorciada seria um conjunto de medidas coordenadas pelo município, com a participação de proprietários e moradores, a fim de se alcançar em uma área melhorias sociais, valorização ambiental e transformações urbanísticas estruturais. A fim de garantir que todos tenham existência digna e que a propriedade tenha seu domínio exercido no interesse da sociedade e não apenas em face dos interesses dos proprietários, o Estatuto da Cidade preocupou-se sobremaneira com o cumprimento da função social da propriedade. Entretanto, um dos princípios estruturantes da ordem econômica brasileira é a liberdade de concorrência, segundo o qual indivíduos são livres e iguais para se ocuparem do que quiserem, movendo-se para potencializar suas propriedades. Nesse sentido, buscou-se, ao longo do trabalho, interpretar as normas jurídicas regulamentadoras da operação urbana consorciada de forma a harmonizá-la com os princípios da livre concorrência, da igualdade e da função social da propriedade, buscando-se um desenvolvimento urbano includente e não discriminatório e respeitando-se os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. O caso da Estação BHBUS Barreiro foi escolhido para fins de aproximação do universo teórico da pesquisa e de sua aplicação prática.

PALAVRAS-CHAVE: OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA; FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE; IGUALDADE E LIVRE CONCORRÊNCIA.

[*] Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas vinculada ao Grupo de Trabalho *Justiça Intergeracional*. Estudante do 10º período do curso de direito da PUC Minas, unidade Coração Eucarístico.

[**] Advogada doutora em direito administrativo, professora da área de concentração *Direito Público*, coordenadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

ABSTRACT

This paper aims to discuss how the consociated urban operations can be harmonized with the principle of equality, the principle of free concurrency and the social function property principle. Taking the City Statute, the Federal Law n. 10.257, July 10th 2001, as a theoretical standard the paper supports that: (i) consociated urban operations are an strategic instrument to the effectiveness of the sustainable city rights; (ii) the participatory process of these operations legitimates the harmony between the free concurrency principle and the social function property principle specially because there is no injustice where there is consensus. In other words due to their strong basis of legitimacy.

KEYWORDS: CONSOCIATE URBAN OPERATIONS, SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY, EQUALITY AND FREE CONCURRENCY.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto do projeto de pesquisa desenvolvido no ano de 2005 pelo Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, que contou com o financiamento do PROBIC (Programa de Bolsas de Iniciação Científica) da PUC Minas e que teve como finalidade elaborar a monografia de final de curso obtendo-se nota máxima.

Nosso objeto é o Estudo das Operações Urbanas Consorciadas, a partir da análise de sua regulação pelo Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.

A crise generalizada de moradias e a proliferação de formas de ilegalidade urbana, no que diz respeito ao uso do solo e à moradia, são produzidas pela combinação entre a falta de políticas habitacionais adequadas e a ausência de opções acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário – causas e resultados de vários dos problemas urbanos enfrentados pelos municípios. O Estatuto da Cidade, Lei n.10.254 de 10 de julho de 2001, reconhece e regula instrumentos de política urbana, como as operações urbanas consorciadas, capazes de assegurar a regularização fundiária de áreas irregularmente ocupadas principalmente pela população de baixa renda.

Nesse contexto, o estudo das operações urbanas consorciadas faz-se importante porque, a princípio, apresenta-se como instrumento de política urbana que se destina, entre outros, a por um lado, contribuir para resolver os problemas de irregularidade das cidades brasileiras (artigo 32, § 2°, II do Estatuto da Cidade); por outro, propõe-se a

conferir ao planejamento urbano a flexibilidade necessária ao acompanhamento da dinâmica de crescimento das cidades (art. 2°, inciso IV, do Estatuto da Cidade).

Contudo, a aplicação sustentável desse instrumento pressupõe a aplicação das normas jurídicas que o regulam à luz dos princípios que estruturam a ordem econômica e social do Estado de direito brasileiro.

Nesse sentido, inseriu-se um problema: como interpretar as normas jurídicas que regulam a operação urbana consorciada de forma a harmonizá-la com os princípios da livre concorrência, da função social da propriedade e da igualdade?

Para tanto, sugeriu-se como estudo de caso a instalação de estações de metrô do projeto BH BUS em Belo Horizonte.

2 OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA

Conhecida por Estatuto da Cidade, a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, constituiu um verdadeiro marco para o direito urbanístico brasileiro ao fixar as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano prevista no texto constitucional de 1988 (artigos 182 e 183) com força de preceito de ordem pública e de interesse social, cujo cumprimento seria obrigatório para todas as esferas de governo, encarregadas do planejamento e gestão urbana em nível municipal, estadual e federal. Ao mesmo tempo, forneceu, em âmbito nacional, instrumentos a serem utilizados pelo Poder Público municipal, fortalecendo, assim, a formulação de políticas públicas voltadas para o ordenamento sustentável[1] do território, nos termos da competência fixada pelo artigo 30, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Um, dentre esses instrumentos de transformações estruturais, é a operação urbana consorciada que foi definida pelo próprio Estatuto em seu artigo 32, parágrafo 1º:

> *Considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a*

[1] Por sustentável compreende-se o ordenamento do solo urbano que alia desenvolvimento econômico à inclusão social e harmonia ambiental nos termos da Declaração para o Desenvolvimento e Meio Ambiente de 1992 (Agenda 21) e Declaração do Milênio de 2000, ambas da Organização das Nações Unidas.

> *participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.(BRASIL, Código Civil, 2004)*

Apesar de utilizada em várias cidades brasileiras como Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro, a compreensão do termo "operações urbanas consorciadas" nunca foi objeto de consenso entre os planejadores urbanos brasileiros[2]. Para alguns, o termo "operação urbana" apresenta um significado genérico, denotando qualquer intervenção pública urbanizadora. Nesse sentido, pode significar tanto a implementação de um novo conjunto residencial, quanto a urbanização de favelas. Por outro lado, operação urbana também pode referir-se à aplicação de uma classe específica de instrumentos normativos capazes de possibilitar o manejo dos índices e parâmetros urbanísticos vigentes controlado e limitado a uma região urbana ou a circunstâncias determinadas, com vistas à consecução de objetivos específicos predeterminados.

A terceira acepção parece ser a que foi contemplada no artigo 32 do Estatuto da Cidade. Tal acepção consiste em considerar a operação urbana como um tipo especial de intervenção urbanística, de iniciativa privada ou pública, voltada para a transformação estrutural do ambiente urbano existente e que envolve alternativa ou simultaneamente a combinação de capital de investimento público e privado, o redesenho da estrutura fundiária, o manejo e a apropriação dos direitos de uso e edificabilidade do solo e das obrigações privadas de urbanização e a apropriação e manejo das externalidades positivas e negativas da intervenção.

Em resumo, a operação urbana consorciada tem por objetivo geral a recuperação de ambientes degradados e a adequação da infra-estrutura urbana, edificações e serviços às inovações tecnológicas dentro da perspectiva de adaptação das cidades aos atuais processos de transformação social e econômica.

3 COMO ADEQUAR O USO DA OPERAÇÃO URBANA CONSORCIADA À APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, DA IGUALDADE E DA LIVRE CONCORRÊNCIA?

[2] É o caso de Belo Horizonte, que o denominou simplesmente operação urbana, tendo sido introduzido no ordenamento jurídico municipal pelo Plano Diretor de 1996, Lei n. 7.165, de 27 de setembro de 1996.

É inegável que o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) tenha se preocupado sobremaneira com o cumprimento da função social da propriedade, regulando, em âmbito nacional, instrumentos de ordenação do espaço urbano aptos a garantir que todos tenham existência digna, de acordo com os preceitos da justiça social. Contudo, a atual ordem econômica brasileira, fundamentada no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, defende um mercado livre, um espaço em que sujeitos autodeterminados e juridicamente iguais, os quais competem entre si na busca da realização de seus interesses privados. Um dos princípios estruturais dessa ordem econômica é a liberdade de concorrência, segundo o qual indivíduos e proprietários são livres e iguais para se ocuparem do que quiserem, movendo-se para potencializar suas propriedades e delas extrair o maior rendimento possível.

Assim, à primeira vista, pode parecer um contra-senso que a realização de operação urbana consorciada possa flexibilizar parâmetros urbanísticos em determinadas áreas visando a sustentabilidade do solo urbano, ou alterar potencial construtivo de lote visando a regularização fundiária de construções, reformas ou ampliações feitas em desacordo com a legislação urbanística vigente, beneficiando uns, enquanto outros cumpridores da legislação sejam sacrificados com o tratamento desigual dispensado pelo Poder Público municipal.

Sabe-se que o valor do solo urbano é dado pela capacidade construtiva e pelo acesso a equipamentos públicos que apresenta, ao contrário do imóvel rural que vale pelo que nele se produz. No mesmo sentido, observa-se ser o solo urbano suporte tanto para atividades de produção industrial, incluindo-se a construção civil, quanto para habitação e circulação que se vinculam ao seu potencial construtivo, ou seja, decorre da localização do terreno.

Portanto, qualquer alteração substancial desses parâmetros poderia desencadear aumento arbitrário de lucros e dominação de mercados, ferindo-se a livre concorrência.

Assim, em um Estado democrático de direito como o nosso (art. 1º da CF/88), que se preocupa, não apenas com a aplicação formal, mas também material do princípio da igualdade, o desenvolvimento econômico não se deve desvincular da inclusão social e da harmonia ambiental. Como esclarece Marcelo Lopes de Souza, o desenvolvimento econômico, quando não é dotado de instituições e programas específicos voltados para a

satisfação das necessidades básicas da cidade e redistribuição de renda, tende a não se fazer acompanhar de uma melhoria nos indicadores sociais. (2003, p.97).

O desenvolvimento urbano autêntico não é meramente um aumento da área urbanizada, e nem mesmo uma modernização do espaço urbano, mas antes e acima de tudo, significa a conquista de melhor qualidade de vida para um número crescente de pessoas e, de cada vez mais, justiça social.

Quando uma intervenção urbana não estiver vinculada a uma área com necessidades vigentes e iminentes, deve ser exigido em contrapartida dos proprietários, dos usuários permanentes e dos investidores privados, um critério que garanta a isonomia de condições para os agentes empreendedores, atendendo-se ao interesse social e respeitando-se a igualdade entre todos.

Como os princípios contêm exigências que devem ser realizadas '*prima facie*', preponderam o interesse e os valores coletivos perante os individuais e, assim, a política de desenvolvimento urbano deve ordenar o pleno progresso das funções sociais da cidade, assegurando o bem estar de todos, conforme disposto no artigo 182 da Constituição Federal.

Sabe-se que a publicação do Estatuto da Cidade trouxe importantes inovações para a ordenação sustentável do solo urbano ao introduzir, no ordenamento jurídico brasileiro, as diretrizes gerais da função social da propriedade urbana e dos instrumentos da política de desenvolvimento urbano previstas no Capítulo II, da Constituição Federal de 1988, entre eles, a operação urbana consorciada.

Propõe o Estatuto que o planejamento e a gestão sustentável das cidades brasileiras estejam estruturados em três sustentáculos básicos: cumprimento da função social da propriedade, gestão democrática e planejamento urbano enquanto processo e não ato. Dessa forma, o Estatuto efetiva as inovações introduzidas em 1988 na Constituição Federal, munindo o Poder Público municipal de instrumentos de política urbana capazes de garantir o cumprimento da função social da propriedade.

Reconhecendo que a crise generalizada de moradia e a proliferação de formas de ilegalidade urbana, no que diz respeito ao uso do solo e à moradia, são produzidas pela combinação entre a falta de políticas habitacionais adequadas e a ausência de opções acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário – causas e resultados de vários dos problemas urbanos enfrentados pelos municípios, o Estatuto regula instrumentos de

política urbana como as operações urbanas consorciadas, capazes de assegurar a regularização fundiária de áreas irregularmente ocupadas principalmente por população de baixa renda.

A proliferação de formas de ilegalidade nas cidades é uma das maiores conseqüências do processo de segregação espacial e exclusão social que tem caracterizado o crescimento urbano intensivo nos países em desenvolvimento. Um número cada vez maior de pessoas é forçada a descumprir a lei para ter um lugar nas cidades, vivendo em condições precárias ou mesmo insalubres e perigosas, geralmente em áreas desprovidas de infra-estrutura urbana adequada. Como observa Edésio Fernandes, diversos dados de fontes distintas têm revelado que, se consideradas tais formas de acesso ao solo urbano e de produção da moradia, entre 40 e 70% da população urbana das grandes cidades dos países em desenvolvimento estão vivendo ilegalmente (2002, p.49).

Dentre outras formas de ilegalidade urbana, a proliferação de favelas e loteamentos irregulares é uma das conseqüências mais importantes no processo de exclusão socioespacial que tem caracterizado o crescimento urbano no país. A falta de uma política urbana habitacional de cunho social associada à ausência de opções acessíveis oferecidas pelo mercado imobiliário têm feito com que um número cada vez maior de brasileiros tenha, nos loteamentos periféricos e nas favelas, a única forma possível de acesso à moradia e ao solo urbano. Em diversas cidades, como Belo Horizonte, o número de favelados corresponde a mais de 20% da população total, sendo que em outras cidades, como Recife e Salvador, esse percentual é superior a 40%. (FERNANDES, 2002)

O número de problemas urbanos no Brasil é aparentemente infinito, mas podem ser elencadas duas grandes problemáticas associadas às grandes cidades, quais sejam, a pobreza e a segregação residencial.

A pobreza urbana se reveste de peculiaridades em relação à rural, por possuir formas de expressão espacial típicas, como favelas e periferias pobres, dentre outras e também devido às formas de sobrevivência legais e ilegais que a ela se vinculam.

A segregação residencial é um resultado de vários fatores, com a pobreza e o papel do Estado na criação de disparidades espaciais em matérias de infra-estrutura e no favorecimento dos moradores de elite. Reduzir ou até mesmo superar a segregação

depreende a superação de tais problemas. Se todos os grupos fossem igualmente poderosos e as diferenças passassem a ser étnico-culturais, o problema se restringiria às dificuldades e atritos derivados de preconceitos.

Outros problemas podem ser observados nos espaços urbanos brasileiros. Um deles é a degradação ambiental, que implica uma interação entre problemas sociais e impactos ambientais. Atividades que geram impactos sobre o meio ambiente podem ser maléficas para uma enorme parcela da sociedade e bastante rentáveis para um reduzido número de pessoas. As perdas e ganhos com as atividades acarretadoras de efeitos ambientais se acham, assim, desigualmente distribuídos sócio-espacialmente, caracterizando uma situação de flagrante injustiça.

O conjunto de dificuldades vinculadas a um sistema de tráfego ineficiente, caro e antiecológico, é um outro problema. A demanda por instalação de infra-estrutura cresce de maneira assustadora, à medida que a malha viária se multiplica rapidamente, e as distâncias a serem vencidas são cada vez maiores.

No entanto, o Estado, tradicional promotor da segregação espacial, juntamente ao setor imobiliário, investe diferencialmente nas áreas residenciais da cidade e estabelece estímulos e zoneamentos que consolidam a segregação, resultando na chamada "*fragmentação sociopolítico-espacial*" (LOPES DE SOUZA, 2003). Assim, a "fragmentação" seria um aumento de disparidades sociais, encarada como uma conseqüência da globalização econômico-financeira, a qual gera riqueza, cada vez mais concentrada para poucos, e pobreza para muitos.

Há então o crescimento de segmentos que se valem de estratégias de segurança para se protegerem. Os espaços públicos têm sido associados a locais desprotegidos e perigosos e vão aos poucos se tornando menos freqüentados. O comércio vai se concentrando em lugares considerados mais seguros e confortáveis e, dessa forma, agrava-se a segregação residencial.

As operações urbanas consorciadas, portanto - observando-se as diretrizes gerais do Estatuto da Cidade, desdobradas e expressas de modo mais concreto na lei municipal do plano diretor - seriam uma parceria entre os setores público e privado na busca de melhorias sociais, valorização do meio ambiente e transformações urbanas estruturais.

A doutrina brasileira tem adotado várias visões a respeito da eficiência ou não da viabilização do cumprimento da função social da propriedade através das operações

urbanas consorciadas. Para alguns autores, por exemplo, as operações urbanas consorciadas se prestam igualmente para regularizar reformas, ampliações ou construções realizadas ao arrepio da lei. Contudo, tal regra poderá trazer consigo uma situação inusitada, qual seja, a de proprietários contarem com essa alternativa e aumentarem ainda mais a prática de irregularidades.

Outros autores consideram que, no Brasil, a participação da sociedade civil ainda é muito pequena e, raramente, há uma visão para o desenvolvimento da cidade como um todo. Como o Estado brasileiro serve historicamente aos interesses das classes dominantes, todas as leis, e não haveria de ser diferente com a das operações urbanas, tendem a responder aos interesses específicos de classes dominantes e não a considerar as demandas generalizadas da sociedade. Há também no Brasil a tradição de uma cultura de privilégios ou socialização dos prejuízos, já que recursos públicos sustentaram e ainda sustentam muito da atividade empresarial privada. 2002, p. 225)

Outros ainda acreditam que a intervenção urbana pode causar impacto sobre a qualidade de vida de moradores de assentamentos, a sustentabilidade social, econômica, ambiental, dentre outras. Para ela, se as dimensões jurídica e social da intervenção são bem conduzidas, o impacto da regularização fundiária é extremamente desejável, ocasionando um profundo aprendizado da cidadania e da democracia por uma população que se torna intérprete e co-autora de suas próprias leis.

Alguns urbanistas, como Jupira Gomes de Mendonça (2001), defendem as operações urbanas consorciadas por acreditar que essas seriam mecanismos de coibição de processos especulativos do solo urbano, de resgate para os cofres públicos da valorização imobiliária decorrente de obras públicas, enfim, mecanismos de cumprimento da função social da propriedade urbana.

A operação urbana consorciada pressupõe, portanto, observância da diretriz de gestão democrática de sua implementação, mediante informação e participação da sociedade civil, na qual múltiplas e combinadas formas de intervenção são possíveis, dependendo de sua adequação aos aspectos peculiares de cada uma e de sua capacidade de mobilização de empreendedores privados, sem prejuízo da coordenação pelo Poder Público do município, a fim de que o interesse público seja verdadeiramente alcançado.

Sabe-se que o Estado, como sociedade política, constitui-se em um meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins

particulares. O fim do Estado é a realização do bem-comum, entendido pelo Papa João XXIII, em sua Carta Encíclica "*Pacem in Terris*" como o "conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana". (JOÃO XXIII, 1961, p.58).

As sociedades pluralistas atuais requerem do Estado Democrático de Direito uma ação diferenciada, que proporcione garantias àqueles grupos que carecem das condições mínimas necessárias ao pleno exercício da cidadania, para que seja efetivada a igualdade social.

No Estado de Direito, onde cada indivíduo é titular de direitos naturais, os poderes estatais só se justificam para a realização de interesses públicos. O Direito qualifica os direitos coletivos como mais relevantes do que os interesses privados, conferindo àqueles prioridade no confronto com esses. Assim, quando em meio a um conflito, o interesse público possui prevalência sobre o particular.

O poder de autoridade pode manifestar-se de duas maneiras: impondo unilateralmente comportamentos aos particulares, através de lei e atos administrativos, por exemplo; ou atribuindo direitos aos particulares através de vínculo não obrigacional. Em alguns casos, o Direito condiciona a aquisição de direitos pelos particulares a um ato estatal. Quando atribui tais direitos, o Estado nada impõe unilateralmente, apenas atende ao requerimento voluntário do interessado.

Em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que se preocupa não somente com a aplicação formal, bem como a material do princípio da igualdade, o desenvolvimento econômico não deve se desvincular da inclusão social e da harmonia ambiental. Como critério de isonomia de condições para os agentes empreendedores em uma intervenção urbana vinculada a uma área com necessidades iminentes e vigentes, deve-se observar o interesse social e se respeitar a igualdade de todos, alcançando-se melhor qualidade de vida para um número crescente de pessoas, cada vez mais justiça social, conquistando-se um desenvolvimento urbano autêntico, includente e não-discriminatório.

É conhecido o preceito segundo o qual a isonomia implica na necessidade de os iguais serem tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. Assim sendo, o Estado pode tratar desigualmente os particulares, desde que o faça justificadamente.

Quando não revestida de generalidade, ou seja, quando beneficia ou prejudica sujeito determinado e individualizado, a lei faz uma agressão à isonomia.

Um importante princípio estruturante do Estado Democrático é o da igualdade, que traduz tratamento igual para situações iguais. Tal princípio, segundo o autor Celso Antônio Bandeira de Mello, interdita tratamento desuniforme às pessoas, propiciando, de um lado, a garantia individual e, de outro, tolhendo favoritismos. A função precípua da lei reside em dispensar tratamentos desiguais, ou seja, as normas nada mais fazem do que discriminar situações, de forma que as pessoas compreendidas em umas ou em outras normas venham a ser acolhidas por regimes diferentes. São deferidos determinados direitos e obrigações a algumas pessoas que não cabem a outras, por estarem abrigadas em categoria diversa. (MELLO, 2003, p. 21).

Por via do princípio da igualdade, qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar alguma ofensa ao princípio isonômico. O que a ordem jurídica deve firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. É, portanto inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações mediante traço diferencial que não resida nelas mesmas.

Para Dalmo de Abreu Dallari, a igualdade de possibilidades corrige distorções ao admitir a existência de desigualdades relativas, decorrentes da diferença entre méritos individuais, aferindo-se a estes através da contribuição de cada um à sociedade. (DALLARI, 1995, p. 128).

A atual ordem econômica brasileira defende um mercado livre, um espaço em que sujeitos autodeterminados e juridicamente iguais competem entre si na busca da realização de seus interesses privados. Um dos princípios estruturais dessa ordem econômica é a liberdade de concorrência, segundo a qual indivíduos e proprietários são livres e iguais para se ocuparem do que quiserem, movendo-se para potencializar suas propriedades e delas extrair o melhor rendimento possível. Podemos notar que a idéia básica da livre concorrência é a fé depositada na idéia de que as pessoas, uma vez competindo entre si, automaticamente estariam contribuindo para o progresso geral da sociedade.

A Constituição de 1988 estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, buscando, dessa forma, tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência esmagadora da concentração capitalista.

À evidência de que o mercado não está mais adstrito à 'mão invisível', tem-se a livre concorrência para se buscar a melhor oportunidade no sentido de produção de riquezas.

A propriedade, no Estado Democrático de Direito, teve que se adequar aos princípios gerais que sustentam um Estado como esse, quais sejam: a legalidade, a igualdade e a justiça social, dentre outros. Não há, portanto, dentro de um Estado Democrático de Direito, espaço para o direito de propriedade absoluto e subjetivista.

O texto constitucional de 1988 trouxe diversas inovações no que diz respeito ao direito de propriedade, no intuito de qualificá-lo conforme os imperativos principiológicos do novo Estado Democrático que estava sendo inaugurado. O princípio da função social da propriedade é a referência máxima orientadora do exercício do direito de propriedade.

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, XXIII, estabelece que *"a propriedade atenderá a sua função social."* (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

O proprietário tem o dever constitucional de exercer o domínio no interesse da sociedade e não apenas em face de seus próprios interesses.

Para atender a sua função social, portanto, a propriedade deverá aliar-se aos interesses coletivos, sociais, culturais e ambientais dos proprietários e dos outros grupos da cidade como um todo. Para tanto, cabe ao Poder Público municipal o dever de determinar a medida do equilíbrio entre interesses individuais e coletivos no que diz respeito à utilização do solo urbano.

O princípio da função social da propriedade tem o intuito de fazer com que o direito de propriedade deixe de ter um conteúdo predeterminado medido pelos interesses individuais de proprietários e passe a ter o conteúdo econômico estabelecido pelo Poder Público, uma vez também considerados os outros interesses quanto à utilização do solo e dos bens imobiliários.

Ao propor tratamento diferenciado aos ocupantes e usuários do solo na área de intervenção da operação urbana, o princípio da função social da propriedade feriria, a princípio, dois princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito: livre concorrência e igualdade.

Como então fazer com que esses três princípios – igualdade, livre concorrência e função social da propriedade – sejam cumpridos para que se realize, da melhor maneira possível, a operação urbana consociada?

Na operação urbana Estação BHBUS Barreiro, o próprio interesse público urbanístico já foi suficiente para justificar o tratamento diferenciado no local, já que o mesmo possuía deficiência na articulação viária e de transportes; havia deficiência na infra-estrutura urbana; ocupação irregular de calçadas por comerciantes, camelôs, ambulantes e mobiliário urbano e insegurança para circulação de veículos e pedestres.

Além disso, ao se observar a cidade de uma maneira diferenciada, mitigar-se-ia o centro de Belo Horizonte, ao levar à região do Barreiro atividades essenciais existentes somente em regiões centrais.

A livre concorrência foi preservada na medida em que a transparência e a igualdade de condições foram garantidas àqueles que se beneficiaram do tratamento diferenciado.

Compensou-se o tratamento diferenciado através de um expressivo número de audiências públicas, com grande participação da sociedade civil, moradores, usuários e empresariado. Esta participação se deu através de debates em fóruns, nas fases de diagnóstico, concepção e formulação de projetos, acompanhamento das obras, operação da nova Estação BHBUS e implantação do novo sistema de circulação. Conferências sociais e urbanas, bem como reuniões dos Conselhos Municipais de Meio Ambiente, Transporte e Trânsito, de Educação subsidiaram o projeto. Nota-se aí, uma grande transparência no acompanhamento, supervisionamento e fiscalização na implantação da operação urbana.

Outro tipo de compensação ao tratamento diferenciado foi o processo de licitação, promovido pela BHTrans, a fim de se selecionar o empreendedor que oferecesse a melhor oferta para o município.

A licitação, de acordo com o autor Elias Sampaio Freire, é um procedimento integrado por atos da Administração e do licitante, com dupla finalidade: obtenção de

proposta mais vantajosa e resguardo dos direitos de possíveis contratantes, proporcionando a igualdade de oportunidades a todos os interessados.

O princípio da igualdade ou isonomia, expresso no artigo 37, inciso XXI da Constituição de 1988 veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes, em detrimento dos demais:

> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).*

Além dos contratos de obras, serviços, compras e alienações, a Constituição Federal também prevê, em seu artigo 175, a obrigatoriedade de licitação para a concessão e a permissão de serviços públicos: *"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"*. (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

O Edital de Concorrência Pública para a operação no Barreiro caracterizou: o uso do solo, a região, a demanda e a oferta. Fez também a estimativa de investimentos, além de elencar os custos de administração e manutenção, despesas gerais e com pessoal. Por abranger contratação de grande valor e apresentar características marcantes como: ampla publicidade, habilitação preliminar e universalidade, a modalidade da licitação realizada para o empreendimento no Barreiro é denominada concorrência. O vencedor da licitação foi o consórcio LGN/MBR Participações Ltda.

Além disso, houve a requalificação do antigo e principal centro comercial do Barreiro, a fim de se igualarem as condições de concorrência entre os comerciantes da região. Para as áreas já ocupadas deste centro, de uso comercial e residencial, iniciou-se a implantação de programa de requalificação urbana, com novo plano de circulação de veículos e pedestres, renovação de calçadas, tratamento paisagístico, despoluição visual, programas junto a catadores de papel e grafiteiros e reorganização do comércio ambulante para uma melhor limpeza urbana. Os objetivos do projeto de requalificação do centro foram alcançados com a presença das novas sedes das Polícias Militar e Civil,

da regional no INSS e da Secretaria Municipal de Coordenação de Gestão Regional Barreiro, da PUC Minas, do Centro Cultural e da primeira unidade descentralizada do Restaurante Popular da cidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As obras viárias e a Estação BHBUS Barreiro adquiriram especial importância ao facilitarem a integração viária da região à cidade e ao seu entorno metropolitano. O projeto possibilitou o aproveitamento e desenvolvimento do potencial polarizador de negócios e serviços, assim como o aumento do potencial de consumo das 500 mil pessoas que circulam pela região, além de dinamizar a economia local, criando empregos e postos de trabalho diretos e indiretos. Permitiu, também, aos setores empresariais locais atender, cada vez melhor, às demandas de diversidade, eficiência e qualidade dos serviços, tendo como respaldo boas condições de acessibilidade, infra-estrutura, segurança e opções de lazer e cultura, recursos humanos qualificados, o que tem estimulado, cada vez mais, a vinda de novos investimentos.

A operação urbana consorciada que permitiu a construção da Estação BHBUS Barreiro foi, e continua sendo, um exemplo de operação urbana bem sucedida e eficaz, pois observou a diretriz da gestão democrática de sua implementação, mediante informação e participação da sociedade civil; adequou a intervenção à capacidade de mobilização dos empreendedores privados sem prejuízo da coordenação pelo Poder Público municipal objetivando sempre que o interesse público fosse alcançado.

O consórcio entre o setor público e o setor privado, ao se apoiar nos princípios da função social da propriedade urbana, na livre concorrência e na igualdade, demonstrou bastante clareza na sua realização. Pode-se afirmar, portanto, que a interpretação das normas jurídicas que regularam a implantação do instrumento operação urbana no Barreiro realizou-se de maneira harmônica com tais princípios.

É fundamental que o paradigma do Direito Urbanístico seja consolidado de forma a criar uma verdadeira esfera pública que não seja reduzida ao setor estatal e que seja efetivamente democrática e participativa, para que assim seja materializado o outro direito coletivo criado pela Constituição Federal de 1988 qual seja, o direito à participação direta e indireta no processo de gestão das cidades.

Em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que se preocupa não somente com a aplicação formal, bem como material do princípio da igualdade, o desenvolvimento econômico não se deve desvincular da inclusão social e da harmonia ambiental. Como critério de isonomia de condições para os agentes empreendedores em uma intervenção urbana vinculada a uma área com necessidades iminentes e vigentes, deve-se observar o interesse social e se respeitar a igualdade de todos, alcançando-se melhor qualidade de vida para um número crescente de pessoas, cada vez mais justiça social, conquistando-se um desenvolvimento urbano autêntico, includente e não-discriminatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. CAHALI, Yussef Said (Org.). Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Gisele de Mello Braga Tapai. 6. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004 (RT-mini códigos).

BRASIL, Lei n. 7.166, de 27 de ago.1966. Dispõe sobre parcelamento, ocupação e uso do solo. Disponível em : <https://www.pbh.gov.br>. Acesso em 10 set. 2004.

BRASIL, Lei n. 7.928, de 28 de dez.1999. Dispõe sobre operações urbanas para implementação de estações de integração de ônibus do BHBUS. Disponível em : <https://www.pbh.gov.br>. Acesso em 01 ago. 2005.

BRASIL, Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 ago. 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Finalidades e Funções do Estado. In: DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995. Cap. II, p. 87-92.

FERNANDES, Edésio. Do Código Civil de 1916 ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). **Estatuto da Cidade Comentado (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001)**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 31-62.

IBGE, Pesquisa Perfil dos Municípios Brasileiros, Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>Acesso em: 15 set. 2004.

JOÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica** :*Pacem in Terris.* São Paulo: Paulinas, 1961. 84p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA, Jupira Gomes de. Plano Diretor, Gestão Urbana e Descentralização: Novos Caminhos, Novos Debates. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Cap.6, p.151-164.

SOUZA, Marcelo Lopes de. Problemas urbanos e conflitos sociais. In: SOUZA, Marcelo Lopes de. **ABC do Desenvolvimento Urbano**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. Cap. 5, p. 81-91.

ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA: UM INSTRUMENTO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

Cyntia da Silva Almeida Willemam*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo propor um olhar ambiental ao instrumento de Política Urbana conhecido como Estudo de Impacto de Vizinhança, a proposta é aplicar uma visão urbano-ambiental ao EIV. Considerando o conceito contemporâneo de meio ambiente e o reconhecimento deste como um direito fundamental decorrente do direito à vida e à dignidade, o trabalho propõe ainda, um olhar ambiental ao Estatuto da Cidade. A amplitude que abarca hoje o conceito de meio ambiente coloca o homem e suas ações como seus elementos integrantes, trazendo a inegável afirmativa de que as questões da *urbe* devem ser consideradas na proteção ao meio ambiente para que seja possível assegurar uma sadia qualidade de vida. O Estudo de Impacto de vizinhança é um instrumento que possibilita essa garantia de proteção ao meio ambiente natural e artificial no ambiente citadino, importando na prevenção do desequilíbrio no espaço urbano. No objetivo do trabalho, na primeira parte, buscou-se esclarecer sobre o reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental. Em seguida, delineou-se sobre o conceito contemporâneo do meio ambiente e sua aplicação no espaço urbano, passando a abordar acerca de uma leitura ambiental do Estatuto da Cidade. Caminhando, passamos a análise do Estudo de Impacto de vizinhança vislumbrando a proteção ambiental no espaço urbano. Por fim, conclui-se expondo as conclusões alcançadas com a presente pesquisa. O tema é desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica empregando o método hipotético-dedutivo, histórico e comparativo.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE; DIREITO FUNDAMENTAL; ESTATUTO DA CIDADE; ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA; DIREITO AMBIENTAL; DIREITO URBANÍSTICO.

ABSTRACT

The present article has for objective to consider an ambient look to the known instrument of Urban Politics as Study of Impact of Neighborhood, the proposal is to apply an urban-ambient vision to the EIV. Considering the concept environment contemporary and the recognition of this as a decurrent basic right of the right the life

* WILLEMAM, Cyntia da Silva Almeida. Advogada, Conselheira Tutelar no Município de Campos dos Goytacazes, Mestranda em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos/RJ, integrante do Grupo do Pesquisa Institucional: Desenvolvimento Municipal e do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental da Faculdade de Direito de Campos.

and the dignity, the work still considers an ambient look to the Statute of the City. The amplitude that accumulates of stocks the environment concept today places the man and its action as its integrant elements, bringing the undeniable affirmation of that the questions of *urbe* must be considered in the protection to the environment so that it is possible to assure a healthy quality of life. The Study of Impact of neighborhood it is an instrument that makes possible this guarantee of protection to the natural and artificial environment in the environment city dweller, mattering in the prevention of the disequilibrium in the urban space. In the objective of the work, in the first part, one searched to clarify on the recognition of the environment as a basic right. After that, one delineated on the concept contemporary of the environment and its application in the urban space, starting to approach concerning an ambient reading of the Statute of the City. Walking, we pass the analysis of the Study of Impact of neighborhood glimpsing the ambient protection in the urban space. Finally, it is concluded displaying the conclusions reached with the present research. The subject is developed on the basis of the bibliographical research using the hypothetical-deductive, historical and comparative method.

KEYWORDS: ENVIRONMENT; BASIC RIGHT; STATUTE OF THE CITY; STUDY OF NEIGHBORHOOD IMPACT; ENVIROMENTAL LAW; RIGHT URBANÍSTICO.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 nos traz diversas disposições sobre o meio ambiente, o que faz surgir uma imprescindível necessidade de diálogo entre os diversos ramos do Direito com o Direito Ambiental.

Neste sentido, nos colocamos à defender uma leitura ambiental do Direito Urbanístico, e nessa trilha, caminhamos acompanhados de Vanêsca Buzelato Prestes[1], Elida Séguin[2], Toshio Mukai[3], entre outros.

O presente trabalho tem por objetivo propor um olhar ambiental ao instituto do Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança, dada a necessidade de entendimentos e práticas voltadas a sustentabilidade das cidades, partindo-se da premissa que o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração.

[1] PRESTES, Vanêsca Buzelato. *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
[2] SÉGUIN. Élida. *Estudo de Impacto de Vizinhança. Revista de Direitos Difusos*, ano VII, vol. 35, janeiro – Fevereiro de 2006, p. 15-28.
[3] MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10 de junho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Assim, sem a pretensão de esgotar as dúvidas, mas objetivando esclarecer muitas e propor um maior interesse sobre o tema, o presente trabalho foi dividido didaticamente, de forma a estabelecer um entendimento acerca do tema defendido.

Num primeiro momento buscou-se esclarecer sobre o reconhecimento do meio ambiente como um direito fundamental. Em seguida, delineou-se sobre o conceito contemporâneo do meio ambiente e sua aplicação no espaço urbano. Num terceiro momento abordou-se acerca de uma leitura ambiental do Estatuto da Cidade. Caminhando, passamos a análise do Estudo de Impacto de vizinhança vislumbrando a proteção ambiental no espaço urbano.

Por fim, à guisa de conclusão, apresenta-se uma síntese das idéias apresentadas no corpo do estudo.

O tema será desenvolvido com base na pesquisa bibliográfica e o método empregado será o hipotético-dedutivo, histórico e comparativo.

Feita esta breve apresentação, passemos a exposição.

1 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

Para falar de direitos fundamentais mister se faz uma breve exposição acerca das primeira, segunda, terceira e quarta geração de tais direitos. A abordagem proposta se dará partindo da concepção de Sarlet[4] na diferenciação entre direitos fundamentais e direitos humanos.

Os direitos de primeira geração constituem-se dos direitos inerentes ao indivíduo, decorrentes da própria natureza humana, estão vinculados à vida, à integridade física, à liberdade, à igualdade, à segurança, entre outros.

Direitos de segunda geração compreendem os direitos do indivíduo em relação à coletividade, são direitos de natureza social, econômica e cultural, fundados no princípio da igualdade.

Os chamados direitos de terceira geração são os direitos metaindividuais, direitos coletivos, difusos, direitos de solidariedade. Nessa geração, o titular do direito

[4] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p.36.

não é o indivíduo, mas a coletividade, nesse contexto está o direito ao meio ambiente sadio e o direito à qualidade de vida.

Os direitos de quarta geração alcançam direitos específicos e vinculados diretamente com a vida humana e suas preocupações como progresso das ciências.

Emerge entre nós, os direitos de quinta geração, como "novos" direitos, que se configuram conseqüência do avanço das tecnologias da informação, do ciberespaço e da realidade virtual. Afirmam Clovis Gorczevski e Leila Eliana Hoffmann Ritt[5] que "diante da contínua e progressiva evolução da tecnologia de informação, torna-se fundamental definir uma legislação que venha regulamentar, controlar e proteger os provedores e os usuários dos meios de comunicação eletrônica de massa".

É na terceira geração de direitos fundamentais que encontramos o meio ambiente, e, diante de seu conceito[6], podemos afirmar sua intensa e essencial relação com as demais gerações de direitos, especialmente no que concerne à primeira, dada a sua indissociabilidade do direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana.

O Princípio 1 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente[7] dispõe:

> "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio cuja qualidade lhe permite levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras." (grifo nosso)

Nessa linha de raciocínio, *"o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração, incluído entre os chamados direitos da solidariedade ou direitos dos povos"*[8].

A Constituição Federal de 1988, nos traz no caput do art. 225:

> "Todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia

[5] GORCZEVSKI, Clovis e RITT, Leila Eliana Hoffmann. *O desenvolvimento sustentável e o meio ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração.* In GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. et alli. (Coords.). *A Concretização dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007, p. 24.

[6] SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 435, Meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana.

[7] Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, 1972. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm. Acesso em: 10 de maio de 2007.

[8] MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Juares de Oliveira, 2004. p. 57.

> qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

Assim, nas palavras de José Afonso a Silva, a proteção ambiental como direito fundamental "visa tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana"[9].

Ademais, o meio ambiente deve ser considerado como uma extensão do direito à vida, posto que tornou-se reconhecidamente um imperativo do de sobrevivência e solidariedade.

Celso Antônio Fiorillo reconhece o meio ambiente como um direito humano fundamental alçando-o de forma isonômica ao patamar do direito à vida, relacionando-o com a proteção de valores fundamentais da pessoa humana e necessário à população como um todo[10].

Nessa esteira de pensamento, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou:

> EMENTA: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - (...) RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161). (...) A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO

[9] SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000, p.58.
[10] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Processo Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeneracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar

> graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro (...) É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).[11] (grifo nosso)

Como um direito fundamental, o direito a proteção ambiental para uma preservação do meio ambiente em todos os seus sentidos deve ser visualizado através de lentes inafastáveis e essenciais, ou seja, o foco deve estar sempre no próprio direito à vida coadunando com o respeito à dignidade da pessoa humana.

É nessa esteira que se posiciona José Afonso da Silva:

> "O que é importante é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre

[11] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3540/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2006. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 10.01.2007.

> compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas a toda evidência não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida*."[12]

2 O MEIO AMBIENTE NO ESPAÇO URBANO

Inicialmente o conceito de meio ambiente trazia apenas a idéia de ambiente natural (ar, água, solo, fauna e flora), ignorava-se o homem e sua ação como elementos integrantes. Na visão contemporânea[13], esse conceito foi sendo superado, à medida em que foi reconhecida sua presença e o papel de suas modificações introduzidas no meio ambiente.

A Lei n° 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente em seu art. 3° delineia conceitos básicos a serem considerados neste ponto:

> "Para fins previstos nesta lei, entende-se por:
>
> I – meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
>
> II – degradação da qualidade ambiental: a alteração adversa das características do meio ambiente;

[12] SILVA, José Afonso da. *Op. Cit*., 2000, p. 70.

[13] A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, proclamou: "1. *O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma*."

> III – poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
>
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
>
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
>
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
>
> e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos."

Esse conceito contemporâneo analisado em conjunto com a norma supra, que foi recepcionada pela Constituição de 1988, traz, então, o entendimento de que o homem não é um mero explorador de riquezas naturais, não é um elemento neutro, mas sim um daqueles elementos que compõem o meio ambiente e, que, como os demais, interagem entre si.

Nesse sentido, Edis Milaré e outros se posicionam:

> "Numa concepção ampla, que vai além dos limites estreitos fixados pela Ecologia tradicional, o meio ambiente abrange toda a natureza original (natural) e artificial, assim como os bens culturais correlatos. Temos aqui, então, um detalhamento do tema: de um lado, com o meio ambiente natural, ou físico, constituído pelo solo, pela água, pelo ar, pela energia, pela fauna e pela flora; e de outro, com o meio ambiente artificial (ou humano) formado pelas edificações, equipamentos e alterações produzidos pelo homem, enfim, os assentamentos de natureza urbanística e demais construções. (...) Nessa perspectiva ampla, o meio ambiente seria "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas".[14]

No mesmo sentido, a conceituação dada por José Afonso da Silva:

> "O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os

[14] MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina – jurisprudência – glossário. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada*. São Paulo: RT, 2005, p. 99-100.

> bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico."[15]

Note-se que fazendo uma transposição de tais conceitos para o espaço urbano, devemos concluir que o planejamento e a avaliação, visando o equilíbrio ambiental nas cidades, devem estar fulcrados nesse conceito contemporâneo de meio ambiente, o que representa a consideração da presença do homem, dos aspectos do espaço construído e a interferência destes no ambiente.

Desta forma, é claro o reconhecimento de que a proteção ao meio ambiente como direito fundamental alcança questões citadinas, especialmente porque repercutem seus efeitos em valores fundamentais da pessoa humana como vida e dignidade. Assim, "o ambiente construído, (...), deve ser propício à saúde e ao bem-estar dos seus usuários e da coletividade em geral, assim como as formas de vida nele admitidas. Em uma palavra, será ordenado forçosamente para assegurar a sadia qualidade de vida"[16]. Neste sentido, afirma Vanêsca Buzelato Prestes que:

> "Na avaliação dos impactos, no planejamento da cidade, é imprescindível considerar o processo de urbanificação, (...), as necessidades vitais da vida em sociedade (...), a relação com os empreendimentos e a infra-estrutura urbana, a repercussão social e o impacto econômico destes, a fim de efetivamente buscar-se o equilíbrio ambiental no espaço urbano."[17]

Corroborando tal entendimento, se posiciona José Ávila Aguiar Coimbra:

> "A cidade é por excelência o ambiente do Homem... Com efeito é da cidade que disparamos nossas ações tecnológicas sobre a Natureza; dela partimos para criar ecossistemas artificiais que sirvam à nossa alimentação e às muitas modalidades de produção que precisaríamos. Nesta perspectiva, alguns cientistas sociais consideram a cidade como o centro mecânico de um ou mais ecossistemas".[18]

---

[15] SILVA, José Afonso da. *Op. Cit*., 2000, p.20.
[16] MILARÉ, Edis. *Op. Cit*., p. 421.
[17] PRESTES, Vanêsca Buzelato . *Op. Cit*., p. 27.
[18] COIMBRA, José Ávila Aguiar. *Outro Lado do Meio Ambiente Uma Incursão Humanista na Questão Ambiental*. São Paulo: Milenium, 2002, p. 129-130.

Diante da interdependência entre a proteção do meio ambiente como um direito fundamental e o espaço urbano como *lócus* onde essa proteção se concretiza, torna-se imprescindível o diálogo intersetorial entre o Direito Urbanístico e o Direito Ambiental. O tema requer análise interdisciplinar, aspecto que não pode manter-se ignorado pelos operadores do direito na tutela do meio ambiente nas cidades, é evidente a indissociabilidade do urbanismo e do meio ambiente, posto que somente uma análise conjunta terá possibilidades de proteger o meio ambiente como um direito que emerge do próprio direito à vida.

3 O ESTATUTO DA CIDADE

A Lei n° 10.257/2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana, trouxe instrumentos inovadores para gestão das cidades, entretanto o texto legal não trata unicamente do meio ambiente urbano e de sua qualidade, mas aborda de forma "concisa, e quase sempre implícita, as exigências ambientais que se esboçam na Constituição Federal e na Política Nacional do Meio Ambiente"[19].

A interdisciplinariedade que envolve o meio ambiente requer essa visão ampla, que não deve estar adstrita apenas ao ambiente natural – a condição física da terra, do ar, da água. Essa amplitude é necessária e visa abarcar também o ambiente humano, considerando que as condições sociais produzidas pelo homem afetam o lugar dos seres humanos na Terra. Nesta direção comenta Odete Medauar[20]:

> "A questão ambiental e a questão urbana apresentam-se intrincadas de modo forte e o ordenamento dos espaços urbanos aparece, sem dúvida, como instrumento da política ambiental. A implantação de uma política urbana hoje não pode ignorar a questão ambiental, sobretudo nas cidades de grande porte, onde adquirem maior dimensão os problemas relativos ao meio ambiente (...)."

No mesmo sentido, Edis Milaré[21]:

[19] MILARÉ, Edis. *Op. Cit*., p. 699.
[20] MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 16.
[21] MILARÉ, Edis. *Ibdem*., p. 700.

> "É necessário combinar as diretrizes do Estatuto da Cidade com toda a legislação pertinente que, de uma maneira ou de outra, se ocupa da boa qualidade do meio ambiente em geral e, em particular, do ambiente urbano. É oportuno ter diante dos olhos uma sinopse das referências fundamentais feitas à qualidade do meio ambiente (...)
>
> Eis uma razão a mais para que o Direito Ambiental, em sua doutrina e em sua prática, considere o meio ambiente de modo holístico e sistêmico, tanto na ciência jurídica quanto no aporte de outras ciências, uma vez que o ambiente não pode separar-se do dia-a-dia da sociedade e de cada cidadão."

O Estatuto da Cidade ao regulamentar o capítulo da Constituição que trata da Política Urbana, cria um sistema correlato à proteção do meio ambiente, acabando por formar um direito urbano-ambiental[22], ramo do Direito, que de forma interdisciplinar busca contemplar a dimensão urbanística com os princípios de proteção ao meio ambiente.

Sobre o tema, Vanêsca Buzelato[23] se manifesta:

> "O estatuto da cidade é a expressão legal da política pública urbano-ambiental, norma originadora de um sistema que interage com os diversos agentes que constroem a cidade, e a reconhece em movimento, em um processo que precisa, de um lado, avaliar e dar conta das necessidades urbanas e de outro, estabelecer os limites para a vida em sociedade, considerando que essa sociedade está cada vez mais dinâmica, exigente e com escassez de recursos naturais."

Concluindo é esse olhar para a preservação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico imprescindível para compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com o desenvolvimento sustentável, para, enfim ser possível a construção de um conceito de

[22] Nomenclatura utilizada por Vanêsca Buzelato Prestes que defende o Direito urbano ambiental como um sistema de normas e institutos que tem em seu cerne a ordem urbanística, que se identifica por institutos e características peculiares, conforme fundamentado no texto constitucional. Vide: Plano diretor, estudo de impacto ambiental (EIA) e estudo de impacto de vizinhança (EIV): um diálogo. Revista de Direito Ambiental, ano 11, n. 42, p. 241-258, abril-junho de 2006.
[23] *Ibdem*, p. 242.

cidade sustentável como conseqüência da proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

4 O ESTUDO DE IMPACTO DE VIZINHANÇA E A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO ESPAÇO URBANO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 surge uma nova ordem social, que reveste o direito à propriedade de todo um caráter moderno, deixando para trás sua característica individual e absoluta, para dar espaço a uma relativização que não considera apenas o interesse do proprietário. Dessa forma o uso de determinada propriedade passa a estar submetido à restrições administrativas e ao atendimento da sua função social, bem como a outros valores e garantias assegurados à coletividade.

Neste contexto, partindo da premissa que o meio ambiente caracteriza-se como um direito fundamental de 3ª geração assegurado à toda coletividade, reportamo-nos ao art. 9° da Lei n° 6.938/81, *in verbis*:

> "São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
> I- o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental;
> II- o zoneamento ambiental
> III- a avaliação de impactos ambientais; (...)"

O Estatuto da Cidade, ao tratar da Política Urbana, elenca no art. 4° seus instrumentos e, dentre eles coloca, em posição paralela, o estudo prévio de impacto ambiental e o estudo prévio de impacto de vizinhança.

A doutrina é pacífica o sentido que a avaliação de impactos ambientais previstas no inciso III da Lei 6.938/81 é um gênero. Neste sentido são os ensinamentos de Edis Milaré:

> "A avaliação de impacto ambiental é tomada em sentido amplo, genérico, de procedimento metodológico para localizar, identificar, prognosticar, ponderar e, em certos casos, valorar em medidas as alterações que podem ocorrer no meio ambiente (natural e social), como conseqüências ou efeitos da ação antrópica. Nesta relação Homem-Natureza, cidadão-cidade, o

> ser humano exerce um papel causal ou desencadeador de modificações."[24]

Acrescenta, ainda:

> "Esse importante instrumento de planejamento e controle decorre do princípio da consideração do meio ambiente na tomada de decisões, e diz com a elementar obrigação de se levar em conta o fator ambiental em qualquer ação ou decisão que possa sobre ele causar qualquer efeito negativo."[25]

No mesmo sentido, Antônio Inagê coloca que a avaliação de impacto ambiental se caracteriza como "um conjunto de técnicas e métodos, destinados a identificar, predizer e descrever a influencia sobre o ambiente biogeofísico, econômico e social que terá uma determinada ação."[26]

Diante dos posicionamentos supra, podemos extrair que o Estudo prévio de Impacto de Vizinhança é uma espécie do gênero Avaliação de Impacto Ambiental?

Sobre o tema, Toshio Mukai afirma que "trata-se de um instituto totalmente novo em nível federal, à semelhança do estudo de impacto ambiental (EIA), previsto no inciso IV do § 1° do art. 225 da Constituição"[27].

Diante dos arts. 36 à 38 da Lei n° 10.257/2001 constata-se que o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) é um instrumento de relevante caráter preventivo, assim como EIA, posto que contempla os possíveis *efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades*.[28]

Nas palavras de Lucéia Martins Soares o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) pode ser definido como "um destes instrumentos que permitem a tomada de medidas preventivas pelo ente estatal a fim de evitar o desequilíbrio urbano e garantir

---

[24] MILARÉ, Edis. *Op. Cit.*, p. 712.
[25] *Ibidem*, p.482.
[26] OLIVEIRA, Antôno Inagê de Assis. *Introdução a Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005, p. 410.
[27] MUKAI, Toshio. *Op. Cit.*, p. 31.
[28] Brasil, Lei n° 10.257 de 10 de julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*, Art. 37. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 de abril de 2007.

condições mínimas de ocupação dos espaços habitáveis, principalmente nos grandes centros".[29]

O Estudo prévio de Impacto de Vizinhança é um documento técnico que deve ser elaborado previamente à emissão das licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento de empreendimentos privados ou públicos em área urbana.

Sua exigência depende de lei municipal regulamentadora e, sua identificação como limitação administrativa imposta ao direito de propriedade, caracteriza-o pela generalidade, indeterminalidade e gratuidade.[30]

O EIV deverá contemplar aspectos negativos e positivos do empreendimento ou atividade e, se possível, apontar alternativas para minimizar ou eliminar as negatividades, buscando conciliar interesses. Poderá, ainda, ser exigido em qualquer caso, independentemente da ocorrência ou não de significativo impacto de vizinhança, entretanto é a lei municipal que define quais são as atividades e empreendimentos que dependerão do EIV para obtenção de licença ou autorização para construção, ampliação e funcionamento. Isso porque, projetando para o futuro, serão estas possivelmente responsáveis por afetar a qualidade de vida da população residente na área ou nas proximidades.

No estudo em pauta, deverão constar, obrigatoriamente, questões acerca do adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários, uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, geração de tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação, além da paisagem urbana e patrimônio natural e cultural. Tal obrigatoriedade decorre do próprio Estatuto da Cidade que exige que, no mínimo, sejam tais questões objeto de estudo.

O art. 38 da Lei de Política Urbana demonstra a preocupação do legislador em evitar possíveis confusões entre EIV e EIA, e considerando nosso posicionamento, apesar de serem espécies de mesmo gênero, ainda que a lei fosse omissa, um não

---

[29] SOARES, Lucéia Martins. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 293.

[30] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei n° 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória n° 2.220, de 04.09.2001*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 241-242. "(...) generalidade, em virtude de ter incidência geral sobre todos quantos se proponham a realizar o empreendimento; indeterminalidade, por não serem identificados os destinatários da limitação; e gratuidade, pela circunstância de que a limitação não abre espaço a direitos indenizatórios em favor daqueles atingidos pela limitação."

substituiria o outro, especialmente porque, quanto à avaliação dos impactos, ambos divergem significativamente quando se fala em finalidade.

O EIA visa o licenciamento ambiental, tanto que é aprovado pelo órgão ambiental e se destina a identificar recursos ambientais e suas interações tal como existem, considerando os meios físico, biológico e socioeconômico. Neste, avalia-se também a melhor localização e alternativa tecnológica, considerando as medidas mitigadoras e compensatórias.

O EIV visa o licenciamento urbanístico e destina-se a empreendimentos de impacto significativo no espaço urbano, não existindo limitação de extensão territorial ou de área construída, sua finalidade é diagnóstico ambiental e socioeconômico, além de instruir e assegurar ao Poder Público a capacidade do meio urbano para comportar determinado empreendimento.

Afirma Toshio Mukai:

> "Contudo, enquanto o EIA é exigível somente nos casos em que haja, potencialmente, significativa degradação do meio ambiente, o EIV é exigível em qualquer caso, independente da ocorrência ou não de significativo impacto de vizinhança."[31]

Desta forma, o EIV contempla aspectos do meio ambiente artificial, considerando as diretrizes estatutárias do art. 2°, e o EIA se ocupa de aspectos pertinentes ao meio ambiente natural, considerando os princípios e objetivos expostos nos arts. 2° e 4° da Lei 6.938/81.

Por fim, entendemos que o EIV se enquadra em mais um dos instrumentos que permitem a tomada de medias preventivas pelo ente estatal a fim de evitar o desequilíbrio do crescimento urbano, garantir as mínimas condições de ocupação dos espaços, bem como assegurar a população a tutela do meio ambiente nas cidades. Isso sustentando a incindível relação entre o urbanismo e o meio ambiente, posto que somente assim existirá uma real possibilidade de proteção ao meio ambiente no espaço urbano, não permitindo que a aplicação do instituto mantenha-se aquém a um direito que emerge do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.

[31] MUKAI, Toshio. *Op. Cit.*, p.32.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do presente estudo foi possível concluir que:

O direito ao meio ambiente (ecologicamente equilibrado) é um direito fundamental que integra a terceira geração e, como via de conseqüência, sua proteção é dever do Estado e da coletividade.

A proteção ambiental passou a um conceito contemporâneo, que reafirma sua interdisciplinariedade do tema, sua essencialidade e inafastabilidade em quaisquer questões que nele possam repercutir.

O reconhecimento da presença do homem e de suas ações como elementos integrantes do conceito de meio ambiente nos impõe analisar as questões urbanas de maneira interdisciplinar para assegurar uma sadia qualidade de vida aos cidadãos.

O Estatuto da Cidade com suas diretrizes e instrumentos reflete exigências previstas na Constituição Federal e na Política Nacional de Meio Ambiente, relativizando a propriedade e compatibilizando o desenvolvimento social com o desenvolvimento sustentável.

O Estudo de Impacto de Vizinhança, como uma espécie de avaliação de impacto ambiental que prioriza a prevenção do desequilíbrio, é um instituto híbrido e por isso a premente necessidade de um diálogo urbano-ambiental pata atender as questões citadinas.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o meio ambiente equilibrado como um direito fundamental, repercute diretamente no direito à vida, sendo assim é urgente que se reconheça a vertente urbano-ambiental inaugurada pelo Estatuto da Cidade, posto que para assegurar uma sadia qualidade de vida é preciso buscar a sua concretização no espaço onde se tem possibilidade. É o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança o instrumento estatutário trazido no intuito de adequar proteção ao meio ambiente, desenvolvimento socioeconômico e prevenção do desequilíbrio e empreendimento ao meio ambiente citadino.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL, Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências*. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.11.2006.]

BRASIL, Lei n° 10.257 de 10 de julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências*, Art. 37. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 25 de abril de 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3540/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.02.2006. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 10.01.2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao Estatuto da Cidade: Lei n° 10.257, de 10.07.2001 e Medida Provisória n° 2.220, de 04.09.2001*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COIMBRA, José Ávila Aguiar. *Outro Lado do Meio Ambiente Uma Incursão Humanista na Questão Ambiental*. São Paulo: Milenium, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Processo Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GORCZEVSKI, Clovis e RITT, Leila Eliana Hoffmann. *O desenvolvimento sustentável e o meio ambiente como forma de concretização dos direitos fundamentais de terceira geração*. In GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. et alli. (Coords.). *A Concretização dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

MEDAUAR, Odete e ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – Comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente.* São Paulo: Juares de Oliveira, 2004. p. 57.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei n. 10.257, de 10 de junho de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2001

OLIVEIRA, Antôno Inagê de Assis. Introdução *a Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005, p. 410

PRESTES, Vanêsca Buzelato. *Temas de Direito Urbano-Ambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficáia dos Direiros fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998, p.36.

SÉGUIN, Elida. *Estudo de Impacto de Vizinhança*. Revista de Direitos Difusos, ano VII, vol. 35, janeiro – Fevereiro de 2006, p. 15-28.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____ *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Lucéia Martins. *Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DESAFIOS DA EMPRESA DE TELEFONIA EM FACE DA URBANIZAÇÃO

Ezequias Losso[*]

Marta Marília Tonin[**]

RESUMO

"Telecomunicações" é um dos assuntos que mais despertaram novos conceitos nos últimos anos. Do seu bojo consta a telefonia como destacada espécie e, como subespécie, a telefonia de radiofreqüências, também conhecida por telefonia sem fio. Considerando a influência do telefone na vida pessoal e social, o presente trabalho discorre sobre os desafios da empresa de telefonia em face da urbanização tendo em vista: 1) O desafio da organização de serviços telefônicos no meio urbano; 1.1) As atribuições da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL; 2) Conflitos público-privados no acesso às redes de telefonia e 3) O desafio do exercício empresarial na afirmação da cidadania. O trabalho aponta, também, o dever de cooperação dos Poderes Públicos para a prestação dos serviços concedidos, autorizados ou permitidos, assim como o controle judicial de atos arbitrários. Por fim, trata do ponto de vista ético-jurídico nas relações empresa prestadora-usuário dos serviços que usam o referido bem público.

PALAVRAS-CHAVES: URBANIZAÇÃO, EMPRESA DE TELEFONIA, DESAFIOS, ÉTICA, CIDADANIA

ABSTRACT

" Telecommunications" is one of the subjects that most aroused new concepts in the last years. From its bulge is the telephony as outstanding species and, as subspecies, is the telephony of radio frequency, also known as wireless telephony. Considering the influence of the telephone in personal e social life, this work talks about the challenges of the telephony company toward urbanization about these aspects: 1) The challenge of the organization of telephony services in urban side; 1.1) The attribution of the "Agência Nacional de Telecomunicações" – ANATEL; 2) Public-private conflicts in the access of the telephony companies and 3) The challenge of business activity to make citizenship stronger. The work also points out the cooperation by Public Administration to perform conceded, authorized or allowed services, such as the judicial control of arbitrary acts. At last, emphasizes the point of view about legal-ethics in the relation between render and usuary of services who make use of the mentiones public property.

[*] Mestre em Direito Empresarial e Cidadania; Professor de Direito do Desenvolvimento na graduação do Centro Universitário Curitiba; Advogado.

[**] Doutora em Direito pela UFPR; Professora no Programa de Mestrado em Direito e na graduação do Centro Universitário Curitiba; Advogada.

KEYWORDS: URBANIZATION, TELEPHONY COMPANY, CHALLENGES, ÉTHICS, CITIZENSHIP

1. Introdução

Dentre os temas que tem despertado a atenção de governos, políticos, empresários e cidadãos em geral, encontra-se o referente a prestação de serviços prestados em regime público como os prestados em regime privado.

Certamente os serviços de telecomunicações se encontram, com realce, entre os que mais se destacam, considerando os avanços tecnológicos do setor e o desejo de comunicação e informação. São milhões de brasileiros que não dispensam o acesso aos meios de comunicação, ressaltando-se a telefonia, atualmente integrada no conceito de direitos humanos.

Entretanto, são marcantes os desafios do setor, tanto na organização de um *serviço adequado* nas cidades de numerosa população, como nos vilarejos, na forma da lei. Não são raras as indisposições e conflitos que se apresentam às empresas autorizadas, concessionárias e permissionárias, compelindo-as a buscar remédios jurídicos para resolver questões, notadamente relacionadas com competências. Ao mesmo tempo, discutem-se os problemas éticos que envolvem as atividades empresariais.

Tais desafios serão enfocados no presente trabalho na expectativa de ser um ponto de referência para estudos, considerando a relação existente entre as telecomunicações e o Direito Urbanístico. Da melhor forma de compreensão depende a inclusão digital, tendo em vista os prazos para o cumprimento da 18º Meta do 8º Objetivo do Milênio, preconizada em documento da Organização das Nações Unidas (ONU).

2. O desafio da organização de serviços telefônicos no meio urbano

A Assembléia Nacional Constituinte soberanamente sinalizou, no parágrafo único do art. 23 da Carta promulgada em 5 de outubro de 1988, ser necessária a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios "[...] tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional."

É, portanto, de se afirmar que se impõe às autoridades de todos os níveis a obrigação de conjugar esforços para que sejam viabilizados serviços em favor de uma coletividade. Cumpre, a quem aceita ocupar cargo ou função pública, praticar atos administrativos discricionários, com responsabilidade ética, superando subjetivas "vaidades". Estas, enfim, se para algo servem é o de alimentar arbitrariedades atentatórias a direitos individuais ou coletivos.

Por conseguinte, defende-se neste trabalho a legitimidade de se condenar condicionamentos de autoridades regionais ou municipais quando se organiza um serviço de interesse nacional, devidamente regulamentado e fiscalizado por competente autoridade federal, tal como ocorre com redes integradas de telecomunicações[1].

Refulge, então, o *direito de comunicação* entre as pessoas que se encontram distantes entre si, e o *direito de informação*. Correspondem às necessidades que atualmente podem ser apontadas como naturais, do cotidiano, de um ser humano. A garantia de tais direitos é, também, fator imprescindível para se alcançar os melhores resultados no exercício de atividade econômica.

[1] O dicionarista Aurélio Buarque de Holanda assim define "telecomunicação": *Processo de comunicação a longa distância que utiliza como meio de transmissão linhas telegráficas, telefônicas, satélites ou microondas*. *In* NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO SÉCULO XXI. São Paulo: Editora Nova Fronteira/Lexiton Informática, 2000. Por seu turno, o Decreto 97.057/88, conceitua "telecomunicação" como a "*comunicação realizada por processo eletromagnético*".

Foi, por conseguinte, em consonância com a instituição de um Estado Democrático de Direito, como o estabelecido na República Federativa do Brasil, que a União exerceu a sua privativa competência. Adotou as medidas legislativas assecuratórias à população brasileira do serviço de telecomunicações, para o desenvolvimento nacional equilibrado, promovendo o *bem de todos [...] sem quaisquer outras formas de discriminação.*[2]

Ainda, nos termos constitucionais, registre-se que, quanto à competência exploratória e legislativa:

> Art. 21. Compete à União:
> [...]
> XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;
>
> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> [...]
> IV [...] telecomunicações [...];
>
> Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
> [...]
> XII - telecomunicações [...].

Por conseqüência, em traçado da Política Nacional das Telecomunicações, foi elaborada a Lei n 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações), lembrando ser da *competência da "União [...] organizar a exploração dos serviços de telecomunicações"*[3], assentando-se, ainda, em seu parágrafo único, que:

> A organização inclui, entre outros aspectos, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso dos serviços e da implantação e funcionamento de redes de telecomunicações, bem como da utilização dos recursos de órbita e espectro de radiofreqüências.

O legislador federal descartou o cabimento legislativo concorrente ou suplementar, tanto aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios. A estes reservou,

[2] Como insculpido no art. 4º, IV da Constituição Federal.
[3] Lei nº 9.472/97, art 1º, *caput.*

tão somente, *papéis gerenciais* quanto ao *[...] atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos.*[4]

Isto significa dizer que o mencionado dispositivo legal abre espaço para exigir-se algumas tarefas típicas da construção civil, tais como, a segurança de obras, a verificação de documentos e licenças de equipamentos, e os atendimentos à requisitos, como, por exemplo, os indicados pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Enfatize-se que a principal razão para a atividade de órgão de alcance nacional foi inteiramente expressa no art. 3º da referida lei:

> Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:
>
> I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;
> [...]
> III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço.

Contudo, o amplo dever de cooperação, no âmbito do Poder Público, ficou muito claro, pois que consta da Lei Geral de Telecomunicações:

> Art. 2º O Poder Público tem o dever de:
>
> I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;
> II- estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;
> III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;
> IV - fortalecer o papel regulador do Estado;
> V - criar oportunidades de investimento e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em ambiente competitivo;
> VI – criar condições para que o desenvolvimento do setor seja harmônico com as metas de desenvolvimento social do País.

[4] Idem, art. 74.

Assinale-se que uma das características dos "serviços de telecomunicações", mesmo quando prestados em regime privado, é a "*função social do serviço de interesse coletivo*"[5].

2.1 As atribuições privativas da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)

Para a execução organizacional dos serviços de telecomunicações, foi criada, pela mesma Lei Geral das Telecomunicações, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), sendo classificada na categoria de autarquia federal especial[6], para desempenhar a função de *órgão regulador constitucional*[7] a fim de *implementar [...] a política nacional de telecomunicações,* [...], *administrar o espectro de radiofreqüências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas,* fiscalizá-las, *expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos [...]* e *deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos*[8]. Foi, para tanto, dotada de *autoridade administrativa independente*[9] desde que à mesma foram, com exclusividade, por lei e decreto, *asseguradas as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência*[10], a fim de *adotar as medidas necessárias para o atendimento ao interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.*[11]

Carlos Ari Sundfeld, observa que as mesmas são resultado da necessidade da influência do Estado nas relações econômicas, com constância, profundidade, autoridade e independência no exercício das funções. O exercício da regulação (intervenção estatal) tem por escopo "[...] o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado." [12],

---

[5] Lei nº 9472/97, art. 127, VII.
[6] Lei nº 9.472/97, art. 8º.
[7] CF , art. 21, XI.
[8] Lei 9.472/97, art. 19, I, VIII, XII e XVI.
[9] Idem, art. 9º.
[10] Idem, art. 9º.
[11] Idem, art. 19, *caput*.
[12] SUNDFELD, Carlos Ari. As novas agências reguladoras brasileiras. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-38.

Pronunciando-se sobre o tema, o Professor Marçal Justen Filho[13] nota que na Constituição de 1988 foi consagrado o *princípio da subsidiariedade da intervenção estatal no domínio econômico*, do qual se ocupa Baracho, ao tempo que o sistema econômico é capitalista. Ao Estado foi definido o papel disciplinador da atividade econômica, reservado, prioritariamente, à iniciativa privada. Tratando do Estado Regulador e dirigismo estatal, Marçal Justen Filho constata que o "modelo regulatório distancia-se rigorosamente da concepção de dirigismo econômico" (este com a supressão da autonomia empresarial, "assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico"). A dominação consistiria "tanto sob um ângulo de extensão como de intensidade; naquela o exercício do poder estatal ocorreria sobre todas as atividades relevantes para o interesse coletivo"; nesta com "a intromissão estatal no íntimo das decisões pertinentes às diferentes unidades empresariais", no que é concorde com Washington Peluso Albino de Souza. Ainda, segundo Marçal Justen Filho, a regulação "incorpora a concepção de subsidiariedade, reconhecendo os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais. [14]"

José Alfredo Baracho[15] entende que mesmo que se considere auto-suficiente ou autônomo cada estado, região, estado-membro, município ou cidade, todos se inserem na comunidade global, *communitas orbis*. Nenhum é autárquico, necessitando de colaborações recíprocas. A convivência das estruturas depende do respeito ao *princípio de subsidiariedade*.

Assim, nos serviços de telecomunicações que têm a predominância do interesse nacional, como é o caso da telefonia, devem ser destacados além da já focada Lei Geral das Telecomunicações, os decorrentes Decretos Presidenciais, bem como as Resoluções e Atos da ANATEL. De semelhante importância se encontram os Contratos de

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 307-328.
[14] JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p.15-51.
[15] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 23-52.

Concessão ou Termos de Autorização, sempre decorrentes de processo licitatório, na forma da Constituição e da lei.

Neste sentido, assinale-se que em Portugal, como descreve Rodrigo Gouveia[16] as atividades de interesse geral se relacionam com a satisfação de necessidades básicas gerais "(econômicas, sociais ou culturais) e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos". Impõe-se a revisão "à luz das inovações técnicas e tecnológicas, bem como da evolução das necessidades sociais das populações". A telefonia insere-se em tal conceito, assim como o fornecimento de energia elétrica, de água, de gás, da educação, da cultura, dos serviços de saúde, de transporte coletivo etc. Acentua "que revestem uma importância extrema do tecido social", assinalados pela Comunicação COM 96/443 da Comissão Européia como "direitos sociais, que dão um importante contributo à coesão econômica e social".

Acrescenta, ainda, o mesmo autor que: "O usuário (ou utente) de serviço de interesse geral" não deve ser relacionado somente ou meramente pelo aspecto econômico, mas pelo ângulo titular dos direitos fundamentais de cidadania "estruturantes de uma sociedade moderna".

Destaca, por fim, Rodrigo Gouveia que "Negar o acesso de consumidores a estes serviços não é apenas não responder às suas necessidades econômicas, mas, sobretudo, atentar contra a sua dignidade e seus direitos enquanto cidadãos".

3. Conflitos público-privados no acesso às redes de telefonia

À luz dos enunciados do art. 37 da Carta Magna, é pacífico o entendimento de que os Poderes Públicos devem nortear-se pela probidade, notadamente pela eficiência. Significa dizer, deve proporcionar o melhor resultado ao *senhor absoluto da coisa pública*: o cidadão do povo. Também é consagrada regra do Direito, e, por óbvio, do Direito Urbanístico que ao particular é lícito fazer tudo o que a lei não lhe proíbe, sem perturbação do arbítrio ou intervenção estatal, enquanto que o poder público deverá, obrigatoriamente, seguir o *princípio da conformidade* com as normas legais.

[16] GOUVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal** Coimbra: Coimbra Editora, 2001 p.15-77.

No caso específico da telefonia, contudo, apesar da exaustiva regulação e regulamentação, alguns agentes políticos, e/ou agentes públicos, já se ocuparam da construção de percalços para a efetiva implantação e funcionamento do sistema de redes de telefonia, acentuadamente as que adotam o uso de radiofrequências. Corresponde, por conseguinte, a desafios que podem ser vistos no sentido contrário dos rumos indicados por princípios constitucionais, tais como o *da livre iniciativa, da eficiência, dos direitos de telecomunicação e de informação, da livre concorrência* e da *defesa ao consumidor.*

Para tecer o pano de fundo em celeumas foram usados diferentes argumentos, entre os quais carência de *interesse local* (municipal) quanto à instalação de equipamentos em determinados pontos[17], cogitação de graves malefícios à saúde humana ou ao equilíbrio do meio ambiente e, ainda, possível desvalorização imobiliária de áreas vizindárias às instalações.

Usando de expedientes acima referidos, diversos municípios editaram leis que, curiosamente, guardam certas semelhanças entre si, por proposta de prefeitos ou vereadores. Por tais instrumentos, sem levar em conta a *competência federal exclusiva para legislar* sobre a matéria, nos termos dos já referidos arts. 22, IV e 48, XII da Constituição Federal. Casos houveram que, independentemente de lei municipal, prefeitos e outros agentes usaram do indeferimento da expedição de alvará de licença para construir ou embargar a instalação de equipamentos de telecomunicações.

Evidentemente, tais decisões comprometeram a qualidade dos serviços – exigida na lei e em contratos - e da necessidade pontual de se executar os projetos.

Diante de tal cenário diversas operadoras de telefonia se viram compelidas a recorrer ao manto do Poder Judiciário para a defesa do direito de empresa e, por

[17] Eros Grau, em sua obra **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, *6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123-162, chama a atenção para o art. 30, V, da Constituição Federal, que contém a expressão "serviços públicos de interesse local". Para a titularidade municipal deste – como acentua em outra obra sua,* **Direito Urbano,** *além do peculiar e* predominantemente *interesse local deve considerar a "competência para organizar e prestar, nas regiões metropolitanas, nas aglomerações urbanas e nas microrregiões, os serviços públicos que assumem o caráter de função pública de interesse comum."*

decorrência, dos usuários. Dentre outras manifestações, registram-se os seguintes excertos de peças decisórias, lavradas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

> *Com efeito, o art. 17 da Carta Paranaense assegura aos Municípios a competência para legislar sobre assuntos de 'interesse local', não se enquadrando nesse conceito a telecomunicação, conforme o magistério de HELY LOPES MEIRELLES:*
> *`Essa locução veio substituir a de 'peculiar interesse', no que ganhou em amplitude e precisão conceitual, permitindo a evolução e adaptação do regime estabelecido, em face da vastidão do território nacional e das particularidades de cada localidade.*
> *Sobre o seu entendimento já nos referimos em capítulo anterior [cap. III, item III], confrontando doutrinas e julgados, para concluirmos que o interesse local se caracteriza pela predominância [e não pela exclusividade] do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente* ***de interesse estadual e nacional.***
> *Dentre os assuntos vedados ao Município, por não se enquadrarem no conceito de interesse local, de se assinalar, a título exemplificativo, a atividade jurídica, a segurança nacional, o serviço postal, a energia elétrica,* ***a telecomunicação****, e outros mais, que, por sua própria natureza e fins, transcendem o âmbito local.'*
> *No mesmo diapasão, esclarece DIÓGENES GASPARINI que, '... sem qualquer esforço exegético, vê-se que nenhuma competência legislativa tem o Município em matérias que não atinam ao interesse local, tais como o transporte coletivo intermunicipal, correios e telefonia, mesmo que realizados no interior de seu território'.*
> *Destarte, competindo privativamente à União legislar sobre 'telecomunicações', em face do contido no art. 22, inc. IV, da Carta Magna Federal, pouco importa que a SERCOMTEL S. A., concessionária da União para a prestação dessa modalidade de serviços, esteja sediada no Município de Londrina, pois este fato não confere àquela municipalidade o direito de legislar, nem mesmo de forma suplementar, sobre a tarifação dos aludidos serviços, cuja competência, aliás, é da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a teor do art. 103 da Lei nº 9.472, de 16.07.97, que, dispôs, também, ser de âmbito federal a organização dos serviços de telecomunicações."* (destacou-se). (TJPR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator Des. Leonardo Lustosa, julgado pelo Órgão Especial, em 21 de fevereiro de 2003).

> *MANDADO DE SEGURANÇA CONSTRUÇÃO E INSTALAÇÃO DE TORRE PARA TRANSMISSÃO DE SINAIS TELEFÔNICOS SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR LICENÇA REVOGADA INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO ATRIBUÍDA À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES [ANATEL] INEXISTÊNCIA DE INCONVENIÊNCIA E INOPORTUNIDADE AO INTERESSE PÚBLICO, QUE MOTIVE A REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO APELAÇÃO DESPROVIDA E SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.*
> *(TJPR Ap.Civ./Reex.Nec Nº 123.198-5, 6ª.CCiv, Relator Des. Leonardo Lustosa, j 28.04.2003)*
> [...]
> Ainda, a exemplar sentença do Dr. ALBERTO JUNIOR VELOSO, concedeu a segurança almejada pela apelada, ao contrário da argumentação do recorrente e da opinião do Ministério Público em primeiro grau, no sentido de reconhecer a ilegalidade e abusividade dos atos praticados pelas autoridades municipais,

apontadas como coatoras, ao exigirem a apresentação do Relatório de Impacto Ambiental Urbano (RIAU), na implantação de serviço de telecomunicação móvel celular, porquanto não incluído nas atividades dos empreendimentos sujeitos ao Licenciamento Ambiental (Anexo I da Resolução n.º 237/97, da CONAMA, de acordo com a Lei n.º 6.938/81 e o Decreto n.º 99.274/90).

E a ilegalidade e a abusividade dos atos decorre da violação do artigo 5.º, inciso II da Magna Carta, a qual prevê que Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, em que pese à norma do artigo 225 desta mesma Carta, que assegura o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, exigindo, inclusive, estudo prévio de impacto ambiental para licenciamento de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, § 1.º, inciso IV, CF).

A exigência do Relatório de Impacto Ambiental Urbano RIAU decorre de interpretação extensiva do artigo 2.º da Resolução n.º 237/97, da CONAMA, que disciplinou os procedimentos de Licenciamento Ambiental, com base no art. 10, da Lei Federal n.º 6.938/81, e dos artigos 17 e 19 do Decreto n.º 99.274/90:

Art. 2.º A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis.

O parágrafo 2.º define a competência do órgão ambiental para definir os critérios de exigibilidade, o detalhamento e a complementação do Anexo I, levando em consideração as especificidades, os riscos ambientais, o porte e outras características do empreendimento ou atividade.

Certo é que no Anexo I da Resolução, que prevê 16 (dezesseis) itens, não incluiu a atividade concernente à instalação de antenas de transmissão de rádio, como atividade efetiva ou potencialmente poluidora, razão pela qual a sua exigência decorre de equivocada interpretação extensiva da norma, com evidente prejuízo à apelada. [...]

Portanto, a onda de rádio ou de radiação não ionizante, do espectro de radiofreqüência não está incluída pelo CONAMA, como potencialmente poluidora, razão pela qual não pode a autoridade municipal incluí-la no rol do Anexo I da Resolução n.º 237/97, da CONAMA, sob pena de violação ao artigo 5.º, inciso II da Constituição Federal, além de que inexiste cientificamente qualquer certeza de que a radiofreqüência é agente poluidor. (TJ-PR - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO n.º 121.950-7, DE LONDRINA 5.ª VARA CÍVEL – 7.ª Câmara Cível – Relator: Mário Helton Jorge – Publicação 29/03/2004 – DJ 6589 – Relação 200401026 – Acórdão 2257).

Das decisões acostadas deduz-se que o desafio do acesso às redes de telefonia encontrou ressonância no judiciário. Semelhantemente ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Desembargadores e Juízes de outros Estados também têm exercido o controle de atos administrativos.

4. O desafio ético do exercício empresarial na afirmação da cidadania

Para a análise do ponto de vista ético, coloca-se em evidência o termo inglês *stakeholder*, que tem sido empregado para identificar as relações da atividade empresarial com pessoas (físicas ou jurídicas) e com o meio ambiente.

Deduz-se, daí, que a compreensão desse processo se liga diretamente com a projeção social da empresa. Estará, desde logo, estreitamente relacionada com princípios ético-jurídicos que envolvem cuidados da empresa, voltados para o seu âmbito interno ou externo.

No que diz respeito ao âmbito interno, a segurança e o atendimento de expectativas de avanços dos que compõem o quadro de recursos humanos estará sempre em pauta.

No perfil que se apresenta ao mercado, a empresa não será caracterizada por traços simplesmente assistencialistas ou filantropos, nem, tampouco, de ânsia lucrativa. Os marcantes pontos serão decorrentes de preocupações quanto a programas eficazes de ação, que reflitam em existência digna dos que dela dependem. Prova disso são os centros de atendimento com a aplicação do princípio de qualidade total e a busca de novas tecnologias.

Um dos aspectos atinentes ao tópico em questão está associado ao respeito ao usuário-consumidor. Neste sentido, vale citar o estudo do Professor Doutor Alcides Tomasetti Junior, sobre o CDC:

> No caso do direito do consumidor trata-se de *reduzir o desequilíbrio de poder* que se verifica entre os parceiros econômicos que são os fornecedores e os consumidores. Procura-se diminuir as debilidades e lacunas estas que são as fontes do desequilíbrio fundamental que caracteriza as relações de consumo *em estado puro*, num mercado inegavelmente distante do modelo de concorrência perfeita. A lei a isto se refere como 'princípio da vulnerabilidade do consumidor' (Art. 4.º, inc. I).[18]

Portanto, a busca do equilíbrio entre o prestador de serviços de telefonia e o usuário consumidor tem, além da lei específica das telecomunicações, o respaldo do Código de Defesa do Consumidor.

Aliás, no mesmo artigo, já realçou Tomasetti Junior:

> De um modo geral, chamados a comparticipar da regulação do mercado de consumo, os agentes estatais passam a operar lado a lado dos parceiros econômicos ('consumidores' e 'fornecedores'), de maneira a colaborar rente à sociodinâmica da economia, e a organizar e fazer entender o seu próprio papel. A concertação pode, também, desse modo, ser progressivamente instaurada entre os agentes econômicos particulares e seus parceiros públicos. [19]

Assim, articulando-se as leis (LGT e CDC) já existiria uma base jurídica sólida para a busca de reparação de danos em caso de descumprimento de preceito favorável ao usuário-consumidor. Mas, protege-o, também, no caso das telecomunicações, a norma constitucional:

> Art. 37 [...]

---

18 TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, n.14., São Paulo: RT, p.14-15, s.d.

19 TOMASETTI JUNIOR, A configuração..., p.14-15.

> § 6.º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros assegurado o direito regressivo contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Aqui se tem duas situações: caso for constatado desrespeito ao consumidor por parte da prestadora de serviços, a mesma responderá objetivamente. Porém, a responsabilidade será do Estado[20], se o seu agente, direta ou indiretamente, usar o "poder de polícia" por ato arbitrário, em detrimento à integridade de legítimo interesse econômico e moral da empresa e de usuários do serviço de telecomunicações.

Mutatis mutandis, assemelhar-se-ia o juízo na responsabilidade subjetiva, no caso de dano resultante de omissão de alguém que representa o Poder Público, como, por exemplo, a negativa de expedição de um alvará de licença para construir a quem apresentar os documentos normalmente exigidos. Isto porque o "ato omissivo" pode ser tão danoso quanto o "ato arbitrário ou abusivo".

Quanto às relações no âmbito privado, parece oportuna a acentuação de que o Código Civil Brasileiro, em consonância com o direcionamento constitucional, dita:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência por imprudência, violar e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

A propósito, Rodrigo Xavier Leonardo, em artigo intitulado "Responsabilidade civil contratual e extra-contratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro", doutrina:

> [...] destaca-se, cada vez mais, a compreensão de que o dever de indenizar é proveniente de uma imputação, que pode ter por fundamento a culpa, o risco, a repartição dos custos das externalidades provenientes do desenvolvimento de uma atividade econômica, uma outra escolha política que, em maior ou menor medida, pressupõe um sopesar de valores entre os interesses de proteção dos potenciais lesados e os incentivos ou a repressão à determinada

[20] Compreenda-se no conceito de Estado: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

> conduta ou atividade. Se antes o elemento primordial da responsabilidade (expressão que traz consigo a idéia de reprimenda, de desvalor moral) era a culpa, hoje o elemento basilar ao dever de indenizar é o dano.[21]

Eis aí, portanto, um alerta: considerando-se que alguém lesado decida mostrar a prática de um ato ilícito, o prejuízo causado e o nexo causal entre eles, a indenização poderá ser reivindicada, sem maiores questionamentos. Ou seja, havendo dano, independentemente da culpa, poderá ser chamado o causador a responder com a reparação determinada com os critérios judiciais. Se numerosos forem os reivindicantes o valor da causa poderá atingir expressivas somas.

5. Considerações finais

Com apoio no Direito Urbanístico, enquanto "urbanismo" significa "o saber e a técnica da organização e da racionalização das aglomerações humanas, que permitem criar condições adequadas de habitação às populações das cidades", conforme o conceito trazido por Antônio Houaiss[22], constrói-se o arcabouço jurídico e legal dos serviços de telecomunicações no Brasil.

Como abordado no presente trabalho ficou confirmado pelo legislador infraconstitucional a ímpar competência da União para legislar sobre telecomunicações e, através da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL - tratar do desafio da organização e fiscalização dos serviços de telefonia, tanto no regime público, como do regime privado.

Como a Lei Geral das Telecomunicações – LGT – em consonância com outros mandamentos, classifica como "dever" dos Poderes Públicos garantir, incentivar e promover adequados serviços, inclusive com salutar concorrência, são contestáveis os

[21]LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Responsabilidade civil contratual e extra-contratual**: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro, Curitiba: Tuiuti: Ciência e Cultura, n.30, maio 2002, p.114.
[22] HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, p. 2809.

empecilhos representados por instrumentos da esfera estadual ou municipal. Por isso, a Justiça vem removendo-os, muitos dos quais, em nome do interesse coletivo.

Finalmente, há que se destacar o esforço dos que se preocupam com a conscientização dos deveres éticos, quer no âmbito público quer no âmbito da atividade empresarial.

6. Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOUVEIA, Rodrigo. **Os serviços de interesse geral em Portugal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Responsabilidade civil contratual e extra-contratual**: primeiras anotações em face do novo código civil brasileiro, Curitiba: Tuiuti: Ciência e Cultura, n.30, maio 2002.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO SÉCULO XXI. São Paulo: Editora Nova Fronteira/Lexiton Informática:2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. As novas agências reguladoras brasileiras. *In* SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000 .

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A configuração constitucional e o modelo normativo do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, n.14., São Paulo: RT, p.14-15, s.d.

PARCEIRA PÚBLICO-PRIVADA COMO IMPLEMENTAÇÃO DO ESTATUTO DA CIDADE

Fabianne Manhães Maciel*

RESUMO

O papel do Estado ao longo do Historio foi bem diversificado, ora com um caráter interventor, e ora com uma postura de regular o mínimo necessário. Esta última postura, adotada inclusive no modelo neoliberal, proporcionou grandes déficit no setor de infraestrutura, desequilíbrios socais, altas taxas de desemprego, alta fragmentação social e instabilidades devido à ampla abertura ao mercado internacional. Para firmar ajustes entre os setores público e privado, visando atender ao desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país, necessário se fez a introdução de novas diretrizes instrumentalizadas por meio de novas formas jurídicas, sendo uma delas o modelo da parceria público-privada. No entanto, este modelo de contratação não deve ser visto de modo isolado, cabendo uma análise em companhia de legislações urbanísticas, tendo em vista a possibilidade de implementação de infraestruturas que não haviam sido efetivadas ao longo do tempo. Apreciar a parceria público-privada e o Estatuto da Cidade é buscar saídas para um Estado em falência fiscal, possibilitando conceder ao parceiro privado, através da utilização de certos instrumentos jurídicos do próprio Estatuto como forma de uma contraprestação interessante a este parceiro. Somente vivenciando uma interpretação e aplicação conjunta dos instrumentos jurídicos à disposição do Estado aliado a vontade política, que poderá ser garantido o desenvolvimento prometido à população brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: PARCEIRA PÚBLICO-PRIVADA, ESTATUTO DA CIDADE, DESENVOLVIMENTO

ABSTRACT

Catching a glimpse at the state development in history its possible to perceive that it is often seen as an inspector or, sometimes, as a political structure only concerned in minimum regulations. This last mentioned posture, mainly adopted by the liberal state model, has provided many infrastructure disadvantages, many social problems, high unemployment rates and social instabilities caused by the wide-open international market. In that way, the adjusts between the public and private sectors, aiming the individual, the estate and the public development, need to be supported upon new law structures, one of which is the partnership model realized by the state in combination with private enterprise. However, its important to have in mind, that this model can't be seen in an isolated way, but as a part of a structure made of many institutes assisted by town planning laws. The partnership between de public and private sectors combined with the City Statute is the answer for a State affected by tributary problems, providing

* Mestre em Direito na área de concentração Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos.

to the private partner many law instruments incentive. In fact, the promised development to the Brazilian population will only be reached enforcing the law instruments an the political will.

KEYWORDS: PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP, CITY STATUTE, DEVELOPMENT

INTRODUÇÃO

O tema da parceria público-privada sempre esteve imbuído de muitas indagações, principalmente pelo fato de ser um modelo de contratação entre o setor público e o privado bem recente no ordenamento. Pela inerente importância do assunto, aliada a uma tentativa de se buscar uma saída para a falência fiscal do Estado, visando atender as demandar por infra-estrutura e urbanismo da população brasileira, tem-se que enfrentar diversos obstáculos, dentre eles a fixação da aplicação deste modelo.

Assim, as diretrizes para fixação de uma parceria público-privada atendem a uma demanda que as demais contratações entre o Poder Público e o setor privado não era atendida, qual seja, a contratação de serviços/obras que não possuíam correspondente lucratividade que atrairia um parceiro.

Foi nesse contexto de incertezas e necessidade de efetivação de um investimento em infra-estrutura, que a muito o Estado não conseguia cumprir, que surgiu o modelo de parceria público-privada.

Incontestavelmente a posição do Estado ao longo da história vem se alterando, passando por modelos diferenciados, seja de provedor de todas as necessidades da sociedade, seja como mero espectador, regulando e intervindo o mínimo possível.

É indubitável que a as legislações de cunho administrativo foram se modificando de acordo com o modelo de Estado que se apresentava, porém, mesmo com a introdução de legislações sobre licitações e concessões, se fazia necessário um texto que atendesse a requisitos outros que não eram suportados pelos antigos atos normativos.

Dessa forma, um dos objetivos deste trabalho está em evidenciar a superação do panorama de um modelo de Estado interventor, que consegue ofertar, ele próprio, as demandas da população, para um modelo de Estado que busca ofertar ao setor privado determinadas atividades da qual não conseguiria desempenhar.

Foi necessário traçar ainda, que mesmo com o afastamento deste Estado para o atendimento das demandas da população, visando principalmente o desenvolvimento

econômico, não poderia este mesmo Estado deixar de consagrar a liberdade somada a livre iniciativa e a livre concorrência como forma de incrementar a economia e a sociedade brasileira, garantindo o direito ao desenvolvimento pleno.

A idéia defendida é que os déficits sociais e econômicos surgidos com a nova conjuntura nacional e internacional de globalização e neoliberalismo poderão ser diminuídos com investimentos em parceria público-privada, e conseqüentemente a garantia direito fundamental ao desenvolvimento.

No entanto, um aspecto muito importante necessitava ser cogitado, quais seriam os meios para efetivação desta ordenação urbana, cabendo uma análise aos instrumentos no plano físico, econômico, desenvolvimento econômico e social, tributários e financeiros, e ainda, os jurídicos e políticos.

Foram consideradas no quarto capítulo as dimensões da correlação que pode ser feita entre o Estatuto da Cidade e a parceria público-privada, preferindo uma análise da ocupação do espaço urbano brasileiro marcado por déficit habitacional, deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, serviços de transporte deficientes e poluentes, agressão ao meio ambiente com ocupação irregular, por exemplo, e a tentativa de correção de tais erros com um processo de urbanização.

Mesmo que o surgimento da legislação urbana não seja recente e mesmo que a Constituição da República de 1988 tenha destinado um capítulo à Política Urbana, foi necessário o surgimento do Estatuto da Cidade para somar novas diretrizes gerais para a política urbana.

Por outro lado, várias tentativas práticas surgiram com o passar do tempo, buscando diminuir este déficit de ordenação urbana como a ocorrida em Porto Alegre, nos Consórcios Intermunicipais e as operações urbanas consorciadas.

Todas as indagações e perspectivas apresentadas neste trabalho consideram a mudança do modelo de Estado e a sua responsabilidade na garantia do desenvolvimento, porém, sem fechar os olhos para uma realidade de falência estatal, e por isso, a busca de instrumentos jurídicos que possibilitariam não apenas a diminuição do déficit social ocasionado pelo ínfimo investimento em infraestrutura ao longo da história, mas também a tentativa de manutenção dos parcos recursos públicos do qual dispõe o Estado, sempre com vistas ao bem-estar e realização humanas.

1 - DESENVOLVIMENTO

A posição do Estado ao longo da história vem se alterando, passando por modelos diferenciados, seja de provedor de todas as necessidades da sociedade, seja como mero espectador, regulando e intervindo o mínimo possível.

A análise deste papel se faz importante na medida que cada modelo de Estado possui uma deficiência e produz conseqüências nem sempre agradáveis à população.

Desta forma, apreciar a evolução dos modelos de Estado é requisito essencial para se concluir a respeito do cenário do surgimento das parcerias público-privadas.

Em primeira análise, pode-se configurar o período do mercantilismo ao Estado Liberal, no qual desde a Revolução Francesa a sociedade tem se questionado sobre qual papel que deveria o Estado desempenhar, por conta disso, devido à sucessão de demandas sociais, o Estado passou a assumir modelos visando a atender tais anseios.

Deve-se frisar que essa seqüência de formas adotada pelo Estado ocorreu devido à impossibilidade de oferecer respostas a uma sociedade cada vez mais dinâmica e participativa.

O maior divulgador do mercantilismo foi Adam Smith através do livro "*The Wealth of Nations*", publicado em 1776, cuja tradução o denominou como "A riqueza das Nações".[1] Através de sua análise e crítica ao modelo mercantilista reforçou a idéia de que mesmo procurando sempre um protecionismo alfandegário e comercial, não estava o Estado procurando desenvolver suas manufaturas locais; pelo contrário, o objetivo era apenas o acúmulo de metais nobres fosse no interior do país fosse em colônias devido ao grande impulso dos descobrimentos marítimos no século XVI, ou seja, as demandas agraciadas como modelo eram as da aristocracia e da burguesia, e esta última sempre subjugada à primeira.

Devido às severas críticas ao mercantilismo, Adam Smith inaugurou uma nova era do pensamento econômico denominada de Escola (ou Economia) Clássica. Este pensamento também denominado de liberalismo produziu um novo modelo de Estado denominado de Estado Liberal.

Para este novo modelo de Estado inaugurado por volta de 1776 preconizava o não-intervencionismo. Pensava Smith que as Nações apenas poderiam acumular riquezas se proporcionassem a possibilidade aos indivíduos, através de seus governos,

[1] SMITH, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse dês nations.* Biographique par Adolphe Blanqui. Paris: Guilhaumin, 188. Traduction de German Garnier revié et precede d` une notice.

de conduzirem e perseguirem seus interesses pessoais sem amarras econômicas impostas pelo Estado. Entendia que a partir do momento que cada indivíduo busca seus próprios interesses, a economia se ajustaria através do princípio da oferta e procura, beneficiando, deste modo, a sociedade como um todo. O Estado deveria, portanto, ser o aparelho de que se serve o homem para alcançar, na sociedade, a realização de seus fins.[2]

O absolutismo monarca e a ideologia de liberdade do indivíduo, apesar de opostas, acabaram por marcar a primeira noção de Estado de Direito, onde se verificava a preponderância do interesse burguês.

A burguesia, utilizando-se dos argumentos do direito natural, acabou por diminuir os poderes do monarca e destruir os privilégios dos nobres feudais decadentes.

A partir do momento em que o Estado buscava limitar a sua atividade ao mínimo necessário, estava se concedendo uma maior estima à esfera privada, concedendo ao indivíduo a possibilidade de alcançar seus objetivos particulares sem estar limitado aos ditames do Estado.

Deve-se assinalar que cabia ao Estado apenas a garantia de uma ordem pública, para manutenção da liberdade do indivíduo, para que este não viesse a sofrer restrições por um outro indivíduo. O interesse público, deste modo, era apenas a conservação das liberdades individuais, e, como cabe ao Estado atender ao interesse público, deveria o mesmo se comportar como mero garantidor de tais liberdades; cabendo ao indivíduo, por seu turno, saber como utilizar-se desta liberdade, conforme proferiu Vierkandt determinando que só tem valor à liberdade como condição prévia, como base de um procedimento ativo e criador, mediante o qual o Homem, sem o estorvo de qualquer pressão estranha, e sem o encadeamento de uma baixa paixão, siga as suas próprias aptidões."[3]

A Revolução Francesa fez consolidar a burguesia como classe dominante, e, como dito anteriormente, através de formulações teóricas que tinham como base os direitos naturais formularam seus princípios para tal revolta social. Porém, a ideologia burguesa apenas generalizou a divulgada liberdade a todos os integrantes da sociedade com a finalidade de alcançar o poder político.

---

[2] BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 41.

[3] VIERKANDT, Alfred. Staat und Gesellschaft in der Gegenwart. Zweite verbersserte Auflage. Leipzig, von Quelle & Meyer, 1921, p. 99 apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 60.

Entretanto, com o poderio político em suas mãos, não mais se fazia necessário colocar em prática a ideologia divulgada estendendo a liberdade a todos os homens; pelo contrário, na prática as decisões políticas apenas visavam à ideologia de classe.

Tendo em vista a prática de decisões políticas voltadas única e exclusivamente com o objetivo de atender os anseios da burguesia, foi necessária a elaboração de novo modelo teórico de pensamento econômico e, conseqüentemente, de novo modelo de Estado.

Em virtude de na prática as decisões políticas não atenderem os anseios de toda uma sociedade, se fazia necessário criar um modelo em que esta liberdade do indivíduo introduzida pelo Estado liberal fosse traduzida na possibilidade de este interferir da formação da vontade do próprio Estado, nas suas escolhas políticas. Muda-se, portanto, o foco de um princípio liberal para um princípio democrático, fazendo surgir a chamada democracia de massas ou igualitária.

A Primeira Guerra Mundial fez com que os teóricos passassem a discutir o real alcance desta liberdade prolatada pelo liberalismo. Afinal de contas, que liberdade seria esta que teria como contrapartida a escravidão dos trabalhadores, opressão e fome da população?

Não cabia mais à sociedade o discurso de liberdade se esta não estivesse unida aos postulados de justiça social e econômica. Bem salientou Herbert Samuel estabelecendo que não pode haver verdadeira liberdade se o homem for confinado e oprimido pela pobreza, pelo excesso de horas de trabalho, pela insegurança da subsistência (...). Para ser verdadeiramente livre, deve ser libertado também dessas coisas. Em muitos casos, somente o poder da lei poderia conseguir isso. Mas lei pode, muitas vezes, significar mais liberdade.[4]

No âmbito econômico, com a falência do modelo liberal surgiu com a Segunda Revolução Industrial o pensamento econômico dos denominados neoclássicos, de acordo com o qual o Estado deveria desenvolver um papel parcial na economia, passando a sofrer abalos que se refletiam em diversos anseios sociais em face da opressão crescente à classe trabalhadora.

Portanto, de um lado existia o pensamento neoliberal com influências da Escola Clássica, prevendo que o Estado não deveria intervir na economia, devendo adotar o princípio do Estado-mínimo, tendo como principal defensor Friedrich Hayek, que se embasava no ideal de que o Estado não pode ser empresário.

---

[4] SAMUEL, Herbert. *From red to green. Bahro*. p. 221-222 apud VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995, p. 51.

Este Estado possuía como pilar a democracia, devendo ser esta o caminho para o alcance das finalidades sociais. Conforme Paulo Bonavides, democracia seria: "[...] a conciliação de classes, acordo de energias humanas, quando a sua colaboração mútua se faz livre, e por isso mesmo entretecida de entusiasmo e boa vontade."[5]

No Estado Social, com base no interesse público é possível o Estado intervir em interesses individuais na esfera econômica.

Porém, com o crescente papel a ser desempenhado pelo Estado, passa-se a operar uma "confusão definitória do que seja a esfera do público (do interesse comum, do alcance geral) e o que seja estatal propriamente dito."[6]

Esta confusão oriunda da transferência de responsabilidade para o Estado acabou por gerar a ausência de uma responsabilidade cidadã, de acordo com o qual os indivíduos deixam de exercer seus deveres e contribuições para uma sociedade melhor, transferindo para o Estado a obrigação de atender a todos os anseios da população. O fato de o ser humano declinar de sua responsabilidade pessoal privilegiando a responsabilidade coletiva acabaria por gerar irresponsabilidades.

As legislações que surgiram com o advento desta nova ideologia de Estado não eram uma tradução de generosidade burguesa, e nem mesmo a acepção de uma responsabilidade irrestrita por parte do Estado, pelo contrário, era o reflexo da necessidade de sobrevivência da própria burguesia que se via principalmente bombardeada com a ideologia socialista que influenciava a classe operária.

Mais do que nunca era necessário que o Estado fixasse suas escolhas para investimento de recursos públicos não apenas visando atender demandas imediatistas, mas também visando os efeitos destes investimentos no futuro.

Certo é que o Estado Social oferecia de um grande perigo, que era a índole dos governantes e suas conseqüentes escolhas, e devido à dependência dos indivíduos para com o Estado devido a sua natureza intervencionista e conseqüente impossibilidade daqueles suprirem suas necessidades sem a ajuda deste, fez com que a sociedade se sujeitasse às escolhas dos governantes.

Infelizmente, tais escolhas muitas vezes foram trágicas, ocorrendo desvirtuamento do poder por parte dos governantes, devido a estes deterem o controle da função social e acabarem por utilizar a mesma em proveito próprio, ocasionando

[5] BONAVIDES. *Op. cit*., nota 2, p. 175.
[6] VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal*: uma conciliação possível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12.

corrupção e em alguns casos a destruição do próprio indivíduo, como ocorreu no totalitarismo.

Neste novo cenário, surge o denominado Estado Democrático de Direito, proporcionado ao povo interferir nas escolhas dos investimentos públicos e controlar a aplicação concreta destes.

Deste modo, a visão do espaço público se modifica em face da possibilidade de participação popular, "que decerto não mais se pode confundir pura e simplesmente com o Estado."[7]

Este modelo de Estado foi incorporado pela nossa Carta Magna vigente, apesar de alguns doutrinadores[8] discordarem da expressão, preferindo adotar "Estado de Direito Social e Democrático", visando à proteção às liberdades individuais e ao bem comum, buscando que o princípio democrático se expresse no controle da Administração Pública exercida pelo povo.

O que se pretende é um Estado sem atuar na economia, ressalvada sua atuação nos casos de relevante interesse econômico e de segurança nacional, que deverão ser definidos em lei.

A Constituição de 1988 deve ser vista como fruto da movimentação da sociedade civil, marcando o início da reconstrução do governo democrático, preconizadora do modelo do Estado Democrático de Direito, substituindo o modelo do Estado do Bem-Estar Social que estava em decadência no mundo.

Nunca é demais dizer que a dilapidação do Estado brasileiro começou com a ditadura militar propiciando uma abertura à ideologia neoliberal, que já estava concretizada nos países desenvolvidos. Deste modo, os efeitos econômicos da onda globalizante somado ao pensamento neoliberal, de não intervencionismo estatal, oferece suporte suficiente para o sepultamento do modelo providencialista e um retorno ao antigo modelo econômico liberal do séc. XIX.

A regra a ser seguida pelo país seria a auto-regulação da economia pelas forças de mercado, ficando apenas para o Poder Estatal a regulamentação do mínimo necessário para a garantia da lei e da ordem pública.

O auge do pensamento neoliberal, no Brasil, se deu no governo Collor, pois, acreditava a população que, votando em Fernando Collor, a pregação neoliberal faria

---

[7] BONAVIDES. *Op. cit*., nota 02, p. 16.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirizações e outras formas. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2002, p. 25.

diminuir a má distribuição de renda e situações precárias nas políticas sociais. A base deste pensamento era uma reação contra o Estado intervencionista e de Bem-Estar.

Após as vitórias políticas devido à ideologia neoliberal, esta começou a perder impulso, refletindo em déficits nas balanças comerciais, desindustrialização, desequilíbrios socais, altas taxas de desemprego e instabilidades devido à ampla abertura ao mercado internacional.[9]

A sociedade deixada de herança por este modelo possui extrema fragmentação social, com excluídos em sua maioria e beneficiários do progresso econômico em sua minoria.

Em decorrência de toda a mudança empreendida, o Estado não consegue mais responder de forma eficaz a estas novas condições da sociedade. Aliado à ideologia neoliberal, preferiu-se a proclamação da liberdade de serviços em nome da eficiência e da qualidade, refletindo maciçamente em terceirizações para entes privados os serviços públicos.

Esta atribuição estatal de regulador, conforme Vital Moreira, nasce devido a fatores como: (i) redução do papel econômico do Estado, (ii) a privatização de empresas públicas, (iii) a diminuição dos poderes regulatórios, (iv) a liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime exclusivo público e privado, (v) a limitação ou eliminação de serviços públicos e (vi) o fomento da concorrência nacional e internacional.[10]

Quando se pensa em delegação, não é possível excluir a delegação de serviços públicos indiretos mesmo que de forma tácita.

O que se pretende é a aliança entre as vantagens provenientes da capacidade empresarial com a realização de fins de interesse público, no qual o Estado apenas determinará as finalidades a serem atingidas quando a atividade for de relevância coletiva.

Norberto Bobbio afirmou que o "Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império."[11] O Estado tem uma obrigação de regular o setor econômico, e para alguns,

---

[9] SADER, Emir. A hegemonia neoliberal na América Latina. In: SADER. Emir; GENTILI, Pabro (Orgs.). *Pós-neoliberalismo*: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

[10] MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência*: a regulação no sector eléctrico. In: Os caminhos da privatização da administração pública. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 223-247.

[11] BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. 1987, p. 26 apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual*: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91.

também o setor social,[12] visando ao desenvolvimento humano, porém, esta sua função deverá ser exercida não necessariamente através da figura do Estado provedor, mas por um Estado financiador.

Para firmar ajustes entre os setores público e privado, seja lucrativo ou não, visando a atender o desenvolvimento do indivíduo, da sociedade e do país, necessário se faz à introdução de novas diretrizes instrumentalizadas por meio de novas formas jurídicas.

Em conseqüência da necessidade estatal foi editada a Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, regulando as concessões e permissões e mais recentemente, a Lei nº 11.079/2004, regulando a parceria público-privada, espécie do gênero delegação por concessão.

Constatando-se a falência do Estado brasileiro e sua impossibilidade de atendimento a demanda de infra-estrutura, buscou-se uma nova alternativa para solucionar de uma única vez o atendimento ao interesse coletivo e o fomento à atividade econômica, arruinada com a estagnação do modelo neoliberal, sendo o modelo de parceria público-privada uma das saídas encontradas pelo Estado.

Para Jorge Miranda, entendem-se como direitos fundamentais os direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.[13]

Apesar da busca incessante de se firmar a co-responsabilidade dita anteriormente, ainda recai sobre o Estado o papel de indutor, promotor e garantidor do desenvolvimento nacional, inclusive com sede constitucional.[14]

Dentro da idéia de desenvolvimento encontra-se a pessoa humana, cabendo à organização – mormente por meio de seu aparato administrativo – exercer ações em número, extensão e profundidade suficientes para bem desincumbir-se da obrigação constitucional de realizar um dos valores que fundamentam a República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana.[15]

---

[12] Michel Crozier defende uma regulação também do setor social, incluindo neste a educação, saúde e assistência social. CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno*: estratégia para uma outra mudança. Brasília: FUNCEP, 1989, p. 99-101.

[13] MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1988, t. 4, p. 7.

[14] BRASIL, Constituição Federal, 1988, art. 3º, II.

[15] OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual*: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 94.

Não é permitido ao Estado fixar sua atuação visando apenas ao desenvolvimento econômico, devendo fixar também suas diretrizes no homem, em seu cidadão. Pode-se afirmar, que qualquer que venha a ser a intervenção estatal, que busque as prestações de cunho social, buscando principalmente a efetivação dos direitos fundamentais, deixando de lado uma possível assunção de um modelo socialista, deverá e será apoiado.

Deste modo, o direito ao desenvolvimento apregoado pela Carta Magna vigente passa pela consagração da liberdade somada a livre iniciativa e a livre concorrência como forma de incrementar a economia e a sociedade brasileira.

Deve-se deixar claro que a escassez de recursos públicos não pode ser justificativa para que o Estado se afaste de sua responsabilidade, cabendo a este, ações de fomento, regulações e parcerias.

Devido à previsão constitucional no §2º do artigo 5º, afirmando que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, se faz necessária à análise da Declaração sobre direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), concluindo-se também, tratar o direito ao desenvolvimento com um direito fundamental decorrente do preceito constitucional anteriormente exposto.

A Declaração mencionada estabeleceu que o "desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes."[16]

Segundo esta Declaração, cabe aos Estados, conforme o artigo 2º, inciso 3º, o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, visando constantemente o aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em uma participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa.

Por última análise à Declaração, afirma-se o reconhecimento da pessoa humana como participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento,[17] afastando a idéia de um Estado garantidor, e ratificando um modelo de co-responsabilidade entre os cidadãos e o poder estatal.

[16] Preâmbulo da Declaração, que foi adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 04 de dezembro de 1986.
[17] Art. 2, inciso 1, da Declaração sobre direito ao desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

O direito ao desenvolvimento se insere nos direitos fundamentais de terceira dimensão,[18] que expressam valores atinentes à solidariedade e à fraternidade, cuja titularidade seja difusa ou coletiva, sendo fruto de reivindicações à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas.

Este rol de direitos foi sedimentado pela doutrina, como os que tratam do desenvolvimento, da autodeterminação dos povos, da paz, do meio ambiente, da qualidade de vida, da conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade e da comunicação.[19]

A promoção do desenvolvimento tem que estar aliada à realização da dignidade da pessoa humana, ampliando-se os aspectos que deve pautar a gestão pública, se acolhendo ações de natureza política, econômica, social, ambiental, cultural, etc.

Deve-se inserir a parceria público-privada como um instrumento para a efetivação do direito ao desenvolvimento, preconizado em nossa Carta Constitucional, conforme previsto no inciso VII do artigo 4º da 11.079/2004.

Sendo assim, é obrigatório que os projetos prevejam as referidas vantagens socioeconômicas, afastando a possível preocupação do instituto apenas atender a questões financeiras. Mais do que isso, é necessário que os benefícios econômicos e sociais sejam o ponto central da escolha pela parceria público-privada.

Deste modo, os déficits sociais e econômicos surgidos com a nova conjuntura nacional e internacional de globalização e neoliberalismos poderão ser diminuídos com investimentos em parceria público-privada, e conseqüentemente a garantia direito fundamental ao desenvolvimento.

Sofrendo o Estado Brasileiro na década de oitenta uma grave crise financeira e sua capacidade de financiar obras de infra-estrutura e investimento em serviço público foi enfraquecida. Deste modo, necessidades da sociedade como construção de rodovias, hidrovias, redes de distribuição de água e coleta de esgoto, gasodutos, etc., não mais eram atendidos pelo Estado.

A única saída naquele momento para o país era a desestatização com a delegação dos serviços públicos econômicos à iniciativa privada. Essa desestatização englobava tanto a redução do tamanho do Estado, tornando-o adequado para

[18] Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os direitos de "primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 57.

[19] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998 p. 57-68.

desempenhar suas tarefas essenciais;[20] quanto à privatização, sendo esta a transferência para o setor privado e ao livre mercado de todas as atividades indevidas ou excessivamente estatizadas.[21]

Esta desestatização em sentido lato teve reflexos na Constituição Federal de 1988, que acabou por receber emendas, bem como a edição de leis[22] com a finalidade de possibilitar na prática este momento. Uma das mais importantes edições de leis visando à desestatização, quiçá a mais importante, foi a Lei nº 8.987/95, denominada como Lei de Concessões de Serviços Públicos, tendo sido posteriormente complementada pela Lei nº 9.074/95.

Com o grande avanço das concessões no país, se fez necessária a edição de leis que regulassem a relação entre o concedente, concessionário e usuário, visando a instituir regras para estas atividades concedidas ao setor privado, fazendo surgir diversas agências reguladoras com tal finalidade.

Na referida onda de desestatizações, o recebimento de tais serviços públicos se fazia tão interessante que ao setor privado não lhe era necessário qualquer tipo de suporte financeiro pelo Estado, pelo contrário, era o setor privado que repassava um valor de outorga estabelecido em licitação para o Estado, recebendo apenas as tarifas pagas pelos usuários durante o prazo de vigência do contrato. Toda a estrutura montada de desestatização parecia alcançar seu real objetivo: tornar o Estado mais leve, possibilitando a este investir nas atividades que não ofereciam lucros à iniciativa privada, como regiões mais pobres do país, bem como às atividades onde não seria possível a obtenção de tarifas devido a sua vedação como a construção de presídios.

Entretanto, o objetivo a ser perseguido não foi o alcançado. O Estado Brasileiro se encontrava mesmo após as desestatizações feitas durante a década de noventa em crise fiscal, submetido a uma grave dívida interna e externa taxada com juros da magnitude que toda a população tinha conhecimento, acrescentada à frustração da população de não ter serviços públicos básicos oferecidos pelo Estado, ou quando oferecidos em situação precária.[23]

---

[20] Essa redução do Estado recebe a denominação inglesa de *downsizing*.

[21] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Prefácio. In: SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Desestatização* – privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4º ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

[22] A Lei Federal nº 8.031/90, instituiu o Programa Nacional de Desestatização, prevendo a transferência de empresas, bens e serviços do setor público para a iniciativa privada.

[23] ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas: PPP`s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1. n. 240, p. 106, abr.jun/2005.

A saída buscada pelo Estado era a adequação entre o atendimento às demandas populacionais de infra-estrutura, que previam altos custos, e a escassez de recursos orçamentários. Neste contexto surgiu à parceria público-privada no Estado Brasileiro.

Ao contrário das privatizações, nas quais o papel do Estado se limita, basicamente, à regulação e à supervisão das atividades desenvolvidas pelo setor privado, nos programas de parceria público-privada o Estado assume a liderança e busca alianças com o setor privado, para que este participe em uma ou mais etapas de um processo de investimento.

2 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ocupação do espaço urbano brasileiro se faz marcada por déficit habitacional, deficiência de qualidade dos serviços de infra-estrutura, serviços de transporte deficientes e poluentes, agressão ao meio ambiente com ocupação irregular, por exemplo, diminuição da segurança, etc.

Todos os reflexos destas desordens urbanos precisavam ser corrigidos pela urbanificação, mediante a ordenação dos espaços habitáveis – de onde se originou o urbanismo como técnica e ciência, que busca corrigir os desequilíbrios urbanos. Em sua concepção original, o urbanismo era conhecido como a arte de embelezar cidades, porém, recentemente, seu conceito se aproximou de um sentido social, no qual seu objetivo é o bem-estar coletivo, através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares.[24]

Por seu turno, a Constituição Federal de 1988 ofereceu bastante atenção à matéria urbanística fixando diretrizes ao desenvolvimento urbano (art. 21, XX e 182), tratando da preservação ambiental (art.s 23, III, IV e VII; 24, VII e VIII; e 225), de planos urbanísticos (art. 21, IX; 30, VIII; e 182), além do tratamento à função social da propriedade. O Estatuto da Cidade veio somar oferecendo diretrizes gerais para a política urbana, conforme previsto nos arts. 21, XX, 182 e 183 da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 preferiu instituir um planejamento urbano não apenas para a manutenção de uma diretriz para alcance de uma cidade ordenada, mas,

[24] [24] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27/31.

em sentido mais amplo, proporcionou traçar diretrizes para a satisfação dos próprios interesses coletivos.

Porém, para um planejamento que alcance sua finalidade, não basta sua formulação, mas a fixação do seu real cumprimento a curto, médio e longo prazo. Para que isso ocorra, se faz mister analisar o respeito à função social da propriedade, que por sua vez deve caminhar junto com os interesses coletivos, sem sobrepor-se a eles.

A função social da propriedade está prevista expressamente na Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, XXIII, 170, III e 182, devendo ser considerada não apenas um princípio constitucional, mas também a existência de uma natureza política, ideológica e social.

Propôs o Estatuto da Cidade que seus instrumentos, em especial o plano diretor, concedesse efetivação ao princípio da função social da propriedade, podendo ser dito que as diretrizes fixadas no artigo 2º do referido Estatuto possuem o conteúdo mínimo da função social da propriedade.

Com o desenvolvimento do processo civilizatório, as necessidades humanas se mostraram ilimitadas o que ocasionou conflitos no seio da sociedade, tendo sido uma aposta do legislador infraconstitucional a edição da Lei nº 10.257/2001, como forma de alcançar a harmonia e solidariedade entre as classes proprietária e não-proprietárias, buscando, principalmente, a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sócias da propriedade.

Porém, infelizmente, o Estatuto da Cidade não tem conseguido alcançar o fim que se propôs, devendo a sociedade brasileira repensar sua aplicação e visualizar novos caminhos para obter a ordenação urbana necessária para o desenvolvimento do país.

Até este momento o que foi dito se baseou na constatação de déficits sociais e econômicos por uma decorrência histórica determinando uma crise de financiamento do Estado desde a década de oitenta, impossibilitando o investimento necessário em obras de infra-estrutura e de serviços públicos.

Ultrapassado um período de desestatização, nas décadas de oitenta e noventa, com a delegação de serviços públicos à iniciativa privada, no qual estes podiam representar grande potencial de lucratividade, possibilitando a desnecessidade de suporte financeiro por parte do Estado e o pagamento de uma outorga estabelecida na licitação, o que se apresentou no cenário brasileiro foi um Estado mais leve e com mais

recursos para investimento em atividades prestacionais insuscetíveis de exploração lucrativa pela iniciativa privada.[25]

Porém, a desestatização mencionada não se mostrou eficiente para evitar a manutenção de uma crise fiscal, devido à dívida interna e externa. O questionamento que se apresenta é: como superar esta crise fiscal? Para Alexandre Santos Aragão[26] a solução é o crescimento do país, que deve vir acompanhado de reformas e ampliação de infra-estrutura.

Entretanto, mais uma vez o Estado esbarra em outro problema: como realizar o investimento em infra-estrutura se o mesmo não possui condições de financiamento.

A quase ausência de investimento em infra-estrutura, possibilitou um caos no meio urbano, fazendo proliferar loteamentos irregulares e clandestinos, favelização, ausência de saneamento básico em algumas regiões, poluição generalizada, proliferação de lixões, precariedade nas vias de escoamento da produção, etc.

A tentativa do Estado em diminuir o déficit apresentado foi à instituição da parceria público-privada, em uma tentativa de divisão de custos para a instalação de infra-estrutura necessária para o crescimento brasileiro, já que o Estado como narrado, não possuía recursos financeiros para faze-lo e a iniciativa privada não interessava o investimento isolado em virtude da tarifa ser insuficiente, ou até mesmo inexistente, para cobrir os custos e alcançar o lucro.

Por outro lado, o Estatuto da Cidade tendo estabelecido as diretrizes da política urbana, pode ter mais efetividade quando da utilização da parceria público-privada visando atender aos seus objetivos, principalmente os traçados nos incisos I, III, IV e V, do artigo 2º do referido Estatuto.

Em uma análise restrita aos instrumentos jurídicos e políticos dispostos pela Lei nº 10.257/2001, pode-se observar a combinação de alguns com a estipulação de uma parceria público-privada.

Pensar em parceria público-privada para efetivar as diretrizes do Estatuto da Cidade é antes de tudo identificar que caberá principalmente aos Municípios um esforço político na tentativa de estipular lei local acompanhando a Lei nº 11.079/2004, uma vez cabe a este Ente da Federação, conforme determinado pela Lei 10.257/2001, a estipulação de Plano Diretor, que orientará a atuação do poder público e da iniciativa

[25] ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coor.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro*. Volume XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pág.51/52.
[26] Idem, pág. 52.

privada na construção dos espaços urbano e rural na oferta dos serviços públicos essenciais, visando assegurar melhores condições de vida para a população.

Contudo, apenas alguns Municípios de grande porte poderão fixar individualmente contratos de parceria público-privada, principalmente, em virtude da vedação da regra geral de que os contratos não deverão ser inferiores a vinte milhões de reais.

Desta forma, o modo mais fácil de alcance dos municípios de pequeno e médio porte estabelecerem contratos de PPP, seria a criação primeiramente de consórcio intermunicipais, para a superação de alguns obstáculos como a impossibilidade técnica, bem como a necessidade de racionalizar custos.

Seria possível para atender as demandas por infra-estrutura sem disponibilizar capital público nos contratos de PPP, a estipulação de contrapartida que envolva a outorga de direitos sobre bens públicos dominicais (os bens que comportam uma função patrimonial ou financeira, pois destinam a assegurar rendas ao Estado), previsto no inciso IV do artigo 6, da Lei 11.079/2004, que poderia ser feita através da concessão de um direito de superfície ou na concessão de direito real de uso.

Com esta possibilidade, principalmente de concessão de direito de superfície é possível sua utilização em projetos habitacionais de interesse social, cuja contrapartida seria cessão temporária e voluntária do domínio de determinada área pública de interesse do parceiro privado para, por exemplo, a instalação de uma fábrica, fazendo com que este tenha diminuição nos custos do empreendimento, devido à desnecessidade de aquisição do terreno.

Outra possibilidade de contrapartida possível de ser estipulada em contrato de parceria público-privada seria a concessão de outorga onerosa do direito de construir, autorizando o direito de construir acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, em troca investimentos privados em infra-estrutura.

Atender os objetivos traçados pelo Estatuto da Cidade não se mostra tarefa fácil, bem como congregar a utilização dos instrumentos deste Estatuto com a Parceria público-privada se mostra desafiador; porém não pode mais o Estado apenas criar institutos, deve efetiva-los, para que, conseqüentemente consiga alcançar o ordenamento urbano necessário diminuindo déficits sociais e econômicos, visando o pleno desenvolvimento brasileiro.

O papel do Estado tem que ser visto por um outro enfoque. Para isso é necessária uma conjugação de esforços no sentido de proporcionar o desenvolvimento e

a garantia dos direitos fundamentais que vem sendo afetados em face da quase ausência de infraestrutura proporcionada pelo Estado. Porém, não será apenas com a criação de novos modelos de contratação administrativa, nem mesmo a criação de instrumentos de ordenação urbana que a sociedade conseguirá diminuir o déficit histórico. Somente vivenciando uma interpretação e aplicação conjunta dos instrumentos jurídicos a disposição do Estado, aliada a vontade política, que poderá ser garantido o desenvolvimento prometido à população brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas: PPP`s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 1. n. 240, p. 106, abr.jun/2005.

_____. As Parcerias Público-Privadas: PPPs no Direito Positivo Brasileiro. In: GARCIA, Flávio Amaral (Coor.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo estado do Rio de Janeiro*. Volume XVII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4. ed. 1987, p. 26 apud OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual*: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CROZIER, Michel. *Estado modesto, estado moderno*: estratégia para uma outra mudança. Brasília: FUNCEP, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*: concessão, permissão, franquia, terceirizações e outras formas. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*: direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1988, t. 4.

MOREIRA, Vital. *Serviço público e concorrência*: a regulação no sector eléctrico. In: Os caminhos da privatização da administração pública. Coimbra: Coimbra, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Prefácio. In: SOUTO, Marcos Jurema Villela. *Desestatização* – privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4º ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual*: direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAMUEL, Herbert. *From red to green. Bahro.* p. 221-222 apud VINCENT, Andrew. *Ideologias políticas modernas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

SMITH, Adam. *Recherches sur la nature et les causes de la richesse dês nations.* Biographique par Adolphe Blanqui. Paris: Guilhaumin, 188. Traduction de German Garnier revié et precede d` une notice.

VALLE, Vanice Lírio do. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal*: uma conciliação possível. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIERKANDT, Alfred. Staat und Gesellschaft in der Gegenwart. Zweite verbersserte Auflage. Leipzig, von Quelle & Meyer, 1921, p. 99 apud BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BREVES CONSIDERAÇÕES E COMPARAÇÕES DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA CIDADE E NO CÓDIGO CIVIL

Marizélia Peglow da Rosa*

RESUMO

O presente trabalho visa um estudo comparativo do Direito de Superfície no Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001, e posteriormente elencado nos artigos 1.369 ao 1.377 do Código Civil – Lei 10.406/2002, diante desse comparativo trataremos dos sujeitos da relação superficiária, do seu objeto e terminologia, de alguns aspectos do seu exercício, das suas formas de constituição, dos direitos e obrigações do superficiário, dos usos e vantagens do direito de superfície, os aspectos subjetivo e objetivo da relação superficiária. Sendo o direito de superfície um direito novo trazido pelo Estatuto da Cidade e reafirmado, embora com alterações, no Código Civil, é um instrumento que visa a transformação e valorização das terras, pois, atendendo a exigências sociais novas, poderá operar uma verdadeira reformulação agrária e urbana, fomentando a construção e a utilização de terras que se encontram inertes por falta de subsídios do proprietário.

PALAVRAS-CHAVE: SUPERFÍCIE, REGISTRO, DIREITO REAL, PROPRIEDADE, IMÓVEL.

RESUMEN

El actual trabajo tiene como objetivo un estudio comparativo de lo Derecho de la Superficie en el Estatuto de la Ciudad – Ley 10.257/2001, y más tarde elencado en los artículos 1.369 al 1.377 del Codigo Civil – Ley 10.406/2002, a continuación a este grado comparativo nos ocuparemos de los ciudadanos de la relación del superficiaria, su objeto y terminología, algunos aspectos de su ejercicio, de sus formas de constitución, de los derechos y de las obrigaciones del superficiário, de las aplicaciones y las ventajas del derecho superficial, de los aspectos subjetivos y objetivos de la relación del superficiária. Siendo al derecho de la superficie un derecho nuevo, traído por el estatuto de la ciudad y reafirmado, sin embargo con alteraciones, en el codigo civil, es un instrumento que tiene como objetivo la transformación y la valuación de las tierras, por lo tanto, em atención a las nuevas exigencias sociales, podrá operar una reformulación agraria y urbana verdadera, fomentando la construcción y el uso de las tierras que estan inertes por falta de subsidios del propietario.

PALABRAS-CLAVE: SUPERFICIE, REGISTRO, DERECHO REAL, PROPIEDAD, INMOVEL.

* Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-graduada em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Pesquisadora/bolsista da Coordenação de aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

INTRODUÇÃO

O direito de superfície teve origem no direito Romano e se consolidou no direito Justiniano, sendo que a base inicial foi o arrendamento de terras por longo prazo ou até mesmo com caráter perpétuo, evoluindo para o direito de construir em terreno alheio, sem esquecer o princípio da acessão.

Neste sentido, o trabalho visa fazer um breve estudo sobre o que é o Direito de Superfície, demonstrar os limites objetivos e subjetivos do Direito de Superfície, sua utilização, constituição, elaboração e efetivação, sob o ponto de vista da doutrina e da jurisprudência, pretende também, definir a legitimidade das partes e os limites que o Direito de Superfície a elas impõe, com base no Estatuto da Cidade e no Código Civil. Demonstrando que esse instituto vem ao encontro de soluções na área habitacional e estrutural de grandes centros urbanos, os quais enfrentam problemas, como os de moradia, devido aos altos índices de crescimento demográfico.

O presente estudo é relevante, pois é um instituto trazido pelo Estatuto da Cidade em 2001 e pelo Código Civil de 2002 ao nosso ordenamento jurídico e será através do presente trabalho que se aprimorará o aprendizado em relação ao presente tema, para que futuramente, quando da carreira da advocacia, aplicar-se-á em inúmeros casos, uma vez que o Direito de superfície poderá ser a solução para a moradia em nosso país, o qual atravessa inúmeros problemas relacionados à habitação.

1 DIREITO DE SUPERFÍCIE NO ESTATUTO DA CIDADE

No Brasil colônia aplicava-se o direito português existente e os editados nas capitanias hereditárias, cobrando-se uma espécie de tributo para ocupação das terras, que era o instituto da superfície, mantido pela legislação pátria através da Lei nº 1.237 até o ano de 1864, quando o instituto foi revogado.

Com o advento da Lei Federal nº 10.257 de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, que nos seus artigos 21 a 24 trouxe a previsão do direito de superfície da propriedade urbana, na alínea I, artigo 4º, regulamentou o capítulo de política urbana, artigos 182 e 183 da CF de 1988. O seu artigo 21 reintroduziu o direito real de superfície; e, o artigo 57 determinou a correspondente alteração na Lei de Registros Públicos.

Leal[1] tece o seguinte comentário:

> O Estatuto da Cidade, agora, vem regulamentar de forma mais detalhada as possibilidades de disponibilidade urbana deste direito, estabelecendo algumas condições e critérios para isto. Uma de suas primeiras preocupações é a de demarcar conceitualmente o que se aplica em sede de direito de superfície da propriedade urbana, ou seja, *o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis*[2]. Este instituto abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo entre as partes interessadas, atendida a legislação urbanística vigente.

Gonçalves[3] aborda a grande importância do Direito de Superfície principalmente em grandes centros urbanos, onde os déficits de moradia são maiores, e

> Muito particularmente como instrumento técnico-jurídico propulsor do fomento da construção, tão necessário, sobretudo, nos grandes centros populacionais, onde a carência habitacional alimenta, em boa parte dos que neles vivem, uma das angústias do seu quotidiano.

O Direito de superfície abrange a utilização do solo, do subsolo e do espaço aéreo sobre o terreno que será objeto do direito, então, é direito autônomo, real imobiliário, complexo, temporário e transmissível. Possui característica de propriedade superficiária limitada, porque se destaca da propriedade do solo; que pode ser removida sem perecimento e torna-se bem móvel não atingindo o *dominus soli,* que continua a existir, pertencendo ao proprietário do solo. O direito de superfície é um *ius superficiei, sui generis,* e resolúvel, suspendendo apenas os direitos da cessão, previstos na máxima *superfícies solo cedit.*

No Brasil, se admite a construção superficiária sobre o solo; admite expressamente a construção no subsolo se for inerente ao objeto da concessão, do que se depreende que se este pode ser o objeto da concessão, como por exemplo, para retirada de argila do subsolo em se tratando e fábrica de tijolos; no entanto, o espaço aéreo também está sujeito à edificação em projeção vertical, de terras públicas ou particulares, conforme o estatuído no artigo 8º do Decreto-Lei nº 271/67[4] e artigo 21, parágrafo 1º, da Lei nº 10.257/01[5].

---

[1] LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico:* condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.123-124.
[2] Conforme redação do artigo 21, *caput,* do EC.
[3] GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais.* 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993, p. 423.
[4] Art. 8º. É permitida a concessão de uso do espaço aéreo sobre a superfície de terrenos públicos ou particulares, tomada em projeção vertical, nos termos e para os fins do artigo anterior e na forma que for regulamentada.
[5] O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

No mesmo sentido, ressalta Benasse[6]:

> Já o subsolo está limitado à utilidade que ele tiver para seu uso, bem como para edificação ou plantação, podendo ser considerados, para os últimos, o limite dos alicerces das edificações e as raízes das plantações. No Brasil, quando existirem riquezas minerais ou fósseis, o subsolo é de propriedade da União (artigo 176 da Constituição Federal). Se explorada, assegura renda em favor do proprietário do solo.

O Estatuto tem como base para a aplicação de todos os instrumentos, o *projeto de cidade*, que deve estar explicitado no Plano Diretor de cada município. Esse plano é obrigatório em cidades com mais de 20.000 habitantes, ou seja, onde a preocupação com a infra-estrutura e o zoneamento começam a apresentar problemas, no que se refere à ocupação do espaço urbano, com a alta demanda da população e a falta de imóveis. Neste sentido, Rolnik[7], nos diz que:

> O Estatuto da Cidade permite uma ruptura com as idéias práticas tradicionais de planejamento e regulação urbanística, propondo uma ação pública de *indução*, isto é, o poder público não apenas define o que seria desejável acontecer em cada pedaço da cidade, mas também adota um conjunto de instrumentos para fazer com que isso realmente aconteça, interagindo com o mercado e intervindo diretamente em seus mecanismos.

Nos demais municípios, onde o Plano Diretor não é obrigatório, fica a critério da Administração Pública, através das Constituições estaduais, elaborar leis para a garantia da função social da propriedade e da cidade. E, complementa Leal[8]:

> [...] o Plano Diretor é essencial na implementação das políticas urbanas, mas não nos parece coerente retirar a validade de determinadas normas que visem a dar à cidade uma função social, somente por não estarem inseridas neste ou naquele instrumento legal. Isto porque, a nosso ver, o princípio constitucional legitima qualquer ação neste sentido. O plano diretor é o instrumento básico para definir os critérios da política urbana, mas não é o único, até porque estes preceitos também devem ser respeitados pelas cidades com menos de vinte mil habitantes. O importante é que os municípios trabalhem com a questão e se preocupem com os destinos de sua cidade, ainda que o Plano Diretor seja, sem qualquer sombra de dúvida, o instrumento adequado para fazê-lo.

Desta forma, o Estatuto apresenta uma nova concepção de planejamento urbano, pois a realidade brasileira é a de ocupação do ilegal ou clandestina do solo. As favelas traduzem o fácil acesso da população de baixa renda à moradia quase sem custo. São na sua maioria clandestinas, ou seja, áreas invadidas das quais a Administração Pública não tem

---

[6] BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o Código Civil brasileiro.* Campinas: Bookseller, 2002. p. 81.

[7] ROLNIK, Raquel. Plano Diretor Estatuto da Cidade – Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. *Revista de direito imobiliário,* São Paulo, nº 52, ano 95, p. 14, jan./jun. 2002.

[8] LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico:* condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.160-161.

conhecimento, ou ilegais, que possuem algum documento de aprovação do município, mas não adentraram ainda, no Registro de Imóveis, porém nestas situações, o "comprador" possui algum documento de "propriedade".

Maricato[9] discorre sobre o loteamento ilegal e a favela, da seguinte forma:

> O loteamento ilegal e a favela são as alternativas mais comuns de moradia da maior parte da população urbana de renda baixa e média baixa. Foi a "solução" dada no Brasil ao desenvolvimento urbano para grande parte dos moradores das grandes cidades. O que define a favela é a completa ilegalidade da relação do morador com a terra: são áreas invadidas. Já nos loteamentos ilegais, também chamados de loteamento clandestinos, o contrato de compra e venda garante algum direito ao morador. Muitas são as variantes que o loteamento ilegal pode assumir.
> Em geral, a ilegalidade pode estar na burla às normas urbanísticas: diretrizes de ocupação do solo, dimensão dos lotes, arruamento, áreas públicas e institucionais que devem ser doados para o poder público estão entre as mais comuns. Entretanto, há casos em que a ilegalidade está na documentação de propriedade, na ausência da aprovação do projeto pela prefeitura ou no descompasso entre o projeto aprovado e sua implantação. A irregularidade na implantação do loteamento impede seu registro pelo cartório de registro de imóveis, conseqüentemente prejudicando os compradores.

O direito de superfície consiste no direito que o superficiário exerce sobre a superfície de um terreno, cujo subsolo continua a pertencer ao proprietário. Desta forma, segundo a visão de Capitant[10],

> [...] o instituto comporta duas variedades distintas: direito de superfície incompleto e direito de superfície completo. O primeiro se verifica quando o superficiário tem direito apenas à propriedade de certos bens fixados sobre o solo, tais como plantações ou construções, ou ambos, mas não à superfície inteira do terreno; cite-se como exemplo o *bail avec permission de bâtir* (arrendamento com permissão para construir). A segunda modalidade ocorre quando o direito do superficiário abrange a superfície do solo por inteiro.

Os sujeitos da relação superficiária são: o concedente, que é o proprietário do solo e o concessionário, que é o superficiário. Nas legislações que admitem que a constituição do direito abranja, também, o subsolo, é possível vislumbrar hipoteticamente a existência de três figuras: a do concedente (proprietário do terreno), e dois concessionários, um beneficiário do direito de construir ou plantar a superfície, e outro, do direito de construir no subsolo. Segundo Barbosa[11].

> São dois, comumente, os sujeitos da relação superficiária: o proprietário do solo, como concedente, e o superficiário, este na qualidade de concessionário. Concede aquele primeiro a este último o direito de construir ou plantar na **superfície** de terreno de sua propriedade (concessão *ad aedificandum* ou *ad plantandum*).

---

[9] MARICATO, Erminia. O que fazer com a cidade ilegal? *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, nº 52, ano 95, p. 21, jan./jun. 2002.
[10] CAPITANT, Colin Et apud BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 77.
[11] BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 80.

Já o objeto da superfície é algo que provoca larga discussão, até mesmo porque não está positivado no ordenamento. A primeira questão que surge é quanto às plantações; será que qualquer cultura poderá ser objeto de direito de superfície? Neste sentido, prescreve Barbosa[12]:

> O objeto da superfície – denominado pela doutrina *res* superficiária ou coisa superficiária – pode ser, portanto, a construção ou plantação, sejam estas preexistentes ou resultantes do exercício da concessão.

A construção pode ser entendida como sendo qualquer obra fixa no solo, que possua caráter de estabilidade. Este conceito está pacificado, ao contrário do de plantações, onde existem divergências doutrinárias. Vejamos a opinião de Ascensão[13] "[...] apenas as culturas duradouras, como as da vinha ou da bananeira, podem ser objeto da superfície, devendo ser excluídas as culturas efêmeras, como a do milho". De outra banda, Viana[14], refere-se ao direito de plantar da seguinte forma "utiliza-se do vocábulo plantar, o que, a nosso ver, dá a idéia de alguma coisa com caráter duradouro. O que se tem em mente é a cultura duradoura".

Desta forma, somos obrigados a utilizar a analogia. Devemos incluir num primeiro momento, apenas as culturas duradouras como as da vinha ou da bananeira e, excluir as culturas efêmeras, como a do milho. Mas, cabe ressaltar que não existe previsão legal sobre esta distinção entre culturas duradouras e efêmeras, ela é referida apenas por alguns doutrinadores.

Como toda concessão, via de regra, tem uma contraprestação, com o direito de superfície não é diferente, porém ao contrário do que ocorre com a enfiteuse, por exemplo, que se extingue pelo "comisso", a falta de pagamento do "cânon"[15] eventualmente estipulado pela partes, não é causa de extinção do direito, tendo tal pagamento a natureza jurídica de uma obrigação *propter rem.*

Mas esse entendimento não é pacífico na doutrina. Vejamos o entendimento de Benasse[16]:

> Como na enfiteuse, o não pagamento do *solarium*, pelo prazo de três anos, para alguns, e dois anos, para outros, podia levar à aplicação da regra da *loctio*

[12] Ibidem, p. 81.
[13] ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de superfície agrícola. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, p. 148, ab./jun. 1978.
[14] VIANA, Marco Aurélio da Silva. Comentários ao Código Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 549.
[15] Forma de pagamento do direito de superfície que pode ser estabelecida pelas partes.
[16] BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o código civil brasileiro.* Campinas: Bookzeller, 2002, p. 28.

> *conductio*, como se ela fosse locação, motivando a rescisão do contrato de superfície pelo inadimplemento do pagamento.

De outro lado, Teixeira[17], demonstra outra posição:

> [...] além de, o superficiário, não ser obrigado, atualmente, a pagar pela transferência do *ius superficiarium*, tanto no direito superficiário como na enfiteuse, o não pagamento do *solarium* ou *pensio* não lhe acarretava, e não acarreta, a pena de comisso.

Cabe lembrar que o instituto pode assumir até mesmo o caráter gratuito, previsto no parágrafo 2º do artigo 2º, do Estatuto da Cidade; e, até mesmo esse caráter gratuito não afasta as prerrogativas no parágrafo 3º do mesmo artigo, ou seja, mesmo sua concessão seja de forma gratuita, o superficiário será o responsável pelo pagamento dos encargos e tributos incidentes sobre a área objeto da concessão, parcela esta estabelecida de modo proporcional à parte efetivamente ocupada. Isso significa que o fisco e os demais credores devem efetuar a cobrança diretamente em nome do superficiário.

O direito de superfície pode ser transmitido a terceiros, conforme o parágrafo 4º, do artigo 21 do Estatuto[18], segundo o qual, proprietário e o superficiário podem dispor contratualmente sobre a possibilidade de transferência do direito de superfície a terceiros, desde que observadas as regras do artigo 22 do Estatuto da Cidade[19]. Todavia, nada na Lei obsta que a transferência seja onerosa, em benefício do superficiário. Não há na Lei previsão de uma remuneração específica, devida pelo superficiário ao proprietário.

A pessoa a quem o direito for transferido substitui o antigo superficiário na relação jurídica em curso, devendo observar os termos em que foi pactuada. No parágrafo 5º, artigo 21 do Estatuto está prevista a transmissão a herdeiros e o sucessor terá o direito pelo prazo remanescente (ou por prazo indeterminado), visto que o direito de superfície não é perpétuo.

Neste sentido, leciona Barbosa[20]:

> Tal como na constituição do direito, os requisitos subjetivos, objetivos e formais devem estar presentes para que se tenha como válido e eficaz o negócio jurídico que vise à transmissão da concessão. O contrato deverá, também, ser registrado em cartório, exigindo-se, para formalização do ato, escritura pública.

Já quanto à realização da obra superficiária, uma vez realizada, o concessionário torna-se titular não mais de um *jus in re aliena*, mas de um verdadeiro direito de propriedade sobre

---

[17] TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Direito real de superfície*. São Paulo: RT, 1993, p. 21.
[18] § 4º. O direito de superfície pode ser transferido a terceiros, obedecidos os termos do contrato respectivo.
[19] Art. 22. Em caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.
[20] BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 108.

a construção empreendida, podendo dela dispor livremente, separadamente da propriedade do solo, que remanesce com o *dominus soli*. Desta forma, o proprietário da construção pode constituir sobre ela outros direitos reais, principalmente de garantia. Em contrapartida, também o *dominus soli* pode instituir direitos reais de gozo ou de garantia em relação à parte do imóvel que lhe concerne.

O direito de superfície prevê cinco formas para que ocorra a extinção: decurso de prazo; expropriação pelo poder público; renúncia ou abandono; a confusão; pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Neste sentido, explica Barbosa[21]:

> Além do decurso do prazo, são causas de extinção comumente elencadas pelas legislações: a) a expropriação pelo poder público (artigo 1.542 do CC português); b) a renúncia ou o abandono; c) a confusão, quando recaírem sobre a mesma pessoa os direitos de proprietário do solo e de superficiário (artigo 1.536, *d*, do CC português e artigo 289, 5, da *Ley del régimen del* suelo). Nas legislações em que as hipóteses de extinção não estão expressamente enumeradas, como nas codificações italiana e alemã, aplicam-se as regras gerais atinentes à extinção dos direitos reais.

Extinto o direito de superfície, pelo advento do termo, ou pelo descumprimento das obrigações assumidas pelo superficiário, ocorre a reversão: o proprietário readquire a plenitude da propriedade, sem que tenha que indenizar as acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, ou seja, se opera em favor do *dominus soli* e conforme o ordenamento jurídico em foco, poderá ou não haver um correspondente direito do superficiário à indenização. Mas, o artigo 24 do Estatuto ressalta que, se as partes não houverem estipulado ao contrário, a resolução do negócio jurídico independe de indenização.

2 O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO CÓDIGO CIVIL

O direito de superfície foi reinserido em nosso ordenamento jurídico no Código Civil Brasileiro, no Título IV, do Livro III, nos artigo 1.369[22] a 1.377, como direito real resolúvel, separando a plantação da propriedade do solo da propriedade da obra.

O conceito de direito de superfície disciplinado pelo Código Civil, pode ser assim determinado: é o direito concedido pelo proprietário a outra pessoa – o superficiário, e

[21] BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície.* Curitiba:Juruá, 2002, p. 111.

[22] Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.
Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão.

consiste no direito de construir ou plantar[23] no seu terreno, por tempo determinado, constituído por escritura pública e registrado no Registro de Imóveis competente.

Para fins de direito deve-se definir o subsolo como a parte inferior do solo existente até o limite em que tenha utilidade para sua utilização. Quanto ao solo, objeto de maior utilização do direito de superfície, seu limite esta entre o uso do solo e do subsolo até o limite em que se aproveite ou se faça necessário a sua constituição, como por exemplo, a altura dos prédios e a profundidade de seus alicerces. O direito de superfície não admite obra no subsolo, com base no parágrafo único, do artigo 1369, isso somente é possível se ela for inerente à obra superficiária.

Preceitua o artigo 1.229 do atual Código Civil, *verbis:*

> Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las.

O fenômeno da edificação e da plantação é regido pelo princípio *superfícies solo cedit*, segundo o qual tudo que se planta e se constrói sobre o solo pertence ao proprietário deste solo. Mas pode ocorrer a suspensão dos efeitos da acessão, e neste sentido leciona Lira[24]:

> Pode ocorrer contudo a *suspensão* dos efeitos da acessão, quando se terá a superfície temporânea, ou a *interrupção* dos efeitos da acessão, quando se consubstanciará caso de superfície perpétua. Não incidirá, nesses casos, o princípio *superfícies solo cedit*, pois a propriedade do incremento (construção ou plantação) é de quem o realizou, continuando o terreno do domínio do dono do solo.
> Essa suspensão ou interrupção resulta do direito de superfície.
> O direito de superfície suspende ou interrompe os efeitos da acessão, de forma que alguém constrói ou planta sobre solo alheio, ficando com a propriedade (superficiária) da construção ou plantação, distinta da propriedade do dono do solo.

Mas, para que ocorra o direito de superfície existem duas formas de constituição previstas, onde a primeira delas é a concessão para construir e plantar e a segunda é a constituição por cisão. A primeira é usada quando existe o terreno sem construções, onde o superficiário irá construir ou plantar. A segunda é quando o proprietário já possui o terreno com as construções ou plantações, nesse caso o proprietário retém em seu domínio o terreno e transfere a outrem, que passa a ser o superficiário, a propriedade da construção ou plantação.

Já a constituição do direito de superfície ocorre mediante quaisquer das modalidades contratuais aptas a transferir o domínio, sendo que o Estatuto e o Código Civil apontam a

[23] O vocábulo plantar, dá a idéia de alguma cultura de caráter duradouro.
[24] LIRA, Ricardo Pereira. *Aspectos controvertidos do Código Civil*: escritos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 541.

Escritura Pública como sendo a forma de constituição de tal direito. Sua perfectibilização ocorre com o registro, do Registro de Imóveis competente[25], para que realmente produza seis efeitos quanto a terceiros. Portanto, não basta, o negócio jurídico, por si só, para se constituir ou transmitir um direito real sobre bem imóvel. Nesse sentido, reza o artigo 1.227 do Código Civil, *verbis:* "Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (artigo 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código."

Desta forma, nos ensina Nascimento[26]:

> Regra o Código Civil que, nada dispondo em contrário, a constituição dos direitos reais sobre imóveis acima de determinado valor, isto é, de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País, impõe a essencialidade da escritura pública (artigo 108). Mais adiante, tratando da nulidade dos negócios jurídicos, afirma-o nulo se não revestir a forma prevista em lei (166, IV), nulidade insuscetível de confirmação nem convalescente pelo decurso do tempo (artigo 169).

O contrato é um negócio jurídico, portanto está sujeito a requisitos subjetivos, objetivos e formais, que devem ser seguidos sob pena de ineficácia. Os requisitos subjetivos compreendem a capacidade das partes e o acordo constitutivo que se publicizado faz nascer o direito real; os objetivos, a seu turno, a possibilidade material e jurídica, a licitude, a determinação e a economicidade, já o requisito formal visa à constituição do direito de superfície, que ocorre através da Escritura Pública.

No que concerne aos direitos do concedente, Chicuta[27] elenca:

> a) utilizar a parte do imóvel que não é objeto da superfície, incluindo o subsolo e o espaço aéreo, observadas as restrições conridas no contrato;
> b) receber remuneração periódica ajustada, se concedida onerosamente;
> c) exercer a preferência na aquisição da superfície, em caso de alienação onerosa;
> d) promover resolução da superfície em caso de inadimplemento;
> e) constituir gravames reais sobre o solo;
> f) tornar-se dono do edifício ou da plantação, indenizando ou não o superficiário, conforme cláusula contratual.

Da mesma forma Chicuta enumera as obrigações do proprietário do solo:

> a) omitir-se na prática de atos que impeçam ou prejudiquem a construção ou a plantação superficiária ou o exercício do direito de superfície;
> b) dar preferência ao superficiário, em igualdade de condições com terceiros, à aquisição oneroso do solo.

[25] Declara o artigo 168 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) que "Na designação genérica de registro, consideram-se englobadas a inscrição e a transcrição a que se referem às leis civis".
[26] NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direitos reais limitados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 20.
[27] CHICUTA, Kioitsi. Aspectos do Estatuto da Cidade a usucapião e o direito de superfície. *Boletim do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil*, São Paulo, nº 305, out. 2002, p. 44.

Já no que concerne aos direitos do superficiário Chicuta elenca:

> a) utilizar a superfície do solo alheio, nos limites do negócio superficiário;
> b) usar, gozar e dispor da construção ou plantação superficiária, como coisa sua, separada da propriedade do solo;
> c) constituir gravames reais sobre a construção ou plantação, os quais se extinguirão no termo da superfície;
> d) exercer preferência na aquisição do solo em caso de alienação onerosa;
> e) reconstruir a construção ou refazer a plantação, se houverem perecido, durante vigência do contrato.

Da mesma forma Chicuta enumera os deveres do superficiário:

> a) pagar a remuneração convencionada, se onerosa;
> b) fazer a construção ou plantação, exatamente como convencionado;
> c) efetuar o pagamento dos encargos e tributos que, durante o prazo da superfície, incidirem sobre a obra superficiária, assim como sobre o solo;
> d) conservar a obra superficiária, como também demoli-la;
> e) dar preferência ao dono do solo em caso de alienação onerosa da superfície.

E, conforme prescreve o artigo 1.375 no Código Civil, o conteúdo dominial pertencente ao superficiário só ingressa no domínio do proprietário quando extinto o direito de superfície. Ou seja, as benfeitorias, construções e plantações só ingressam na propriedade plena no momento da extinção do direito real; desta forma, é uma propriedade resolúvel. Como propriedade resolúvel, a superfície é por tempo determinado, ou seja, possui um termo final, estabelecido pelas partes, que extinguirá o direito de superfície. O efeito dominial da superfície, com relação ao patrimônio do superficiário, é forte, pois o torna proprietário do que resultou de seu trabalho de construir ou de plantar, tendo, portanto, o direito de superfície natureza jurídica de **domínio resolúvel**, embora temporário.

Desta forma, **concedente** é o *dominus soli*, dono do lote ou gleba, é ele que autoriza, concede seu lote ou gleba para construir ou plantar. O **concessionário**, denominado de superficiário, é quem adquire a propriedade do bem superficiário e sobre ele irá plantar ou construir. E, o vínculo estabelecido entre o concedente e o concessionário se denomina **relação superficiária**. Sendo a superfície dividida em edilícia – quando se destinará a construção; ou vegetal – quando destinada à plantação. Desta forma, o superficiário assume a posse direta da coisa, cabendo ao proprietário a posse indireta, sendo que o proprietário não pode turbar a posse do superficiário.

Tanto o imóvel, como as construções ou plantações e benfeitorias, como propriedade superficiária, são suscetíveis de alienação, da mesma forma, o superficiário e o proprietário do solo podem constituir hipotecas sobre seus direitos, sem necessidade de que a outra parte do

direito real se superfície consinta. A única exigência é que, sendo a hipoteca necessariamente imobiliária, seu objeto deve ser imóvel, devida a natureza jurídica da hipoteca que é imóvel, sendo que, as plantações também são bens imóveis, conforme artigo 79 do Código Civil.

No caso de alienação da propriedade ou do direito de superfície, deve ser ressalvado sempre o direito de preferência (e igualdade de condições à oferta de terceiros) em benefício do proprietário, caso o superficiário pretenda alienar o direito de superfície. Se o imóvel é alienado, o superficiário goza de preferência para a aquisição da propriedade; se, é o superficiário quem aliena o direito de superfície, a preferência é do dono do terreno. Cabe ao titular da superfície avaliar o que seja de seu maior interesse.

Viana[28] define o direito de superfície como sendo:

> O direito de preferência estabelecido pela norma legal está vinculado à igualdade de condições. Em outras palavras: se o dono do terreno ou o superficiário dispõe de condições de atender ao preço e condições de pagamento, prefere ao estranho. Para que a preferência seja exercida, aquele que aliena deve informar ao outro seu propósito e apresentar a proposta para que a preferência seja ou não exercida. E como se fará isso? Não tem resposta na disciplina legal do direito de superfície. Por isso entendemos que cabe ao que pretende alienar dar ciência ao outro judicial ou extrajudicialmente, apresentando a proposta, e concedendo-lhe prazo para se decidir. Entendemos que esse prazo deve ser de pelo menos trinta dias, porque a outra parte deve gozar do direito de buscar meios para exercer a preferência, pois, em regra, pode ser surpreendida. Se não se interessa, a alienação é livre. Mas se não se dá ciência da alienação, entendemos que se aplica, por analogia, a regra do artigo 504 do diploma civil, podendo depositar o preço, e haver o direito para si.

O Direito de Superfície pode ser contratado a título oneroso ou gratuito, conforme preceitua o artigo 1.370 do Código Civil, podendo as partes contratar um preço fixo a ser pago antecipadamente ou estipularem um pagamento mensal, semestral ou anual, que não está nominado pelo Código. A este pagamento poderá ser denominado de cânome, cânon, solário ou *solarium* e cuja inadimplência não poderá gerar a rescisão do contrato, mas sim a cobrança ou execução do mesmo.

Já o artigo 1371 dispõe a questão tributária e demais encargos que incidem sobre o imóvel, estes devem ser pagos pelo superficiário. O legislador dispondo a respeito da responsabilidade do superficiário para com os encargos e tributos, afastou uma área de atrito, estabelecendo regra que incide, necessariamente, no silêncio do contrato. Na omissão do contrato, incide a regra, mas nada impede que concedente e superficiário estabeleçam de forma diferente.

O Contrato se resolve pelo termo final, se estipulado por prazo certo, conforme artigos 1.369 e 1.374 do Código Civil, se caso não houver outros motivos que geram a extinção do

[28] VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 554.

contrato antes do termo final. Se operado por prazo indeterminado, não haverá termo certo, este dependerá de outras condições de extinção do direito, pactuados. Sendo, contudo, admitido pelo Código Civil, apenas por tempo determinado, embora não estipulando um prazo mínimo ou máximo para sua duração. Além do decurso do prazo, são causas de extinção comumente elencadas pelas legislações: a) a expropriação pelo poder público; b) a renúncia ou o abandono; c) a confusão; d) pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário.

Quando ocorrer destinação diversa da que foi concedida, cabe ao proprietário o direito de resolver o direito concedido, através da reversão do direito de superfície. Este por sua vez foi concedido para a construção ou plantação; e, caso a construção seguir os critérios que as partes contrataram, é que se resolverá o contrato. É uma questão de forma de utilização, sendo que o artigo 1.374 do Código Civil abre uma vasta forma de interpretação, cabendo as partes a mais benéfica utilização deste artigo. Mas, para que o artigo 1.374 seja de maior utilidade, cabe as partes contratantes estipularem a forma de fiscalização do direito em tela, obedecendo a tutela da privacidade e da intimidade, que podem ser afetados em função da concessão assegurada.

Quanto à duração do direito de superfície, sobre este aspecto não existe nenhum prazo fixado pelo Código para a duração do direito de superfície[29], tampouco existe prazo para que o superficiário realize a construção. Entretanto, o prazo para a realização da construção pode ser pactuado quando da contratação do direito, e seu descumprimento implicará como uma das formas de extinção do direito de superfície. De igual maneira, as partes podem incluir no contrato a cláusula de retrovenda, implicando a não construção no prazo assinalado na obrigação do superficiário de retransmitir a superfície ao proprietário do solo.

Mas, a duração do direito de superfície não é algo pacífico na doutrina, Marco Aurélio da Silva[30], se posiciona da seguinte forma: “Cabe aos contratantes estabelecerem o prazo que entenderem razoável. Não se pode admitir que tenha assento no registro de imóveis de escritura sem prazo de duração”.

Já a extinção do direito de superfície se opera de várias formas, a saber: Confusão, término, não-uso, rescisão, alienação, distrato, extinção e ainda a desapropriação. A confusão pode ocorrer quando o dono da propriedade superficiária torna-se o proprietário do solo, ou vice-versa, que posteriormente se fará a alienação. O término pode ocorrer pelo termo final ou se atendida a finalidade e cumprida as obrigações contratuais. O não-uso configura a

[29] No direito internacional, os prazos variam de 30 a 99 anos.
[30] VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 547.

destinação diversa da que fora pactuado. A rescisão é à vontade de uma ou de ambas as partes por vários motivos como, por exemplo, o não atendimento à destinação pactuada, pela insolvência (inadimplemento), mas pela falta de adimplemento da prestação não poderá ocorrer a rescisão. Sendo a extinção operada pelos termos gerais do contrato.

Paulo Benasse[31] se refere à ocorrência do distrato da seguinte forma: "Ocorrerá o distrato por mera liberalidade das partes, declarando extinta a superfície, que deverá ocorrer por escritura pública, ou seja, da mesma forma que fora contratada".

No que se refere à desapropriação, vejamos a opinião de Viana[32]:

> Contempla-se, aqui, outra forma de extinção, que decorre de desapropriação. A indenização a ser paga pelo poder expropriante é devida ao proprietário e ao superficiário, segundo o valor correspondente ao direito real de cada um. Assim, o dono do terreno recebe o seu preço, enquanto o superficiário é indenizado pela construção ou plantação.

Extinto o direito de superfície, pelo advento do termo, ou pelo descumprimento das obrigações assumidas pelo superficiário, ocorre a reversão: o proprietário readquire a plenitude da propriedade, sem que tenha que indenizar as acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, ou seja, se opera em favor do *dominus soli* e conforme o ordenamento jurídico em foco, poderá ou não haver um correspondente direito do superficiário à indenização. Mas, o artigo 1.375 do Código ressalta que, se as partes não houverem estipulado ao contrário, não se fala em indenização, a resolução do negócio jurídico independe de indenização.

3 DIREITO DE SUPERFÍCIE COMPARADO: ESTATUTO DA CIDADE X CÓDIGO CIVIL

Com o advento da Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade, cria-se instrumentos para garantir a efetivação da função social da propriedade e estabelecer diretrizes gerais de política urbana. No artigo 21 do Estatuto, houve a reintrodução o direito real de superfície, e o Código Civil Brasileiro (Lei 10.406/02) o expressou em seus artigos 1369 a 1377. Trata-se, no dizer de Ascensão[33], "*do direito de ter a coisa incorporada em terreno alheio. Pode ter como contrapartida uma prestação única, ou prestação anual, perpétua ou temporária"*.

[31] BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o Código Civil brasileiro.* Campinas: Bookseller, 2002, p. 119.
[32] VIANA, Marco Aurélio da Silva. *Comentários ao Código Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 557.
[33] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: reais.* 4. ed Coimbra: Coimbra, 1987, p. 459.

Verificamos que a utilização do solo urbano fica submetida, primeiramente, à Constituição Federal, que estabelece a necessidade de cumprimento da função social da propriedade, e à observância do Estatuto da Cidade, Leis Urbanísticas e Plano Diretor.

O Direito de Superfície vem excepcionar a regra da acessão, ou seja, a regra segundo a qual todas as coisas que se acrescentam ao solo, sejam plantações ou construções, pertencem ao dono do solo (*superfícies solo* cedit). Trata-se de exceção ao princípio de que o acessório segue o principal.

Temos divergências entre o Estatuto da Cidade e Código Civil, e a primeira delas é quanto ao prazo, posto que no Código Civil somente se permite o prazo determinado e o Estatuto da Cidade admite o determinado e o indeterminado. Se entendermos que o Estatuto da Cidade não foi derrogado tendo em vista sua especialidade, poderemos adotar o prazo indeterminado (no sentido de não prever sua duração e não no sentido de perpétuo). No que se refere ao prazo pecou o legislador brasileiro ao omitir-se, pois a maioria da legislação estrangeira que admite o prazo indeterminado estipula um tempo máximo.

Diante o exposto, nos deparamos com três questionamentos que emergem do artigo 21, (caput e parágrafo 1º) da Lei 10.257 e dos artigos 1.369 e seguintes do Código Civil: 1ª) Qual o objeto desse direito de superfície? 2ª) Por que de sua concessão por tempo indeterminado? 3ª) Por que o direito é concedido mediante escritura pública?

Quanto à primeira questão, foi deixado em aberto pelo Estatuto da Cidade, em seu artigo 21, parágrafo 1º[34], dando a entender que seria tão somente o direito de construir, vindo posteriormente esclarecido no Código Civil atual, em seu artigo 1369, *caput*[35], como sendo o direito de construir ou de plantar em terreno alheio, o que já melhorou bastante, ou melhor, completou a falha observada pelo Estatuto da Cidade.

À segunda questão, deve-se argumentar que repugna ao direito contemporâneo a perpetuidade dos direitos reais limitados de uso e gozo expresso no Estatuto da Cidade e não elencado pelo Código Civil que exige a temporariedade do direito de superfície.

Quanto à terceira questão, o legislador, quando do Estatuto da Cidade, incorreu em grave erro não conferindo ao direito de superfície o caráter de direito real, expressamente, talvez tenha pensado que somente o fato de ser constituído por escritura pública registrada no álbum imobiliário suprisse essa falha, o que não o é. Já o codificador do Código Civil, não

[34] Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.
§ 1º. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

[35] Art. 1.369. O proprietário pode concede a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

laborou neste sentido, considerando-o inicialmente como direito real e não como propriedade, para depois, no artigo 80 completar, considerar o direito real como propriedade. Se não fosse expresso o direito de superfície como um direito real, talvez se restringiria em um mero arrendamento ou um simples comodato.

No Brasil, se admite a construção superficiária sobre o solo conforme artigo 1.369 do Código Civil, cujo parágrafo único[36] reinserido na redação final do Código, que vetava a concessão do subsolo; porém, ficou admitida expressamente a construção no subsolo se for inerente ao objeto da concessão, do que se depreende que se este pode ser o objeto da concessão; no entanto, o espaço aéreo também está sujeito a edificação em projeção vertical, de terras públicas ou particulares, conforme o estatuído no artigo 21, parágrafo 1º, da Lei nº 10.257/01[37]. Em decorrência dos artigos referidos, temos que o Estatuto da Cidade é mais amplo, quando abrange o solo, o subsolo e o espaço aéreo, uma vez que o Código Civil abrange a possibilidade de utilização do subsolo em casos especiais.

Neste sentido, ressalta Benasse[38]:

> Já o subsolo está limitado à utilidade que ele tiver para seu uso, bem como para edificação ou plantação, podendo ser considerados, para os últimos, o limite dos alicerces das edificações e as raízes das plantações. No Brasil, quando existirem riquezas minerais ou fósseis, o subsolo é de propriedade da União (artigo 176 da Constituição Federal). Se explorada, assegura renda em favor do proprietário do solo.

Em relação ao pagamento dos tributos e encargos incidentes sobre o imóvel objeto do direito de superfície, os diplomas em estudo também divergem.

Preceitua o artigo 1.371 do atual Código Civil*:*

> Art. 1.371. O superficiário responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre o imóvel.

Já o artigo 21, parágrafo 2º do Estatuto da Cidade*:*

> Art. 21. § 2º. O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo.

[36] Art. 1.369. Parágrafo único. O direito de superfície não autoriza obra no subsolo, salvo de for inerente ao objeto da concessão.
[37] Art. 21. § 1º. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.
[38] BENASSE, Paulo Roberto. *O direito de superfície e o Código Civil brasileiro*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 81.

Desta forma, pode-se concluir que o Código Civil apresentou-se incompleto quando deixou de ressaltar a obrigação em grau proporcional à sua parcela de ocupação efetiva, ou seja, a repartição tributária. Tendo em vista a função social da propriedade, sua utilização por duas ou mais pessoas é perfeitamente conciliável. Antes do Código Civil, o pagamento dos tributos era de responsabilidade exclusiva do proprietário, independente de sua utilização, e com o direito superficiário, parágrafo 3º, artigo 21, do Estatuto da Cidade.

Conforme salienta Barbosa[39], "a superfície alvitrada pelo Código Civil abrange tanto os terrenos urbanos quanto os rurais, ao passo que a figura adotada pelo Estatuto – de feição nitidamente urbanística – tem como objeto apenas os terrenos urbanos".

Ainda merece ser enfocado que, quanto aos efeitos da posse, o artigo 1.222 da Lei 10.406/02, alterando a disciplina anterior, dispõe que o reivindicante, obrigado à indenização por benfeitorias perante o possuidor de má-fé, poderá optar entre o seu valor atual e o de custo. Entretanto, se o beneficiário do ressarcimento for o possuidor de boa-fé, o pagamento far-se-á pelo seu valor atual, assegurando com isso ao possuidor de boa-fé uma diferença no tratamento jurídico. Extinta a concessão, volve ao proprietário o domínio pleno do imóvel, incluídas as construções e plantações, sem qualquer indenização, salvo se contrário o ajustado.

De acordo com o Código Civil, o Direito de Superfície representa a possibilidade de "construir ou plantar em terreno alheio" e não de manter construções e plantações em terreno alheio. Já o Estatuto da Cidade, em seu artigo 21, dispõe que, "O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, [...]"; e, no artigo 24, que "Extinto o direito de superfície o proprietário recuperará o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, [...]". Verificamos desta forma, que o objeto do direito de superfície são: as acessões e benfeitorias. Sendo as benfeitorias divididas em necessárias, úteis e voluptuárias. Vejamos o acórdão[40] abaixo colacionado:

> Da distinção formulada entre benfeitorias propriamente ditas e acessões, que não é meramente acadêmica, exsurge a diferenciação substancial de tratamento que lhes deu a lei civil, reflexamente quando ao protestado direito de retenção deferido em favor das primeiras. Segundo Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, Saraiva, p. 158, 'cumpre não confundir benfeitorias cuja importância é capital na teoria da posse, consoante se pode verificar nos arts. 516 e 519 do CC, com plantações e construções que constituem acessão, regidas pelos arts. 545 e 549 do mesmo Código. Benfeitorias são obras ou despesas efetuadas na coisa para conservá-la; melhorá-la ou embelezá-la; acessões são obras que viram coisas novas,

[39] BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície.* Curitiba: Juruá, 2002, p. 139.
[40] Agravo de Instrumento nº 393.871-4, 1º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, publicado na RT 646/93. HENKES, Silvana Lúcia. Direito de superfície. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, nº 173, mar. 2004, p. 57.

> diferentes, e que vêm aderir a coisa anteriormente existente. Mercê dessa diferenciação, claramente estabelecida pela doutrina, plantações e construções, sendo coisas novas, que se agregam às já existentes, só podem ser catalogadas como acessões'. No mesmo sentido a prelação de Orlando Gomes, ao diferenciar benfeitorias de acessões, fazendo ver que 'aquelas têm cunho complementar', ao passo que estas são coisas novas, como plantações', por isso que obedecem a regras próprias.

Uma importante conclusão, portanto, é no sentido de que o direito de superfície disciplinado pelo Estatuto da Cidade, não abrange os imóveis rurais, já no Código Civil a extensão do instituto é mais abrangente, porque não distingue propriedade urbana de rural. A propósito, assim definiu Henkes[41]:

> Em síntese, para o CC o direito de superfície é o direito pelo qual o proprietário de imóvel, urbano ou rural, denominado também de concedente ou fundeiro concede a outrem, denominado superficiário, o direito de construir e/ou plantar em seu terreno mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Já para o Estatuto da Cidade o Direito de Superfície é o direito pelo qual o proprietário de imóvel urbano, denominado de concedente ou fundeiro, concede a outrem denominado de superficiário o direito de construir, plantar, conservar, manter, aumentar a praticidade ou embelezar obras em seu terreno mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Finalmente, temos o direito de superfície disposto do Estatuto da Cidade e pelo Código Civil, ambos sendo utilizados no ordenamento jurídico brasileiro, e cabe aos operadores do direito, uma melhor aplicação de ambos os institutos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de superfície foi introduzido pelo Estatuto da Cidade no ano de 2001, é norma específica e posteriormente recepcionada pelo Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, sendo este norma geral, portanto, o Código Civil não tem o condão de revogar o Estatuto da Cidade.

Desta forma, quando da contratação do direito de superfície sobre solo urbano, utiliza-se o Estatuto da Cidade, quando do solo rural, o Código Civil, sendo este, utilizado tanto para o solo rural, quanto para o solo urbano. Este poderá ser o critério utilizado, ou o que melhor atender a vontade das partes. Sendo de bom alvitre que seja mencionado na escritura pública, qual dos dois institutos que se tem por base a presente constituição.

O objeto do direito de superfície no Estatuto da Cidade é, o solo, o subsolo e o espaço aéreo, já o Código Civil é omisso, só fazendo menção ao direito de construir e de plantar, e

[41] HENKES, Silvana Lúcia. Direito de superfície. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, nº 173, mar. 2004, p. 57.

mais adiante, no parágrafo único do artigo 1.369 abre uma exceção às obras no subsolo se estas forem inerentes ao objeto.

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 21 refere o instituto por tempo determinado ou indeterminado, já o Código Civil trouxe somente o tempo determinado, portanto, tendo em vista o papel social que hoje se atribui à propriedade e o melhor aproveitamento das terras, deve-se utilizar o tempo determinado. Até mesmo porque, quando do registro, no registro de imóveis, se fará necessária à determinação do tempo de duração do direito real. A rejeição do prazo indeterminado é uma tendência entre os doutrinados.

Quando de fala em transmissão do direito de superfície devemos ressaltar que o Estatuto da Cidade é silente quanto ao pagamento pela transferência da superfície, mas o Código Civil veda expressamente qualquer cobrança.

O Estatuto da Cidade não menciona expressamente as pessoas em favor das quais pode ser constituído o direito e o Código Civil menciona que o direito pode ser concedido em favor das pessoas jurídicas de direito público interno.

O direito de superfície sob a modalidade urbanística poderá apresentar-se como valioso instrumento. Em uma praça, por exemplo, o município poderá conceder o subsolo para instalação de um estacionamento público, concedendo sobre o solo o direito de outrem construir em determinada parte, por exemplo, um hospital, tendo assim três utilidades, o que antes apresentava apenas uma.

Finalmente, o direito de superfície contemplado no Estatuto da Cidade e no Código Civil, tem a configuração de um direito real limitado de uso e fruição, pode declinar sobre bens públicos ou particulares, é direito real de utilizar solo alheio, com poderes de uso e gozo da acessão realizada, do espaço aéreo e talvez do subsolo, dependendo do ajuste firmado.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil:* reais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

_____. O direito de superfície agrícola. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial,* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 4, p. 148, ab./jun. 1978.

BARBOSA, Diana Coelho. *Direito de superfície.* Curitiba: Juruá, 2002.

BENASSE, Paulo Roberto. *Direito de superfície e o Código Civil brasileiro.* Campinas: Bookseller, 2002.

CHICUTA, Kioitsi. Aspectos do Estatuto da Cidade a usucapião e o direito de superfície. *Boletim do IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil*, São Paulo, nº 305, out. 2002, p. 39-47.

GONÇALVES, Augusto Penha. *Curso de direitos reais.* 2. ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 1993.

HENKES, Silvana Lúcia. Direito de superfície. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, nº 173, mar. 2004, p. 56-61.

LEAL, Rogério Gesta. A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1998.

_____. Direito urbanístico: condições e possibilidade da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIRA, Ricardo-Cesar Pereira. *Aspectos controvertidos do Código Civil*: escritos em homenagem ao Min. José Carlos Moreira Alves, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *O moderno direito de superfície (Ensaio de uma Teoria Geral).* Separata do vol. 35 da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979.

MARICATO, Erminia. O que fazer com a cidade ilegal? *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, nº 52, ano 95, p. 19-31, jan./jun. 2002.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano – ambiental brasileiro.* 2. ed. rev., atual. e ampl. (de acordo com o Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/01 – e com o Código Civil, Lei nº 10.406/. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. O Estatuto da Cidade: Anotações à Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Direitos reais limitados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROLNIK, Raquel. Plano diretor Estatuto da Cidade. Instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, nº 52, ano 95, p. 11-18, jan./jun. 2002.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito de superfície recriado pela Lei 10.257, de 10.07.2001. *Revista de direito imobiliário*, São Paulo, nº 51, ano 24, p. 46-56, jul./dez. 2001.

_____. *O direito real de superfície.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. Comentários ao Código Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIREITO À MORADIA EM ÁREA URBANA

Miriam Fontenelle*

RESUMO

O direito à moradia em área urbana é um direito fundamental disciplinado em Tratados Internacionais, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e normas infra-constitucionais. Este princípio constitucional é conciliado com a função social da propriedade urbana também previsto no texto constitucional, no Estatuto da Cidade e no Código Civil. O desafio deste século será a implementação do direito à moradia para população de menor renda estabelecido na Lei do Sistema Nacional de Habitação por Interesse Social.

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS HUMANOS; DIREITO À MORADIA; POPULAÇÃO DE MENOR RENDA; FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.

ABSTRACT

The right to live in an urban area is disciplined in International Treaties, in the Brazilian Constitution of 1988 and in the ordinary norms. This constitutional principle is conciliated with the social function of the urban property also foreseen in the constitutional text, the City Statute and the Civil Law. The challenge of this century will be the implementation of the housing right for lower-paid population established in the Law of National System of Habitation for Social Interest.

KEYWORDS: HUMAN RIGHTS; HOUSING RIGHT; LOWER-PAID POPULATION; SOCIAL FUNCTION OF THE URBAN PROPERTY.

* Doutora em Direito pela UERJ. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – na Faculdade de Direito de Campos, RJ.

Introdução

Os Estados Democráticos de Direito aderiram aos principais pactos internacionais sobre direitos humanos, reconhecendo-os como direitos fundamentais em suas Constituições. Entretanto, em que pese esta evolução ocorrida no que diz respeito ao conteúdo dos direitos fundamentais, representados em suas diversas dimensões de direitos, que atua como sinalizador de sua transformação histórica, verifica-se que neste século XXI e em plena era tecnológica, da informatização e da globalização, ainda engatinha na solução de diversas questões e desafios, dentre eles, o direito à moradia em área urbana, especialmente para a população de menor renda.

O direito à moradia constitui um direito fundamental do ser humano. Este princípio jurídico encontra respaldo na própria Constituição da República Federativo do Brasil de 1988 – CRFB/88, que no Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, englobou os capítulos I e II concernentes aos direitos e deveres individuais e coletivos, e aos direitos sociais, nos quais o direito à moradia foi inserido através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

O artigo 5º da Carta Magna assim determinou que todos somos iguais perante a lei, com a garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A nova redação do artigo 6º, introduzida pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, trata do tema expressamente, ao afirmar que: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Na visão de Sarlet[1], a diferença entre "direitos fundamentais" e "direitos humanos" reside no fato de que o primeiro é aplicado no âmbito do direito constitucional de cada Estado-Nação, enquanto o segundo é comumente assim denominado na esfera do direito internacional.

Já para José Afonso da Silva, direitos fundamentais:

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 29.

> […] além de referir-se a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ela concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual que devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.[2]

Desta forma, os direitos fundamentais do homem ou direitos humanos fundamentais significam que o respeito à dignidade da pessoa humana constitui o dever do Estado de garantir a todas as pessoas o direito à educação, à saúde e à moradia, em especial àquelas de menor renda, direito este garantido constitucionalmente e regulamentado pela Lei no. 11.124, de 16 de maio de 2006, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS.

Esta lei tem como objetivos:

> i. viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;
> ii. implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e
> iii. articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

Foram ainda previstos como fundamentos de atuação do SNHIS, a moradia digna como um direito de inclusão social, calcada em processo democrático, descentralizado, transparente e com controle social. As diretrizes a serem seguidas para o acesso à habitação de interesse social para as pessoas de menor renda são a prioridade a planos, programas e projetos nesta questão, utilização prioritária de incentivos na área de infraestrutura, o assentamento em terrenos públicos e a sustentabilidade econômica, financeira, social e ambiental. Para a concretização deste sistema existem recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e outros, que são geridos pelo Conselho Gestor do FNHIS.

Tem-se legislação e recursos financeiros para implantar o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, compatibilizada com a CRFB/88, o Código Civil, o Estatuto da Cidade e os Planos Diretores dos Municípios que o elaboraram. Resta o desafio da vontade política – para o desenvolvimento sócio-econômico do Brasil, necessariamente tem-se que investir em políticas públicas de interesse social.

1. Retrospectiva do direito fundamental de moradia

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, consagrou os direitos fundamentais de modo universalista, uma vez que os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade proclamados na França deveriam ser aplicáveis a toda a humanidade. A doutrina caracteriza esses direitos como sendo de primeira dimensão.

A dificuldade em se aplicar o conceito de igualdade conclamado pela Revolução Francesa teve sua fase crítica com a era da industrialização e com o aumento das crises sociais. Em face dessa situação, requeria-se do Estado uma maior intervenção de modo a efetuar uma distribuição de riquezas mais igualitária. O instrumento jurídico vislumbrado para a realização dessa política mais distributiva encontrava-se no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais. Estes seriam então os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, entre os quais o direito à moradia está presente.

Os países precursores da inserção dos direitos sociais em suas ordens jurídicas internas foram o México,[3] em 1917, e a Alemanha,[4] em 1919. Nesse contexto, o Estado se posiciona de forma ativa, de modo a garantir esses direitos sociais aos indivíduos. Na visão de Enrique Levandowsky:

> [...] justamente para atender os anseios e necessidades desse novo homem é que o Estado foi obrigado a abandonar o seu posicionamento passivo e assumir um papel mais ativo, notadamente após a Primeira Guerra Mundial. Surgiu, assim, o estado intervencionista, planejador, em detrimento do Estado Liberal de Direito, eminentemente abstencionista. Nas sociedades industriais mais avançadas fala-se inclusive, no Welfare State, no Estado ativamente voltado ao bem-estar de seus cidadãos. O novo papel desse Estado consiste, basicamente, em promover

[3] Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917.
[4] Constituição da República Alemã ou Constituição de Weimar, de 14 de agosto de 1919.

> os direitos econômicos e sociais, isto é, de colocar em prática uma vasta gama de prestações positivas em benefício da coletividade. [5]

Os direitos difusos ou coletivos encontram-se também no rol dos direitos fundamentais, caracterizando os direitos fundamentais de terceira dimensão. Segundo Sarlet[6]:

> Os direitos fundamentais de terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na CRFB/88, é, portanto, um direito fundamental de terceira dimensão, enquanto o direito social à moradia insere-se no de segunda dimensão. Uma vez considerados direitos fundamentais do ser humano, ambos precisam ser respeitados e, para tanto, hão de conviver pacificamente no espaço e no tempo.

A resolução de eventuais conflitos existentes entre esses dois direitos pode se dar mediante a aplicação do conceito de função socioambiental da propriedade, contudo, quando ambos os direitos são violados por meio de, por exemplo, invasões de áreas ambientais protegidas por aqueles que não possuem recursos financeiros para residir em locais regulares, a situação torna-se ainda pior, incumbindo ao Poder Público a solução para este conflito.

Ao lidar com direitos fundamentais, a grande dificuldade que se apresenta concerne à sua aplicabilidade, já que no caso brasileiro muitos deles têm respaldo constitucional, porém são expressos no texto de modo tão genérico, que se tornam frágeis no tocante à imposição do cumprimento normativo.

Segundo José Afonso da Silva[7], todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata, podendo apresentar, contudo, variações em relação à sua efetividade.

---

[5] LEVANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 63.
[6] SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. cit.*, p. 50.
[7] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 2000.

O próprio artigo 5º da Constituição Federal supramencionado, em seu §1º, atesta que as normas garantidoras de direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Tal característica dos direitos fundamentais é altamente relevante perante o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que nenhuma norma hierarquicamente inferior à Constituição poderá contrariar este direito e, ainda, representa um elemento essencial a ser considerado quando da interpretação de outros atos normativos.

Não obstante, importa ressaltar que a maior dificuldade em se garantir o direito fundamental à moradia reside no fato de que o Estado não dispunha de recursos e mecanismos para assegurar tal direito, e atualmente questiona-se a vontade política estatal na implantação do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Por outro lado, não se pode impor a alguns particulares que tomem para si a responsabilidade de prover moradia para o resto da população. O grande desafio a essa questão é de ordem político-econômica, já que compete ao Estado conceder incentivos, bem como elaborar políticas e normas que, de um modo integrado, atendam a tão urgente e grave demanda da sociedade.

2. A questão urbana

A questão habitacional constitui um dos problemas urbanos mais graves no Brasil. Cerca de 80% da população brasileira vive nas cidades. [8] Esta situação não é exclusiva da realidade brasileira. A tendência mundial à urbanização gera inúmeros problemas associados à falta de moradia adequada para a população em constante crescimento. Na tentativa de solucionar ou minorar tais problemas, diversos encontros internacionais foram realizados com a interveniência da Organização das Nações Unidas, nos quais o direito à moradia foi ressaltado como um direito humano que deve ser assegurado pelos Estados.

Em 24 de janeiro de 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que fôra adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, que em seu artigo 11 assim dispôs:

[8] SAULE JÚNIOR, Nelson. Direito à cidade: *trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 63.

> Os Estados-partes no presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

A Organização das Nações Unidas – ONU possui uma agência responsável pelos assentamentos humanos denominada UN – HABITAT (*United Nations Human Settlements Programme*). Importa ressaltar que os programas da ONU referentes a essa questão promovem o desenvolvimento sustentável de cidades, levando em consideração a proteção do meio ambiente.[9]

Duas conferências das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos marcaram a história da Organização na luta por melhores condições de vida da população: a HABITAT I, realizada em Vancouver, Canadá, entre os dias 31 de maio a 11 de junho de 1976, que originou a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos; e a HABITAT II, realizada em Istambul, Turquia, entre os dias 3 a 14 de junho de 1996, originando a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, bem como a Agenda Habitat.[10]

A Agenda Habitat, que reconhece que o direito à moradia constitui um direito humano, contém mais de cem compromissos e seiscentas recomendações sobre questões relacionadas aos assentamentos humanos.

De acordo com a Agenda Habitat, habitação adequada significa:

> 1. (...) adequada privacidade, adequado espaço, acesso físico, adequada segurança incluindo a garantia de posse, durabilidade e estabilidade da estrutura física, adequada iluminação, aquecimento e ventilação.
> 2. Adequada infra-estrutura básica, fornecimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos.
> 3. que todos esses componentes tenham um custo acessível para todos.

[9] Os principais documentos da ONU referentes ao tema são os seguintes: Vancouver Declaration on Human Settlements; Habitat Agenda; Istanbul Declaration on Human Settlements; Declaration on Cities and Other Human Settlements in the New Millenium; e a Resolução da Assembléia Geral n. 56/206.
[10] Título original: Habitat Agenda.

Uma das grandes preocupações das Nações Unidas é com relação à alta densidade demográfica dos centros urbanos aliada às baixas condições de vida de grande parte da população.[11]

A percepção de que todos os problemas sociais e ambientais são interligados tem aumentado, gerando a necessidade de uma abordagem holística da questão, conforme sugere a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, bem como a Seção IV C-5 da Agenda Habitat, relativa ao Desenvolvimento Sustentável dos Assentamentos Humanos em um Mundo Urbano.

Algumas das recomendações dos documentos supramencionados são: a elaboração de estudos ambientais e estudos de impacto ambiental para planos e projetos de desenvolvimento que afetem significativamente a qualidade do meio ambiente; a incorporação de princípios e estratégias contidos na Agenda 21 de um modo integrado, tais como: o princípio da precaução, o princípio do poluidor pagador, o princípio da prevenção à poluição e a aplicação de uma abordagem ecossistêmica; a promoção da conservação e do uso sustentado da biodiversidade existente no perímetro urbano; a ampla participação de todas as partes interessadas no planejamento espacial, dentre outras.

Ainda de acordo com a Agenda 21, mais especificamente, o item 6 do capítulo 7, ficou estabelecido que "o acesso a uma habitação sadia e segura, é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações de âmbito nacional e internacional".

Em setembro de 2002 foi realizada a Rio + 10 (World Summit on Sustainable Development) em Joanesburgo, onde foi elaborado um plano de implementação dos compromissos assumidos pelas Nações em 1992, durante a Rio 92. Esse plano de implementação abordou a necessidade de erradicação da pobreza, bem como a de se promover a urbanização sustentável.

Uma vez que o direito à moradia constitui um direito humano, importa ressaltar a peculiaridade que os tratados e convenções sobre direitos humanos apresentam que os diferem dos demais. Esses tratados versam sobre os direitos da pessoa humana e não sobre

[11] Um quarto da população vive abaixo da linha de pobreza (United Nations General Assembly Resolution: A/RES/S-25/2).

os interesses das Nações, portanto, não discorrem sobre obrigações entre Estados, e sim sobre obrigações dos Estados para com o indivíduo. Neste sentido é o entendimento de Antonio Augusto Cançado Trindade:

> [...] os tratados de direitos humanos são distintos dos tratados do tipo clássico que incorporam restritivamente arranjos e concessões recíprocos; os tratados de direitos humanos prescrevem obrigações de caráter essencialmente objetivo, a serem garantidos e implementados coletivamente, e enfatizam a predominância de consideração de interesse geral ou ordre public que transcendem os interesses individuais das Partes Contratantes.[12]

As declarações internacionais, apesar de não apresentarem efeito vinculante na teoria, passam a obrigar as Nações, na medida em que muitas delas serviram de base e fundamentação para a elaboração de convenções internacionais. Como exemplo disto, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que em seu artigo XXV assim dispõe:

> Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A Declaração e Programa de Ação de Viena adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993, afirma que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. Diante disto, todos os direitos individuais proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos devem ser observados pelos Estados de modo integrado. A partir do momento em que se constata que um dos elementos fundamentais para a efetividade do direito à saúde é se ter um meio ambiente ecologicamente em equilíbrio, não podemos afastar a idéia de que o direito ao meio ambiente sadio também constitui uma obrigação do Estado para com as pessoas humanas. Deste modo, mais uma vez se conclui que o direito à moradia, bem como todos os demais direitos sociais, e o direito ao meio ambiente equilibrado, são direitos complementares, interligados e indivisíveis.

---

[12] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Evolução e fortalecimento da proteção internacional dos direitos da pessoa humana em sua ampla dimensão. In: *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. IIHD – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Brasília, 1992. p. 43.

Afirmar, simplesmente, que a todos é assegurado o direito à moradia, deixa margem às mais diversas interpretações. Na visão de Nelson Saule Júnior,

> [...] esta obrigação não significa que o Estado Brasileiro deve prover uma moradia (uma casa) para cada cidadão. Essa obrigação na verdade tem dois aspectos. Um de caráter imediato de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificultem ou impossibilitem o exercício do direito à moradia.[...] Outro aspecto da obrigação do Estado Brasileiro de promover e proteger o direito à moradia é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado referentes à política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tributários, dispor sobre os regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia. [13]

Neste sentido, a já mencionada Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976) estabelece algumas diretrizes para que os Estados cumpram com a obrigação de assegurar o direito à moradia, tais como:

> Adequada habitação e serviços são um direito humano básico, pelo qual coloca como obrigação dos Governos assegurar a realização destes para todas as pessoas, começando com assistência direta para os menos avantajados através de programas de ajuda mútua de ações comunitárias, os Governos devem se empenhar para remover todos os obstáculos que impeçam a realização destas metas. De especial importância é a eliminação da segregação social e racial, inter alia, através da criação de comunidades melhores equilibradas, com a combinação de diferentes grupos sociais, ocupações, moradias e amenidades.

E ainda:

> As ideologias dos Estados são refletidas por suas políticas de assentamentos humanos. Estas por serem instrumentos poderosos para mudanças, não podem ser utilizadas para despossuir pessoas de suas casas ou terra ou para manter privilégios e exploração. As políticas de assentamentos humanos devem estar em conformidade com a declaração de princípios e a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Cumpre mencionar que um dos mecanismos utilizados pela CRFB/88 para assegurar o direito à moradia foi a instituição do usucapião urbano, previsto em seu artigo 183, segundo o qual, "aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". Vale ressaltar que este dispositivo não se aplica a bens

[13] SAULE JÚNIOR, Nelson. *Op. cit*., p. 78.

públicos. Não é somente a Constituição que se refere ao usucapião especial, tal previsão normativa se encontra presente também na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), em seu artigo 9º, bem como no Código Civil de 2002, no seu artigo 1240. O Estatuto da Cidade vai mais além no conceito de usucapião especial individual e institui, em seu artigo 10, o usucapião especial coletivo. Este se dá quando uma população de baixa renda ocupa para moradia, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, onde não seja possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor.

Não obstante as disposições normativas a respeito da questão, infelizmente, o nosso país ainda está muito longe de assegurar o direito à moradia de modo efetivo e adequado de forma a cumprir com os princípios constitucionais e com as normas de direito internacional das quais é signatário, embora tanto a CRFB/88[14], como o Código Civil[15].

3. A função social da propriedade urbana

A propriedade urbana cumprirá com a sua função social quando se submete às exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, que deverá garantir o pleno desenvolvimento das finalidades sociais da cidade e garantir o bem-estar das pessoas.

A CRFB/88 enunciou em seu artigo 5º, inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social. Em seu artigo 170, incisos II e III ressaltou tal idéia ao afirmar que constituem princípios da ordem econômica a propriedade privada e a função socioambiental da propriedade.

A importância que se dá à função social da propriedade provém da necessidade de se garantir uma vida digna à coletividade, assegurando a efetividade dos direitos fundamentais, quais sejam: econômicos, sociais, políticos e ambientais.

[14] Artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, inciso II e artigo 182, § 2º da CRFB/88 trouxeram o princípio da função social da propriedade urbana.
[15] Artigo 1228, § 1º, do Código Civil esclarece que a propriedade tem três funções: a econômica, a social e a ambiental.

Neste contexto, cumpre ressaltar as tão nobres palavras de Leon Duguit[16] sobre a importância de a propriedade atender a sua função social:

> A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

As cidades têm crescido em um ritmo muito acelerado, em que é fácil perceber irregularidades no que concerne à ocupação e ao ordenamento do solo. Diante disto, torna-se imperioso um ordenamento eficaz, uma vez que o bem coletivo é ameaçado constantemente pelas ações abusivas de alguns indivíduos.

No Brasil, a Lei federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, instituiu o Estatuto da Cidade, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana. Algumas das diretrizes que devem ser observadas na implementação da política urbana, tal como previstas no artigo 2º. desta lei, são, dentre out*ras, as seguintes:*

> i. a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
> ii. proteção do meio ambiente natural e constituído do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
> iii. regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

Dos itens supracitados percebe-se que os direitos sociais, tais como o direito à moradia, à saúde, ao lazer, bem como ao meio ambiente equilibrado, são elementos intrínsecos à política urbana que deve se moldar, respeitando, sempre, os parâmetros socioambientais. Daí vem a obrigatoriedade de que a propriedade urbana cumpra a sua função social e ambiental, ou seja, os três níveis de governo: o federal, estadual e municipal são responsáveis pelo direito a cidades sustentáveis.

[16] DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionel*, t. 3.

O parágrafo 2º do artigo 182 da CRFB/88, referente à política urbana, faz menção à função social da propriedade urbana por meio do atendimento ao disposto no respectivo Plano Diretor Municipal.[17]

O artigo 40 da Lei nº 10.257/2001 afirma que o Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. Importante notar que, a partir da edição dessa Lei, a obrigatoriedade constitucional da existência de um Plano Diretor nos municípios com mais de vinte mil habitantes tornou-se mais efetiva, na medida em que os prefeitos que não submetessem os planos para aprovação da Câmara Municipal até o dia 6 de outubro de 2006 estariam incorrendo nas sanções relativas à improbidade administrativa.[18]

Importa ressaltar que a referida Lei 10.257/2001 alterou a Lei nº 7.347/85, e contemplou a Ação Civil Pública, inclusive cautelarmente, como um instrumento jurídico que pode ser utilizado para a imposição da ordenação urbanística. Assim, o Ministério Público e outras entidades previstas nesta Lei podem interpor Ação Civil Pública cautelar obrigando a aprovação do Plano Diretor.

Toshio Mukai[19] comenta tal possibilidade, afirmando:

> Dir-se-ia que esta conclusão e essa possibilidade seria inconstitucional, posto que não poderia o Poder Judiciário obrigar a Câmara Municipal a legislar, pois isto violaria o princípio da separação de Poderes. Entretanto, a conclusão se lastreia em outro princípio fundamental, ou seja, no da função social da propriedade (art. 170, III, da CF) que somente se concretiza quando a propriedade urbana cumpre as exigências do Plano Diretor (§2º, do art. 182, da CF) e, se este é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes (art. 182, §1º), tal obrigatoriedade impõe e acaba por completar a estrutura jurídico-constitucional do princípio da função social da propriedade. Daí a conclusão retirar do próprio texto constitucional seu fundamento e validade.

O artigo 42 da lei em questão determina que:

> [...] o plano diretor deverá conter no mínimo: I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerada a existência de infra-estrutura e de demanda para a utilização, na

[17] O Plano Diretor Decenal da Cidade do Rio de Janeiro foi instituído pela Lei Complementar n. 16, de 4 de junho de 1992.

[18] O artigo 41 do Estatuto da Cidade acrescentou outros requisitos para a elaboração do Plano Diretor, além dos vinte mil habitantes: os integrantes das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; aqueles onde o Poder Público Municipal pretende utilizar os instrumentos previstos no § 4º. do artigo 182 da CRFB/88; os integrantes de áreas de especial interesse turísticos e os inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental regional ou nacional.

[19] MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 207.

> forma do art. 5º desta Lei; II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei; III – sistema de acompanhamento e controle.

Deste modo, o plano diretor deve dispor sobre o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o exercício do direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, as operações urbanas consorciadas e a transferência do direito de construir.

Não obstante a Lei Federal ter disposto sobre o conteúdo mínimo, vale ressaltar que o plano deve ser elaborado em consonância com as diretrizes gerais supramencionadas, as quais fundamentam a função socioambiental da propriedade.

Segundo o entendimento de Pedro Escribano Collado:

> [...] o direito do proprietário está submetido a um pressuposto de fato, à qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de natureza variável, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração.[20]

Deste modo, por ser a atividade urbanística uma função pública e vinculada da Administração, compete a esta estabelecer os direitos bem como as restrições que recairão sobre a propriedade. Uma vez que compete à Administração zelar pela boa qualidade de vida da sociedade, isto é pelo interesse público, e já que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim como a efetivação dos direitos sociais constituem elementos fundamentais garantidores da boa qualidade de vida, a propriedade poderá sofrer restrições de uso determinadas pelo Poder Público de modo a cumprir sua função social.

A função social da propriedade já era vislumbrada por Celso Antonio Bandeira de Mello desde antes da Constituição Federal de 1988, ao afirmar que:

> Numa primeira acepção, considerar-se-á que a 'função social da propriedade' consiste em que esta deva cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las).
> À expressão 'função social da propriedade' pode-se também atribuir outro conteúdo, vinculado a objetivos de justiça social; vale dizer, comprometido com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada – como é o caso do Brasil – no qual o acesso à propriedade e o uso dela sejam orientados no

[20] COLLADO, Pedro Escribano. *La propriedad privada*. Madri, 1979.

> sentido de proporcionar ampliação de oportunidades a todos os cidadãos independentemente da utilização produtiva que porventura já esteja tendo. [21]

Após a Constituição de 1988, o princípio da função social da propriedade ficou explícito, orientando a aplicação das normas relacionadas com o tema e tornando obrigatória a sua aplicabilidade, sobretudo depois da publicação do Estatuto da Cidade e do Código Civil de 2002.

Para concluir, vale lembrar que na visão de Adilson Abreu Dallari, "o princípio da função social da propriedade é a idéia central que confere coerência e racionalidade ao sistema de atos normativos e administrativos que visam a organização conveniente de espaços habitáveis".[22]

Deste modo, os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, como os planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território; planejamento das regiões metropolitanas; planejamento municipal; institutos tributários e financeiros; institutos jurídicos e políticos e estudo prévio de impacto de vizinhança, devem ser utilizados pelos órgãos públicos incumbidos de ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O parágrafo único do artigo 1º do Estatuto da Cidade estabelece que suas normas têm como finalidade o atendimento da ordem público e do interesse social regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar das pessoas. Já o inciso XIV do artigo 2º da referida lei prevê a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e de normas ambientais.

A Lei no. 11.124/2006, que instituiu o programa de Habitação Popular de Interesse Social e a legislação ambiental, em especial, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, o Código Florestal, a Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação e a Lei da Mata Atlântica, que tratam da proteção ambiental compatibilizada com o assentamento de

---

[21] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público*.RDP 84/43-44. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

[22] DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 75.

população de menor renda, através da apresentação da avaliação de impacto ambiental, que fundamentará a licença ambiental de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras complementam a legislação ora analisada.

Considerações Finais

O direito à moradia é um direito fundamental, sendo tratado constitucional e legalmente no Brasil, mas com pouca efetividade. A falta de programas habitacionais, juntamente com a omissão relacionada à educação e à saúde trouxe sérios problemas no que concerne à aplicação dos direitos fundamentais, além dos problemas de favelização, segurança e degradação ambiental nos grandes centros urbanos.

Os Municípios que elaboraram seus Planos Diretores, com o reconhecimento de seus problemas e o planejamento para encaminhar as soluções tecnicamente estão capacitados para o cumprimento da função social da cidade. No que tange à questão de programas habitacionais, atualmente está em vigor a Lei da Habitação de Interesse Social com recursos, diretrizes, órgãos e princípios capazes de encaminhar a solução do direito à moradia para todas as pessoas de menor renda. Compete a nós, sociedade, pressionar os governos para a implantação deste programa, em atendimento à função social da propriedade urbana.

Referências

COLLADO, Pedro Escribano. *La propriedad privada*. Madri, 1979.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade* (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. t. III, Paris: E. D. Boccard, 1930.

LEVANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Novos aspectos da função social da propriedade no direito público.*RDP 84/43-44. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano-ambiental brasileiro.* 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAULE JÚNIOR, Nelson. Direito à cidade: *trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Evolução e fortalecimento da proteção internacional dos direitos da pessoa humana em sua ampla dimensão. In: *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras. IIHD – Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, Brasília, 1992.

DIREITO DE PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: OS DESAFIOS PROPOSTOS PELO ESTATUTO DA CIDADE

Norma Sueli Padilha[*]

Rosangela Vecchia[**]

RESUMO

O presente estudo examina aspectos do Direito de Propriedade como direito fundamental, de caráter privado e individual diante das limitações impostas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1988, quando prevê a Função Social da Propriedade. Busca, nos elementos constitutivos do Estado Moderno, o instituto da propriedade como direito fundamental para assim confrontá-lo com as exigências que se criaram sobre a propriedade quando dela passou-se a exigir que atenda à sua função social. Examina o conflito entre os interesses individuais e os interesses coletivos no mundo moderno e sua expressão nos ordenamentos jurídicos. Reflete sobre as mudanças significativas que a Constituição de 1988, o Novo Código Civil e, especialmente, o Estatuto da Cidade trouxeram para o instituto da propriedade privada no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DE PROPRIEDADE, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS, ESTADO MODERNO, INDIVÍDUO E COLETIVIDADE.

ABSTRACT

The present study examines aspects of Propriety`s Right as fundamental right, of private character and individual in the presence of limitations imposed by ordering brazilian legal, since of 1988`s Constitution, when predicts the Social Function of the Propriety. Searches, in the constitutive elements of Modern State, the institute of propriety as fundamental right to so confront it with the requeriments that created about the propriety when it passed itself the to demand that attends to the social function. Examines the conflict between the individual and collective interests in the modern world and your expression in the legal orderings. Reflects about the significant changes that the 1988`s Constitution, the Code New and, specially, the City Statute brough to the institute of private propriety in the Brazil.

[*] **Norma Sueli Padilha** é Doutora em Direito pela PUC – SP, Professora do Mestrado do UNIVEM – Marília; Professora Adjunta da UFMS.

[**] **Rosangela Vecchia** formada em Administração Pública pela FGV-SP e Direito pelo UNITOLEDO – Araçatuba; participa do Mestrado do UNIVEM – Marília; Professora do UNITOLEDO – Araçatuba

KEYWORDS: PROPRIETY RIGHT, SOCIAL FUNCTION OF THE PROPRIETY, DIFFUSE AND COLLECTIVE RIGHTS, MODERN STATE, INDIVIDUAL AND COLLECTIVITY

INTRODUÇÃO:

Propriedade deriva de próprio, evoca a idéia de pertencer. É direito individual e exclusivo. Identifica o poder que o indivíduo tem sobre determinada coisa. É direito real amplo e complexo, que pessoa física ou jurídica têm, dentro dos limites da lei, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo; bem como de reavê-lo de quem, injustamente, o detenha ou possua. Instituição fundamental da vida econômica, legalmente protegida em benefício do proprietário, assegurando a este, que é seu titular, a possibilidade de dispor da coisa livremente, fruindo-a a seu modo ou alienando-a quando e como melhor lhe aprouver.É desta forma que a doutrina jurídica trata o instituto da propriedade.

Ao longo da história nem sempre foi assim, a propriedade privada já assumiu ora caráter individual, ora coletivo, numa relação direta com a sua função na vida econômica. Como ponto fundamental na organização das sociedades ocidentais capitalistas, o instituto da propriedade compõe a base de constituição do Estado Moderno.

O presente artigo pretende, ao examinar o instituto da propriedade no mundo moderno, identificar os amplos conflitos existentes entre os interesses individuais de usar, gozar e dispor do que é seu e os interesses coletivos de uma sociedade cada vez mais complexa. Para isso vai refletir especificamente sobre as mudanças significativas que a Constituição de 1988, o Estatuto da Cidade e Novo Código Civil trouxeram para o instituto da propriedade privada no Brasil, na medida que introduziram o princípio da Função Social da Propriedade.

1. A PROPRIEDADE NA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

A formação do Estado Moderno ocupa pelo menos três séculos na história da Europa. O pensamento político clássico vai acompanhar esse processo de formação a

partir do século XV, com Maquiavel até consolidar-se nas obras de Hobbes, Locke e Rousseau, autores cuja idéia central é a do Contrato Social que funda o Estado. Para sobreviver às ameaças da natureza, o homem primitivo, busca viver em sociedade. Na vida em sociedade surgem os conflitos de interesses e o homem abre mão da liberdade que tinha em "estado de natureza" e cria por "contrato" o Estado. A finalidade é de garantir e proteger o direito à vida e a propriedade. Do povo emana todo o poder do Estado e é a serviço dos interesses coletivos desse povo que o Estado deve agir. O conceito de Estado Moderno, de Direito pode assim ser expresso:

> O Estado é a organização política sob a qual vive o homem moderno. Ela caracteriza-se por ser a resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente. (BASTOS, 1999, p.34)

O Estado é a mais complexa das organizações criadas pelo homem. A formação do Estado Moderno corresponde a um longo período de transição, em que forças políticas e sociais emergentes procuravam seu espaço político, enquanto setores da nobreza lutavam para manter seu poder e seus privilégios.

As profundas transformações na Europa acompanham o declínio do modo de produção feudal e sua progressiva substituição pelo modo de produção capitalista. O crescimento do comércio fez nascer uma nova classe formada por ricos comerciantes - a burguesia. As Reformas protestantes confrontam o poder e a hegemonia da Igreja e do Papa. O feudalismo agoniza. As grandes navegações, o mercantilismo, a acumulação de riqueza na Europa criam as condições históricas para o desenvolvimento do novo modo de produção. O trabalho artesanal vai sendo, progressivamente, substituído pelo trabalho dividido. O artesão se transforma em assalariado. A burguesia, agora dona dos meios de produção, alcança poder econômico e, confronta as estruturas do "velho regime". O capitalismo nascente transforma a vida em sociedade e demanda novas formas de organização do Estado.

A descoberta do Novo Mundo amplia a geografia do planeta. Nasce a idéia de economia internacional. Os metais preciosos das colônias fluem para a Europa deslocando o eixo econômico da Itália no Mar Mediterrâneo para o Atlântico.

A época é desafiadora para os pensadores da ciência política. Autores cujo mérito reside na capacidade de jogar luz às estruturas de uma nova forma de

organização do Estado, em que a proteção da propriedade privada é posta como um dos seus pilares de sustentação.

É quando as instituições públicas assumem seus contornos contemporâneos: Estados soberanos, constituídos na forma da Lei, pela vontade do povo, através de seus representantes, em poderes divididos e autônomos. O poder político na modernidade deriva do povo. As coisas do Estado e da política são convenções humanas, como ensina Maquiavel.

Thomas Hobbes inaugura o pensamento jusnaturalista e contratualista de formação do Estado Moderno quando identifica o sentido das forças que emanam do indivíduo para constituir o Estado. Em sua obra clássica "O Leviatã" de 1651, Hobbes consolida sua posição histórica de grande teórico da soberania do Estado. Seu pensamento será direcionado à defesa da Monarquia e do poder do soberano. Poder concedido pelos homens, a fim de manter a paz e garantir a vida. Os homens criam e legitimam a soberania do Estado. É esse pensamento que irá conduzir a visão de Hobbes sobre a propriedade, oponível a terceiros, porém, não oponível ao soberano.(MELLO, in WEFFORT, 2000, p.195).

Dos autores clássicos da ciência política Locke é quem delimita com precisão a propriedade na visão liberal, base sobre a qual Estado Moderno irá funda-se. Partindo da teoria dos direitos naturais do homem, Locke descreve o "estado de natureza" onde os homens viveriam em perfeita liberdade e igualdade:

> Nesse estado pacífico os homens já eram dotados de razão e desfrutavam da propriedade que, numa primeira acepção genérica utilizada por Locke, designava simultaneamente a vida, a liberdade e os bens como direitos naturais do ser humano.(MELLO, in WEFFORT, 2000, p.85).

Os homens em "estado de natureza" vivem livres, iguais e independentes. Livres, porém, submetidos às leis da natureza, isto é, a razão. Cada um é livre para dispor de seu corpo; não se deve abusar dessa liberdade para prejudicar os demais; não é preciso atentar contra outros, tudo na natureza é abundante.

Amplo é o conceito de propriedade em Locke, "[...] o homem, sendo senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e das ações ou do trabalho que executa, teria ainda em si mesmo a base da propriedade".(MELLO, in WEFFORT, 2000, p.86). A propriedade em Locke já existe no "estado de natureza". A terra dada por Deus em

comum a todos os homens pode dela se tornar proprietário à medida que incorporar a ela o seu trabalho. Pelo trabalho o homem torna-se proprietário privado da terra, estabelecendo sobre o bem um direito “próprio” e “oponível” aos outros homens. “O trabalho era, pois, na concepção de Locke, o fundamento originário da propriedade”.(MELLO, in WEFFORT, 2000, p.86).

Nesse mundo natural de abundância e harmonia, baseado na razão, não haveria necessidade do Estado.

Agressões seriam atos insensatos e irracionais de indivíduos que renunciaram à razão. Os homens que agem de forma contrária à razão, transgridem as leis da natureza, devem ser condenados. Inicia-se, assim, o estado de guerra; guerra de alguns contra os demais. A paz só se alcança para rendição do criminoso e pela reparação dos danos causados. Só termina quando o último criminoso for rendido e isso perpetua o estado de guerra.

Para superar essa guerra sem fim, os homens desistem de aplicar as leis naturais com as próprias mãos e criam o Estado de Direito. Estado que tem por base as leis naturais, o jusnaturalismo.

Os homens renunciam à liberdade natural e entregam ao corpo político, formado no ato da renúncia e num pacto, o comando da sociedade. Fundam a comunidade representada pelo governo. Esse Estado terá direito de julgar e punir os criminosos.Terá o monopólio da força, usado para garantir a cada membro a sociedade: segurança, conforto e paz.

O homem pode acumular, o limite da propriedade era fixado pela capacidade de trabalho do ser humano. Os que não trabalham não acumulam bens. As leis regulam o direito de propriedade e constituições positivas determinam a posse da terra.

Qualquer que seja a forma de organização do Estado, “todo o governo não possui outra finalidade além da conservação da propriedade”. Propriedade aqui entendida no seu conceito mais amplo de vida, liberdade e bens. O Estado Moderno nasce, na visão de Locke, organizando seu arcabouço jurídico em torno da proteção ao instituto da propriedade.

Outro autor de grande contribuição nas teorias políticas no mundo moderno é Rousseau. Crítico contundente da hipocrisia social que reinava na decadente nobreza francesa irá buscar em sua obra os fundamentos de legitimidade para o pacto entre os

homens que dá origem ao Estado Moderno: o Contrato Social. Para Rousseau, a propriedade é fundamento do pacto social, onde cada um permanece com tranqüilidade no gozo do que lhe pertence (ROUSSEAU, 1999, p. 69 e 70):

> "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes."

A economia estruturada a partir da propriedade privada é determinante na organização do Estado Moderno. A propriedade na modernidade será entendida como um direito individual a ser protegido pelo Estado.

2. PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A história nos mostra que a propriedade privada já assumiu ora caráter individual, ora coletivo, numa relação direta com a sua função na vida econômica.

Para os povos primitivos a terra era sagrada, responsável pela subsistência e tinha caráter coletivo. Na Grécia antiga encontram-se registros de divisão de terras entre grupos familiares. É no Direito Romano que, pela primeira vez, se tem referência da propriedade como individual, absoluta e perpétua. Na Idade Média com o domínio da Igreja, o Direito Canônico tratou a terra como uma dádiva de Deus, um direito natural absoluto do homem. Na Revolução Francesa, quando se consolida o Estado Moderno, a propriedade passa a ser considerada como um dos pilares sobre os quais se estrutura o Estado. O Código de Napoleão, ao expressar as idéias da Revolução, considera a propriedade privada direito individual, absoluto e inviolável. As doutrinas socialistas retomam o caráter coletivo da propriedade, pressuposto de uma nova forma de organização da economia e da sociedade.

No Brasil, o Código Civil que vigorou no país de 1916 a dezembro de 2002 sofreu grande influencia do caráter liberal contido na legislação francesa e assim, moldou o instituto da propriedade com um forte caráter individual e inviolável.

No campo dos direitos humanos a propriedade será tratada no artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que consagrou o direito à

propriedade como um direito inalienável do ser humano. O artigo trata desse direito em duas dimensões: como garantia de subsistência e como garantia individual.

O direito de propriedade como meio de garantia de subsistência é o "direito à terra como fonte provedora das condições mínimas para que a família e a comunidade possam levar uma vida digna". Como garantia individual opõe-se "contra a arbitrariedade do Estado e de terceiros, contrapondo-se a idéia do arbítrio à da legalidade".(BASTOS, 2005, p.1). Ligado ao direito de propriedade está outro direito, o da dignidade humana que depende para existir do direito de uso dos bens da terra.

As concepções privativistas da propriedade, consolidadas em grande parte nas legislações civis das Nações modernas distanciam-se dessa visão que identifica propriedade como direito humano e, portanto como direito-meio capaz auxiliar na proteção e valores fundamentais e não um direito-fim de proteção do interesse individual, oponível a tudo e a todos.

Neste sentido, esclarecedor o artigo: Comentários ao Artigo 17º, do Ministro Márcio Thomaz Bastos, publicado pela Rede Direitos Humanos e Cultura:

> Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca reconhecida em doutrina – de que nem toda propriedade privada constitui um direito fundamental da pessoa humana, a merecer, por isso, uma proteção constitucional. Seria, com efeito, evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio sobre um latifúndio improdutivo, ou sobre uma gleba urbana não utilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode, sem ofensa à razão jurídica, ser incluída na categoria dos direitos humanos.

Posto como um direito básico do ser humano, o direito de propriedade ganha no mundo contemporâneo novas concepções. No Brasil as mudanças no ordenamento jurídico neste sentido são evidentes.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Todo o ordenamento jurídico do mundo contemporâneo adota os pressupostos de que há limites ao uso individual da propriedade, incorporando de forma definitiva a ***função social da propriedade***.

E o que vem a ser a Função Social da Propriedade?

A utilização e exploração da propriedade privada devem respeitar os interesses públicos, coletivos, sociais e também, a coexistência com outras propriedades. Ao uso e gozo ilimitado pelo direito individual, a sociedade moderna impõe limites racionais. Resultam esses limites da intervenção do Estado na defesa do bem comum. O direito à propriedade é individual, mas o uso está subordinado ao interesse coletivo.

Examinando a legislação em vigor no Brasil vamos encontrar referências da Função Social da Propriedade na Constituição de 1988, no Novo Código Civil que entrou em vigor em janeiro de 2003 e no Estatuto da Cidade.

Na Constituição Federal de 1988 há oito referências diretas à Função Social da Propriedade: artigo 5º, inciso XXIII; artigo 153, § 4; artigo 156, § 1; artigo 170, inciso III; artigo 182, § 2; artigo 184; artigo 185, parágrafo único e artigo 186. De todos essas referências duas merecem destaque: Artigo 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, cláusula pétrea que só pode ser alterada por novo poder constituinte prevê, em seu inciso III: ***"a propriedade atenderá a sua função social"*** e, Artigo 170, que trata da ordem econômica, onde devem ser observados vários princípios, entre ele o previsto no inciso III: ***"função social da propriedade"***.

O novo Código Civil Brasileiro, legislação que regulamenta o direito privado no país, aprovado em janeiro de 2002 e em vigor desde janeiro de 2003, substituiu o Código anterior de 1916. Uma leitura atenta do novo código vai mostrar as mudanças significativas ocorridas no Título III: Da Propriedade. O artigo 1228, § 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, do Novo Código, modifica de forma substancial os artigos 523 e 524 do Código anterior. A mudança reside, justamente, na Função Social da Propriedade, colocada de forma clara e na condição legal que permite, por exemplo, regularizar áreas de favelas em grandes centros urbanos.

Abaixo a reprodução do artigo 1228 e seus parágrafos:

> Artigo 1228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, à flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

> § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.
> § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição em caso de perigo público iminente.
> § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
> § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Um dos muitos problemas a que a Reforma Urbana proposta pelo Estatuto da cidade pretende resolver é justamente subordinar a propriedade privada urbana à sua função social. Não se trata, pois, de especular se o Estatuto da Cidade é Lei que vai ser aplicada ou não. A Reforma Urbana de que trata o Estatuto da Cidade está disseminada por todos os institutos de direito privado e por todo o ordenamento jurídico do país de forma organizada e profunda.

A Função Social da Propriedade é, pois, pressuposto da Reforma Urbana a ser implementada com base nas normas do Estatuto da Cidade, através do Plano Diretor de cada município.

4. OS DESAFIOS DA PROPRIEDADE NO ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade, Lei Federal n° 10.257 de 10 de julho de 2001, colocou na pauta dos temas municipais a Reforma Urbana. Determinou que os municípios enfrentem com responsabilidade a condução equilibrada do crescimento das cidades.

O Estatuto da Cidade está vinculado ao desenvolvimento urbano, fundado no cumprimento da função social da cidade. A Lei é produto de um longo processo de lutas populares, cuja origem remonta aos movimentos sociais por moradia nos grandes centros urbanos brasileiros. A esse movimento político denomina-se “Reforma Urbana”, sustentada por dois princípios fundamentais: a função social da propriedade e da cidade e a sustentabilidade de seu desenvolvimento.

Fazer valer esses princípios na organização das cidades é atribuição da comunidade como um todo, aí incluídos os poderes constituídos e a sociedade civil.

Ganha materialidade através do processo político de construção do Plano Diretor em cada um dos municípios brasileiros.Tarefa árdua para as cidades, que na grande maioria não possuem nenhum tipo de instrumento de regulamentação do seu espaço urbano, do uso e da ocupação do seu território, em especial.

As cidades no Brasil crescem de forma desordenada, ao sabor dos acordos que, por ação ou omissão, se estabelecem entre o poder público municipal e o setor imobiliário. Além de uma série de mecanismos de ocupação sem controle das periferias urbanas em loteamentos clandestinos, favelas e toda sorte de moradias precárias.

O Estatuto da Cidade tramitou por 10 anos no Congresso Nacional. A demora na promulgação da Lei dá a medida da sua importância e dos interesses que ela confrontou. Sancionada em julho de 2001 torna-se o grande instrumento regulador e definidor de diretrizes gerais da política urbana no Brasil. A Lei regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Com a promulgação do Estatuto, completou-se a base legal para implementação da Reforma Urbana, cabendo às comunidades e aos governos municipais, implementá-la em seus municípios respeitando as características locais.

Diferentemente de legislação tradicionais, o Estatuto não apresenta fórmulas ou receituário de passos a serem seguidos, muito comuns no passado quando predominou na política urbana a crença de um suposto planejamento urbano racional e salvador, capaz de garantir uma cidade perfeita e isenta de conflitos. Estabelece de forma clara e aberta, formas possíveis de diálogo entre planejamento e gestão, planejamento e política. Só tem sentido o ordenamento urbano quando a comunidade participa deliberando sobre a cidade que deseja.

O Estatuto ao tratar da ordem urbanística, chamando-a de meio-ambiente artificial, prevê diretrizes gerais capazes de promover o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. São elas:

> I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;
> II - gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III - cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;
IV - planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;
V - oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;
VI - ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:
a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua sub-utilização ou não utilização;
f) a deterioração das áreas urbanizadas;
g) a poluição e a degradação ambiental;
VII - integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento sócio-econômico do Município e do território sob sua área de influência;
VIII - adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;
IX - justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;
X - adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;
XI - recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;
XII - proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;
XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;
XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais;
XV - simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;
XVI - isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.

Além das Diretrizes gerais o Estatuto trouxe novos poderes para as Administrações Municipais, através de institutos tributários, financeiros, jurídicos e

políticos, no sentido de atender, especificamente, à função social da propriedade. Dentre esses instrumentos destacam-se os seguintes: parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo; desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública

As cidades brasileiras, na quase totalidade, apresentam quantidades expressivas e inaceitáveis de terrenos ociosos ao longo do espaço urbano; estocados em geral com fins especulativos. O proprietário aguarda a valorização do lugar, que virá em função da com a instalação de infra-estrutura básica e implantação de equipamentos urbanos essenciais realizados pelo poder público com os recursos de impostos pagos por toda a comunidade. É o dinheiro de todos que dá origem a valorização da propriedade de alguns.

As áreas destinadas à especulação imobiliária oneram o poder público municipal, uma vez que, a Prefeitura vê-se obrigado a atender reivindicações dos moradores de áreas desprovidas de toda e qualquer infra-estrutura. Reivindicação justa, mas, que acaba por dotar de serviços e equipamentos públicos também os terrenos ociosos existentes no caminho. A população mais carente é expulsa para os limites extremos dos perímetros urbanos inchados pelo interesse dos loteadores.

A lógica da especulação imobiliária reside na ação do proprietário que não investe em seu terreno e também não o vende, esperando que seu valor de mercado aumente ao longo do tempo, em virtude dos investimentos feitos na vizinhança pelo poder público e, também, por outros agentes privados.

Os prejuízos são divididos à toda população em função dos altos custos, por habitante, de instalação e manutenção dos equipamentos e serviços públicos. Quando muitos terrenos permanecem baldios no interior de bairros já consolidados ou quando, ao redor da cidade, se multiplicam loteamentos e conjuntos residenciais, dispersos, em áreas ainda não urbanizadas e distantes dos locais onde há oferta de empregos, comércio e serviços urbanos, o custo de infraestrutura é dividido por todos os habitantes que pagam seus impostos.

O artigo 182 da Constituição Federal, em seu § 4º, diz que é facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, nos termos do Estatuto da Cidade, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, de:

parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; imposto predial e territorial urbano progressivo no tempo; e a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública.

O principal objetivo destes três instrumentos, de aplicação sucessiva, é o combate à retenção de terrenos ociosos, ou seja, à especulação imobiliária. Principalmente, em setores da cidade que os terrenos são valorizados; dotados pelo poder público municipal de infraestrutura e serviços urbanos. O custo social de ação do poder público municipal de urbanizar a cidade, feita com o objetivo de privilegiar o interesse privado de alguns é incompatível com a supremacia do interesse público, princípio da administração pública.

O Estatuto da Cidade determina a criação de lei municipal específica para ordenar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado. Essa lei deverá fixar as condições e os prazos para implementação das obrigações impostas aos proprietários, aplicando-se em área incluída no Plano Diretor.

É considerado subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no Plano Diretor ou em legislação dele decorrente. O critério da subutilização aplica-se tanto as glebas passíveis de parcelamento – possibilitando ampliar o acesso à terra urbana para fins de moradia.

Com a aplicação deste primeiro instrumento, procura-se otimizar os investimentos públicos realizados e penalizar os usos inadequados, fazendo com que a propriedade urbana cumpra a sua função social. Além disso, poderá ser ampliada a oferta de imóveis no mercado imobiliário e promovido o uso e a ocupação de imóveis em situação de abandono, especialmente aqueles localizados na área central das grandes cidades.

A idéia central desse instituto é punir com um tributo de valor crescente, ano a ano, os proprietários de terrenos cuja ociosidade ou mau aproveitamento acarrete prejuízo à população. Aplica-se aos proprietários que não atenderam à notificação para parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

O objetivo é estimular a utilização socialmente justa e adequada desses imóveis ou sua venda. Neste caso, os novos proprietários se responsabilizarão pela adequação pretendida.

O IPTU progressivo no tempo está na seqüência das sanções previstas pelo art. 182 da Constituição Federal, que se vincula ao não cumprimento do parcelamento, edificação ou utilização compulsória.

A aplicação do imposto predial e territorial progressivo no tempo ocorrerá, segundo o Estatuto, mediante elevação da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos, tendo como limite máximo 15% do valor venal do imóvel. A efetividade desse instrumento punitivo depende da existência de um adequado sistema de cobrança de tributos municipais, sustentado por um cadastro imobiliário permanentemente atualizado.

Assim, o IPTU progressivo demanda por parte de poder público municipal uma boa organização dos departamentos de rendas e da existência de mecanismos de fiscalização e controle.

Determina a Lei que decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo no tempo, sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o poder público municipal poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

As áreas que chegarem a ser objeto de desapropriação, nesta seqüência de procedimentos, poderão servir para promoção de transformações na cidade, dentre elas, por exemplo, a implantação de unidades habitacionais ou a criação de espaços públicos para atividades culturais, de lazer e de preservação do meio ambiente; bem como a destinação de áreas para atividades econômicas voltadas à geração de emprego e renda para a população pobre.

A desapropriação somente poderá ser utilizada no caso de ineficácia das penalidades anteriormente citadas. Só nessas condições o poder público municipal poderá fazer uso da desapropriação, a fim de dar ao terreno ocioso a destinação socialmente mais adequada.

Outros instrumentos importantes se somam a estes três: direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; estudo de impacto de vizinhança; usucapião especial de imóvel urbano que, no conjunto, auxiliam na realização dos

princípios da Reforma Urbana. Não fazem parte, entretanto, do escopo do presente trabalho, limitado apenas as reflexões sobre a função social da propriedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As constituições brasileiras sempre garantiram o direito de propriedade. A concepção mais comum dos nossos doutrinadores sempre foi de que esse é um direito individual. A Constituição de 1988 explicitou de forma clara a garantia ao direito de propriedade como cláusula pétrea, porém, condicionou seu uso de forma expressa à função social.

A nova Lei sobre a ordem urbanística, o Estatuto da Cidade, determina a elaboração de Planos Diretores dos municípios, onde deverão aferir, nos limites do seu território, propriedades privadas que não esteja atendendo à sua função social. Essas propriedades deverão sofrer sanções até o limite da desapropriação.

O ordenamento jurídico no Brasil hoje, com relação ao instituto da propriedade, tem uma clara tendência de publicização, onde a finalidade da propriedade está condicionada em seu uso ao interesse público, coletivo e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLI, Wilson. **Teoria Geral do Estado**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 44ª ed. Porto Alegre: Globo, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BASTOS, Márcio Thomaz. **Comentários ao artigo 17º da Declaração de Direitos Humanos**. Artigo disponível em <http://www.dhnet.org.br>. Acesso em 29 nov.2005.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política.** 5ª ed. São Paulo: Editora UNB e Imprensa Oficial, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**, 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

HILDEBRAND, Antonio Roberto. **Nova Lei da Reforma Urbana e o Estatuto da Cidade**, 1ª ed. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

HOBBES, Thomas. **O Leviatã.** Coleção os Pensadores. Nova Cultural. São Paulo. Ed. 1999

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo Civil.** Coleção os Pensadores. Nova Cultural. São Paulo. Ed. 1999.

MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades alternativas para a crise urbana,** 1ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARX, Murillo. **Cidade Brasileira**. 1ª ed. São Paulo: Editora Melhoramentos, 1980.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira, 3ª ed. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **John Locke e o individualismo liberal**, in Clássicos da Política. Organizador: Francisco C. Weffort.13ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Isabel Cristina Eiras de. **Para compreender o Estatuto da Cidade,** 1ª ed. Rio de Janeiro: IBAM/DUMA, 2001.

PARDO FILHO, Milton. **Propriedade** – Trabalho de Pesquisa Científica, mimeo, mestrando PUC –SP, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social.**Volume I e II. Coleção os Pensadores. Nova Cultural. São Paulo. Ed. 1999.

SANTOS, Milton e Silveira, Maria Laura. **O Brasil Território e sociedade no início do século XXI**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

VILLAÇA, Flávio. **Espaço intra-urbano no Brasil**, 2ª ed. São Paulo: Studio Nobel, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Novo Código Civil, Texto Comparado,** São Paulo: Editora Atlas, 2002.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Paulo Fernando Duarte Ramos*

RESUMO

A regularização fundiária urbana no Brasil é mais um claro exemplo das dificuldades do Estado para cumprir e fazer cumprir os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais que o próprio, sob manifestação pura e legitima de autonomia cidadã, instituiu de modo a minimizar os efeitos excludentes de políticas públicas voltadas menos para o social e mais para interesses transnacionais e do poder econômico. Este poder que, mesmo não incluído no trinômio clássico da partição do poder estatal, cada vez mais ditas regras e rumos da decisão política, e dá sinais de interesse na questão. As providências, iniciativas e leis federais instituídas para solução dos problemas municipais, apesar de plenas em qualidade, adequação e oportunidade, esbarram num sem número de dificuldades comunicativas, naturais e previsíveis para um país continental, multifacetado e pluriarticulado, sem atingir com eficiência e eficácia a célula da cidadania, impedindo assim a realização plena do ideal democrático. Oportunizar uma participação interlocutória e emancipatória, de Estado e Sociedade, na direção de uma ação compartilhada é modo possível de alcançar resultados e efetivar o Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, AÇÃO COMUNICATIVA, INTERLOCUÇÃO, INTERAÇÃO.

RESUMEN

La regularización fundiaria urbana en Brasil es más un claro ejemplo de las dificultades del Estado, en todas sus formas, para cumplir y hacer cumplir los mandamientos constitucionales e infla constitucionales que él propio, so manifestación pura y legítima de autonomía ciudadana, instituyó de modo a minimizar los efectos excluyentes de políticas públicas vueltas menos para lo social y más para intereses trasnacionales y del poder económico. Este poder que, mismo no incluso en el trinomío clásico de la repartición del poder estatal, cada vez más dita las reglas y rumbos de la decisión política y da señales de interés en la cuestión. Las providencias, iniciativas y leyes federales instituídas para solución de los problemas municipales, a pesar de plenas en calidad, adecuación y oportunidad, desbarran en un sin número de dificultades comunicativas, naturales y previsibles para un país continental, multifacetado y pluriarticulado, sin atingir con eficiencia y eficacia la célula de la ciudadanía, impidiendo así la realización en plenitud de lo ideal democrático. Propiciar una participación interlocutoria y emancipatoria, de Estado y Sociedad, hacia una acción compartida, posibilita alcanzar resultados y efectivar el Estado Democrático de Derecho.

* Paulo Fernando Duarte Ramos é graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS; Especialista em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS; Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado.

PALABRAS CLAVE: REGULARIZACIÓN FUNDIÁRIA, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, ACCIÓN COMUNICATIVA, INTERLOCUCIÓN, INTERACIÓN.

SUMÁRIO – 1 Introdução. 2 A questão fundiária como falha comunicativa. 3 Aspectos da competência legislativa em matéria urbanística: leis que não atingem seus destinatários. 4 O interesse do poder econômico e a participação de novos atores. 5 Regularização fundiária em face dos princípios gerais do Estado Democrático de Direito. 6 Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A realidade fática da existência de questão fundiária, tida como problema nas comunidades urbanas deste país, mostra outra realidade, qual seja: a existência de modernos institutos jurídicos voltados para sua solução. É plausível que o distanciamento entre a proposta legal original e o devido alcance da realização das benesses que pretende deva ser atribuído a causas não exclusivamente ligadas à falhas no conteúdo normativo, nas ações públicas ou dos seus destinatários. Talvez seja atribuível ao âmago do modelo de solução proposto, demonstrando, ao encontro do que diz LEAL[1], *a tendência cada vez mais burocratizante e centralizadora do processo decisório que afasta desta sociedade a oportunidade de participação e debate sobre temas que lhe dizem respeito, constitui um problema para a consecução da sociedade democrática moderna.*

No país de dimensões continentais como o nosso, com pluralismo em todos os campos de significação e identificação cidadã, uma solução centrada, coatada e fundamentada em razão de justificação meramente econômica, onde segundo LEAL[2], *a questão que está a desafiar a imaginação política é o difícil problema de tornar comensurável a heterogeneidade inscrita na vida social.* Certamente não se alcançará destinos diversificados na sua totalidade, sem este entendimento. Neste distanciamento temos ruídos de comunicação, isso quando se consegue comunicação, ou nada no mais das vezes e onde mais se necessita. A realidade urbana do interior do Piauí é muito mais grave e premente que no interior de qualquer estado do sul do país, pari passu, a capacidade de alcance, no sentido de eficácia e eficiência da decisão formatada no planalto central, é negativamente proporcional à razão

[1] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade – novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. (pág.28)
[2] Op. cit, p.34

geométrica dos quilômetros que separam os dois mundos da vida[3]. E não se pode falar somente em distanciamento geográfico, mais importante, a distância lingüística é que dita a regra, e a distância econômica se atrela e agrava a situação.

Paradoxalmente temos o que se considera uma avançada Carta Política, especialmente no sentido social e material, com instituições de grande magnitude. Na questão dos princípios, direitos e garantias fundamentais individuais, poucos são os países que alcançam tal amplitude[4]. Temos garantido até mesmo o direito a nada fazer[5], a ponto deste parecer ser aquele que mais tem sido praticado. O paradoxo está em que o avanço institucional, constitucional e infraconstitucional, não corresponde à realidade cotidiana, especialmente nos núcleos urbanos e suas periferias (de)formados a partir da promessa ilusionista do milagre brasileiro.

A partir da constatação da existência de um elevado número de unidades habitacionais, e respectivos moradores, que se encontram na, digamos, clandestinidade e ilicitude, bem como o constante incremento de *bidonvilles*[6], visíveis somente em virtude dos demais problemas sociais decorrentes e correlatos, tais como a criminalidade e violência, e quando então o etéreo poder econômico, ao notar a potencialidade, passou a tecer estratégias para alcançar este universo, agora olhado como filão de negócios, é que começaram a surgir modelos curativos[7].

---

[3] Jürgen Habermas usa o conceito de "mundo da vida" , explica GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. SP: Loyola, 2004, p 137, que: *o mundo da vida possui duas dimensões distintas; de um lado, ele se refere a um reservatório de tradições implicitamente conhecidas e de pressupostos automáticos que estão imersos na linguagem e na cultura e são utilizados pelos indivíduos na sua vida cotidiana. Por outro lado, o mundo da vida, contém três componentes estruturais distintos: a cultura, a sociedade e a personalidade. Na medida em que os atores se entendem mutuamente e concordam sobre sua condição, eles partilham uma tradição cultural. Na medida em que coordenam suas ações por intermédio de normas intersubjetivamente reconhecidas, eles agem enquanto membros de um grupo social solidário. Os indivíduos que crescem no interior de uma tradição cultural e participam da vida de um grupo internalizam orientações valorativas, adquirem competência para agir e desenvolvem identidades individuais e sociais. A reprodução de ambas as dimensões do mundo da vida envolve processos comunicativos de transmissão da cultura, de integração social e de socialização*.

[4] Prova irrefutável é a Constituição da República Federativa do Brasil - CF/88, que em seu art. 5º conta com 76 (setenta e seis) incisos, neste sentido.

[5] Conforme art. 5º, II, CF/88.

[6] SANTOS, Milton. "*A Cidade nos Países Subdesenvolvidos*". Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 11, nome dado pelo autor aos aglomerados de população mal abrigada, conhecidos como: *tegúrios, jacalés, villa miséria, quebradas, barreadas, muceques, kapongs, medinas, favelas e malocas*, dependendo da localidade e país, mas que têm como traço comum a extrema pobreza da população, de que derivam as más condições do seu alojamento.

[7] SCHEIDT, Cíntia Maria. "*O direito à moradia e à Regularização Fundiária nos Assentamentos Urbanos Informais*", in "*Direito do Estado – Novas Tendências - volume IV*". Porto Alegre: UFRGS,

Presume-se que este poder, com sua inegável capacidade de influenciar o Estado, leia-se administrador e legislador, tornou viável o estabelecimento de regras permitidoras e facilitadoras da inclusão daqueles segmentos clandestinos ao modelo vigente. Oportunizando aos excluídos possibilidade de alcançar aquele que é o único inviolável direito fundamental material, ou seja, a propriedade e, assim, obter inclusão social, econômica e financeira; dando mais um passo em direção à realização dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do ideal de Estado Democrático de Direito. Isto é irreversível.

Como se vê, o avanço em matéria legal não está adstrito à Ordem Maior, os nossos legisladores, mesmo sem uma efetiva participação popular, souberam outorgar um texto infraconstitucional de substancial conteúdo, abrangendo e enfrentando a problemática questão fundiária urbana, constituindo mecanismos, instrumentos, elementos e institutos capazes de trazer solução para aquelas necessidades, possibilitando ampla participação e controle dos cidadãos. Mas, a falha comunicativa não permite que estes saibam de suas prerrogativas, mesmo porque não lêem o Diário Oficial da União, aqui sendo referido somente àqueles poucos que sabem ler e interpretar o palavreado técnico-jurídico, nada a dizer quanto aos demais.

A tarefa de regularização fundiária, para ter êxito, deverá utilizar mecanismos que tornem possível a participação cidadã; deverá ser delegada a quem se destina, ou seja, aos cidadãos (sociedade) que vivenciam o problema e necessitam da solução; deverá encontrar o caminho que, ensina LEAL[8], deve ser pautado *a partir de uma filosofia e epistemologia centrados numa racionalidade emancipatória e comunicativa aqui entendida como a estabelecida por sujeitos lingüísticos (Estado X Cidadão), envolvidos numa prática cujo único objetivo deve ser o entendimento/consenso, o que implica permanentes e tensionais pactos de civilidade, que a despeito de provisórios, estão informados por alguns universais modernos, como os direitos humanos e fundamentais, a emancipação dos povos, o controle do poder político, o desenvolvimento auto-sustentável.* Uma ação a se tornar possível através de um estímulo do Estado àqueles sub-cidadãos, numa demonstração de desprendimento da

2005, p. 222, ao referir-se à regularização fundiária como um instrumento que não é capaz de reverter por si só o quadro deficitário habitacional.

[8] Op. cit. p. 39.

sua supremacia, cabendo ao poder local, como epicentro, único habilitado, interessado e capacitado, inclusive geograficamente, a primazia nesta tarefa.

Uma solução local para questão nacional, como meio e forma da concretização dos princípios e do ideal de Estado Democrático de Direito.

2. A questão fundiária como falha comunicativa

A rapidez com que crescem as cidades e aumenta a população urbana é um fenômeno geral nos países como o nosso. Se por um lado a cidade exibe o mundo tecnológico, pelos modernos edifícios e sinais de conforto hodierno, reflete também a pobreza e as pragas de sua região de influência, tanto nas funções que realiza quanto na paisagem, e pela desorganização e insuficiência dos seus serviços públicos. Para SANTOS[9], *o que caracteriza as grandes cidades nos países subdesenvolvidos é o seu papel do traço de união entre um mundo industrial que lhe compra os produtos, brutos ou tendo recebido uma primeira preparação, e um mundo rural que fornece essas matérias-primas e, em troca, recebe produtos manufaturados que a cidade importa ou fabrica*.

Esta introdução faz-se necessária para que seja entendida a importância de avaliar o surgimento e o desenvolvimento da cidade. Somente tendo uma visão histórica da sua origem e razões de existência, que são extremamente variadas para cada local e região, poder-se-á diagnosticar seus problemas e prognosticar soluções próprias.

Para delinear a estratégia que melhor atenda o chamado problema fundiário decorrente da expansão urbana dita desordenada, seria necessário examinar a fundo e nos respectivos locais, questões apontadas por SANTOS[10], tais como: as funções da cidade, a concentração de recursos não produtivos, as relações com a região, os caracteres da população, a organização do espaço interno, e os *bidonvilles*, ou seja, os aglomerados urbanos de pessoas mal abrigadas, locais clandestinos ou ilícitos, excludentes e objetos das regularizações pretendidas. Tais elementos significativos e explicativos são heterogêneos e de respostas diversas na razão direta da multifacetada realidade urbana do país, tendo como ponto de partida a origem de cada qual, que exige soluções peculiares.

[9] SANTOS, Milton. *A cidade nos países subdesenvolvidos*. RJ: Civilização Brasileira, 1965, p. 2.
[10] Op. cit. p. 3.

A explicação simplista de que se deva ao êxodo rural e expansão industrial o inchamento urbano e as mazelas fundiárias de invasões de áreas, públicas ou particulares, não responde ao fato de que o crescimento local é bem superior à soma dos habitantes da área rural e que o fenômeno ocorre mesmo em pólos não industrializados. É de se levar em conta que, em certos casos, a maioria da população recente da cidade não é de origem rural ou migratória; uma parcela é resultante dos progressos sanitários, redução da mortalidade infantil e crescimento natural da cidade. Aqui a falha comunicativa se reflete no diagnóstico errôneo ou na falta de diagnóstico preciso de definição da devida composição elementar, e na linguagem a ser utilizada com aquela pessoa mal abrigada, no sentido de lhe oportunizar um espaço de comunicação, entender sua origem e o que quer, e de lhe ser ofertado aquilo que na realidade busca e espera do poder público e da cidade.

Para isto é preciso um espaço de interlocução cotidiano, como ensina LEAL[11] em vários tópicos de sua obra, ao sugerir mudanças epistemológicas na gestão pública para uma ação pautada no autêntico Estado Democrático de Direito. Do contrário, mesmo que lhe seja dada a propriedade, através da regularização, aquilo que não lhe é dado, por erro comunicativo, fará com que ele acabe alienando o que recebeu para obter algum ganho, indo logo após instalar-se em nova invasão, talvez em outra cidade, para reiniciar o processo e realimentar o problema. Aqui a falha comunicativa revela carência de democracia, *para ser democrático, pois, deve-se contar, a partir das relações do poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, o entendimento às demandas públicas da maior parte possível da população*[12].

[11] Na dicção de Rogério G. Leal (2006, p.136): *Assim, análise de políticas públicas e de gestão do espaço público não, necessariamente, se refere apenas à políticas geradas nas instituições propriamente estatais, devendo, também, levar em conta as políticas geradas nas instituições não propriamente estatais. Ou, como é mais freqüente, precisam referir-se às políticas geradas na imbricação da alavancagem propriamente estatal com alavancagem não propriamente estatal, incorporando, por exemplo, processos de interlocução comunitária cotidiana através de mecanismos e instrumentos apropriados, institucionais ou não, como Organizações Não-Governamentais, movimentos populares, Conselhos Municipais institucionalizados, etc*.. (nosso grifo).

[12] Ob. cit. p.37.

No entendimento do fenômeno é preciso considerar que a existência de *bidonvilles*, e demais modalidades de ocupações clandestinas ou ilícitas, faz parte da estrutura da cidade, cujas funções não aumentam na mesma proporção de seu crescimento populacional, tendo como resultado o desequilíbrio, cada vez mais sensível entre a população ativa e a população global. Este é um fato geral e comum às cidades, onde o crescimento dos recursos não tem medida comum com a população. Daí a proliferação das inúmeras formas de subempregos e uma grande percentagem de pessoas vivendo de rendimentos ocasionais, de biscates. Esta é uma característica da cidade, existe mesmo na cidade planejada, organizada e formatada (por exemplo, Brasília), onde desde seu nascimento haverá de ter este segmento populacional e habitacional.

Conforme SANTOS[13], de uma maneira geral existem, na cidade, três estratos de certo modo intercomunicáveis (e interdependentes, pode-se acrescentar): 1) as classes altas, formadas: a) pela aristocracia da terra; b) pela nova classe dos industriais, comerciantes, especuladores de todo tipo e "novos ricos da terra"; 2) as classes médias: a) a alta classe média, que participa dos modos de vida da alta classe, sem, entretanto, contar com os mesmos rendimentos; b) a baixa classe média (que habita loteamentos e prédios populares); e, 3) as classes pobres (que habitam *bidonvilles)*, entre as quais: a) os pobres propriamente ditos, que dispõem de um emprego modesto, mas fixo, como os operários e pequenos comerciantes; e, b) os muito pobres ou miseráveis, que vivem do dia a dia.

Então, é preciso não apenas maldizer o crescimento, ou verdadeira "inchação" populacional da cidade pois, no dizer de SANTOS[14], somente após superar certo nível demográfico pode uma cidade ser dotada da força capaz de lhe criar os serviços que necessita e o aparecimento de importantes indústrias motoras ou de transformação, que lhe garantirão suficiente matéria tributável para sua auto-sustentação. Uma grande população termina sendo a condição, às vezes a principal, para a mobilização de recursos. A população excluída socialmente, que é uma fraqueza dessas cidades, constitui, também, sua força.

Corrigida a falha comunicativa de entendimento da estrutura complexa, a expansão urbana tida como desordenada pode ser entendida como benéfica e contributiva ao que se

[13] Ob. cit. p. 10
[14] Ob. cit. p. 10

espera de uma cidade e para seu fortalecimento. Neste sentido, refere BALANDIER[15]: "*la mano sabia de la naturaleza hace nacer el orden del desorden y, sin desorden, no llegaría a nada: tal es el equilibrio profundo*".

Para tanto será necessário superar as barreiras comunicativas e lingüísticas que inibem a busca do resultado esperado e que determinam a questão fundiária das comunidades excluídas como sendo um problema, já que para seus ocupantes aquela é a solução que encontraram para suprir suas necessidades. Será necessário estar atento para não apenas faze-los subir de "classe", nem substituir uma por outra em seu lugar.

É fundamental, ainda, uma mudança de atitude do Estado que, na visão de LEAL[16], *nega a existência de inúmeras tensões sociais que se avolumam sem respostas satisfativas, ou ainda, lançá-las à clandestinidade ou ilicitude, tratando-as como anomalias comportamentais que precisam ser severamente coagidas, tais como os movimentos dos sem terra, dos sem teto, a questão do parcelamento clandestino do solo urbano, violência generalizada, a prostituição, etc*.. E, mais adiante completa (...) *deixa o Estado, assim, de compreender que administrar os conflitos da sociedade significa conservar a sociedade e ter, como legítima, a complexidade multifacetada de suas articulações e tensões; que não precisam ser extirpadas as diferenças... mas impõe-se a gestão da diversidade em nome da harmonia e pacificação das relações sociais, evitando-se que a comunidade se desintegre. Na medida em que o Estado não é capaz de resolver os conflitos, ele perde sua legitimidade, ou em outros termos, a questão da legitimidade do Estado torna-se um problema*.

3. Aspectos da competência legislativa em matéria urbanística: leis que não atingem seus destinatários

A partir da elaboração da Carta Maior, o que se destacou foi uma supremacia da esfera federal em detrimento das demais, estadual e municipal, tanto executiva quanto legislativamente falando. As matérias que foram consagradas como de competência exclusiva ou de primazia da União, entre elas a de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano,

[15] BALANDIER, Georges. *El Desorden - La teoria del caos y las ciências sociales – Elogio de la fecundidad del movimiento*. Barcelona, Espana: Gedisa, 1997, p. 173.
[16] LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade.* p.48.

inclusive habitação, saneamento básico e transportes[17], são elaboradas de forma e realidade distanciada, sobremodo, do problema e da solução. Assim, estas disposições normativas de matéria geral, urbana, são originadas em foros não diretamente situados no local de onde emergem os problemas e para os quais se apresentam como solução.

Apesar disto é inegável o avanço que se alcançou em relação a institutos e dispositivos legais, tanto na Carta Magna como também na lei infraconstitucional federal, cujo resultado deve ser atribuído, ao menos em parte, à qualidade técnica dos legisladores que, mesmo sem uma efetiva participação popular, souberam aprovar textos de leis ordinárias de substancial conteúdo, abrangendo e enfrentando a problemática fundiária urbana, constituindo mecanismos, instrumentos, elementos e institutos capazes de trazer solução para a problemática, ainda que em seus textos não expressem possibilidade de ampla participação e controle dos cidadãos, que venha contribuir para um efetivo Estado Democrático de Direito.

Como exemplo tem-se o Estatuto da Cidade (Lei Federal nº.10.257/2001), cantado como grande marco transformador e implementador de política pública urbana social includente, em função de dispositivos e instrumentos jurídicos, tais como: a exigência de Plano Diretor municipal (art. 41 e incisos); o direito de superfície (art.21); o direito de preempção (art.25); a outorga onerosa do direito de construir (art.28); a transferência do direito de construir (art.35); as operações urbanas consorciadas (arts. 32 a 34); o consórcio imobiliário (art.46); as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS (art. 4º, V, f); a concessão de direito real de uso (art. 4º, V, g); e, a concessão de uso especial para fins de moradia (art. 4º, V, h) que posteriormente foi disciplinado pela Medida Provisória nº 2.200/2001.

Tais normas permitem o enquadramento e solução fundiária para todos os casos possíveis de ilegalidades, até mesmo quando se tratar de ocupação de terras públicas, ressalvado os casos de enquadramento proibitivo determinado por leis ambientais, mas não contemplam a interlocução e participação popular na execução das medidas. Talvez por isto, ainda que combinados com a legislação municipal, através de seu respectivo Plano Diretor (a ser elaborado cogentemente [v.art. 41], sob responsabilidade civil e criminal do administrador), passados já seis anos mostram parcos e pontuais resultados corriqueiros, cotidianos ou ações adotadas pelas municipalidades (ir)responsáveis. De modo que, aos

[17] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), art. 21, XX; e, art. 24, I, e §§.

excluídos, nada chega, esqueceram de avisá-los de suas prerrogativas e esqueceram que eles não lêem o Diário Oficial da União; e não se está falando tão somente daqueles que sabem ler e interpretar o palavreado técnico-jurídico lá contido. A lei não atinge seu destinatário.

Resta bastante clara a proposta de LEAL[18] da necessidade de entender *que, na perspectiva de uma sociedade republicana e democrática habermasiana*[19]*, marcada pela radicalização dos espaços de participação e interlocução política racional, a idéia de uma instância privilegiada de dicção dos "stantards" e pautas deontológicas normativas é tão arbitrária quanto a centralização do Poder nas mãos de um Parlamento ou Executivo imperiais*.

4. O interesse do poder econômico e a participação de novos atores

Mesmo sem ainda ter atingido o público alvo, recentemente, se é que dois anos possa ser considerado recente, possivelmente atendendo o aceno positivo do invisível poder econômico que estrategicamente se volta para o filão inexplorado dos *bidonvilles* e demais modalidades de assentamentos urbanos precários, assim como já o fizera em relação aos pobres aposentados facilitando-lhes o crédito com pagamento consignado e segurança do recebimento, oportunizando que se visualize por inteiro aquilo que LEAL[20], ao propor uma gestão comunicativa, chama de *assalto ao Estado*, foi promulgada a *Lei Federal nº11.124/05, a qual dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS.*

Tal diploma, igualmente, se propõe a ser marco de implementação de políticas públicas urbanas e inclusão social, na medida em que centraliza todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social, tendo como objetivos (art. 2º): I – viabilizar para a

[18] Ob. cit. p. 61.
[19] Aqui Rogério Gesta Leal faz referência às idéias de Jürgen Habermas, autor , entre outras obras de *Teoria da la Acción Comunicativa,* Madri: Taurus, 1987.
[20] Rogério Gesta Leal (2006, p. 63) diz: *Ocorre que a forma de gestão pública comunicativa que estamos propondo exige um mínimo de condições subjetivas e objetivas dos seus interlocutores, sob pena de as falas enunciadas e trocadas serem coatadas por circunstâncias exógenas e endógenas à comunicação, tais como as insuficiências formativas e de discernimento dos homens comuns do povo, associada com o alto grau de profissionalismo e burocratismo das elites dominantes que assaltaram o Estado, ou ainda, dos tecnoburocratas que instrumentalizaram ideológica e operacionalmente os aparelhos estatais, como mecanismo de alcançar projetos muito mais corporativos e individuais do que comunitários*. (nosso grifo).

população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; II – implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e, III – articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

Tem como princípios a observar (art. 4º, I): a) compatibilidade e integração das políticas habitacionais federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, bem como das demais políticas setoriais de desenvolvimento urbano, ambientais e de inclusão social; b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social; c) democratização, descentralização, controle social e transparência dos procedimentos decisórios; d) função social da propriedade urbana visando garantir atuação direcionada a coibir a especulação imobiliária e permitir o acesso à terra urbana e ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade (nosso grifo).

Tem como diretrizes (art. 4º, II): a) prioridade para planos, programas e projetos habitacionais para a população de menor renda, articulados no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal; b) utilização prioritária de incentivo ao aproveitamento de áreas dotadas de infra-estrutura não utilizadas ou subutilizadas, inseridas na malha urbana; c) utilização prioritária de terrenos de propriedade do Poder Público para a implantação de projetos habitacionais de interesse social; d) sustentabilidade econômica, financeira e social dos programas e projetos implementados; e) incentivo à implementação dos diversos institutos jurídicos que regulamentam o acesso à moradia; f) incentivo à pesquisa, incorporação de desenvolvimento tecnológico e de formas alternativas de produção habitacional; g) adoção de mecanismos de acompanhamento e avaliação e de indicadores de impacto social das políticas, planos e programas; e h) estabelecer mecanismos de quotas para idosos, deficientes e famílias chefiadas por mulheres dentre o grupo identificado como o de menor renda da alínea "a" do mesmo inciso.

O aspecto da presença do interesse do poder econômico se manifesta claramente no dispositivo (art. 5º), que abre a possibilidade de acesso dos agentes financeiros (autorizados pelo Conselho Monetário Nacional a atuar no Sistema Financeiro da Habitação – SFH) a recursos públicos; Ou seja, o privilegiado sistema bancário privado em geral, consórcios e financeiras (a mão visível do invisível poder econômico) terão acesso ao criado FNHIS,

constituído com recursos do FAT, FGTS, FNHIS[21] e outros fundos que vierem a ser incorporados ao Sistema (art. 6º).

O acesso dos entes privados aos recursos públicos também é possível na medida em que a transferência de recursos do FNHIS para os Estados, Distrito Federal e os Municípios, fica condicionada ao oferecimento de contrapartida do respectivo ente federativo (art. 12, §1º), a qual poderá ser efetivada através de recursos financeiros, bens imóveis urbanos ou serviços, desde que vinculados aos respectivos empreendimentos habitacionais realizados no âmbito dos programas do SNHIS (art. 12, §2º).

Na mesma linha da amplitude de franquia aos recursos públicos, destacam-se dispositivos permissivos que atribuem ao FNHIS (leia-se FAT, FGTS, etc.), sob autorização do Ministério das Cidades, a possibilidade da transferência de valores ao agente operador, Caixa Econômica Federal (art. 16), para ressarcimento de seus custos operacionais e correspondentes encargos tributários (art. 14, VI); subsídios financeiros destinados a complementar a capacidade de pagamento das famílias beneficiárias (art. 23, I); equalização, a valor presente, de operações de crédito realizadas por instituições financeiras autorizadas a operar pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizadas pelo Banco Central, ou seja, pelo sistema bancário como um todo (art. 23, II); a concessão de benefícios destinados a reduzir ou cobrir o custo de construção ou aquisição de moradia, decorrentes ou não de convênios entre o poder público local e a iniciativa privada (art. 23, IV); e, a concepção de subsídio, como benefício pessoal e intransferível, concedido com a finalidade de complementar a capacidade de pagamento do beneficiário para o acesso à moradia, ajustando-a ao valor de venda do imóvel ou ao custo do serviço de moradia, compreendido como retribuição de uso, aluguel, arrendamento ou outra forma de pagamento pelo direito de acesso à habitação (art. 23, §1º, IV).

Estes dispositivos, a par do importante aspecto de definir uma estrutura financeira, de base, para implementação de políticas públicas de inclusão social e econômica, denotam o evidente interesse do poder econômico, inclusive transnacional (via bancos estrangeiros), neste segmento até então marginalizado, constituído pelos aglomerados populacionais, sub-

[21] Fundo de Amparo ao Trabalhador; Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social, respectivamente.

urbanizados, clandestinos, irregulares e ilegais, que representam 50% da população das grandes cidades, no dizer de MARICATTO[22].

Entretanto, o conteúdo destacável no álbum são dispositivos indicadores de passos em direção a uma participação democrática, com fundamentação e justificação numa ação comunicativa e interlocutória a propiciar para e através da participação de novos atores, necessariamente presentes como obrigação imposta aos Estados Federativos e Municípios envolvidos, em ações tais como: constituir conselho que contemple a participação de entidades públicas e privadas, bem como de segmentos da sociedade ligados à área de habitação, garantido o princípio democrático de escolha de seus representantes e a proporção de 1/4 (um quarto) das vagas aos representantes dos movimentos populares (art. 12, II); promover relatórios de gestão (art.12, V); e, a faculdade de constituição de conselhos de caráter regional (art. 12, § 5º). O diploma é, principalmente, inovador ao propor democratização, descentralização, controle social e transparência dos procedimentos decisórios e adoção de mecanismos de acompanhamento e avaliação e de indicadores de impacto social das políticas, planos e programas (art. 4º, I, "c"; e, II, "g"), que torna necessária uma ação comunicativa e interlocutória, especialmente se for integrado por diversos órgãos e entidades, a saber: fundações, sociedades, sindicatos, associações comunitárias, cooperativas habitacionais e quaisquer outras entidades privadas que desempenhem atividades na área habitacional, afins ou complementares, todos na condição de agentes promotores das ações no âmbito proposto (art. 5º, VII), quais sejam: urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária de áreas submetidas à política urbana expressa no Plano Diretor municipal ou legislação equivalente (art. 11, §2º).

Não se contesta a importância e o significado deste avanço legal, o que se pergunta é, qual o resultado? Aonde chegou? Pois até o momento não se nota ações pró-ativas na direção da democratização da regularização fundiária e da utilização de recursos do SFHIS. Mas o caminho está aberto, mesmo que por interesse do poder econômico, é preciso, então, comunicá-lo aos interessados para que o trilhem.

5. Regularização fundiária em face dos princípios gerais[23] de Estado Democrático de Direito

[22] MARICATTO, Ermínia. *As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias*, Petrópolis: Vozes, 2000, pág. 30

A definição de ALFONSIN[24], amplamente aceita e utilizada por cientistas políticos para o tema da regularização fundiária, apresentada em sua obra e no *Seminário de Regularização Fundiária* (SP: junho/2003), de que é *o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídicos, físicos e sociais, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária.* (nosso grifo). Denota uma conceituação não democrática, uma vez que uma ação pautada na democracia não será jamais fruto de *intervenção*[25] *pública*, e sim de *interação pública*; isto é, através de uma ação comunicativa, participativa e interlocutória, equânime e igualitária na medida do possível, entre os atores envolvidos na questão, ou seja, Estado, enquanto administração e legislação, e Sociedade, como um todo interessado; e do atendimento das demandas sociais, como indica LEAL[26].

A ação democrática proposta é completamente diferente daquela punitiva, repressiva e cogente, com justificação e motivação no princípio do *poder de polícia*, praticada no dever de agir imediatamente, para impedir a ilicitude que esteja em vias de acontecer, sob forma de invasão de área pública ou privada, assentamento clandestino, loteamento irregular e etc. As situações consolidadas estão a clamar por outras atitudes governamentais.

Não se pode negar que os objetivos e resultados estão perfeitamente delineados na definição *alfonsiniana*; bem como, o modelo interventor tem sido, de fato, utilizado. Mas, é preciso admitir a persistência da problemática fundiária e seu agravamento na maioria das cidades, mesmo naquelas onde alguns poucos, paliativos, pontuais, emergenciais e curativos efeitos o modelo tenha causado, e que, talvez porque pautado em razões de fundamentação,

---

[23] Demarcados por Rogério Gesta Leal (2006, p. 35).
[24] ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia – Instrumentos e experiências de Regularização Fundiária nas cidades brasileiras.* Rio de Janeiro: IPPUR:FASE, 1997, p.24.
[25] MICHAELIS – *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. RJ: RD, 2000, v. II, p.1171. (*lat .interventione*) 1 Ato ou efeito de intervir. 2 *Med*. Operação. 3. Intercessão, mediação. 4. Ação direta do governo federal em um Estado da Federação. 5. Ação do governo ou de uma entidade oficial em uma associação. Como se nota é uma palavra com forte raiz cogente e autoritária.
[26] Onde refere Rogério Gesta Leal (2006, p.37): *Para ser democrático, pois, deve-se contar, a partir das relações do poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, o entendimento às demandas públicas da maior parte possível da população*.

justificação e motivação interventora, não tenha alcançado os resultados pretendidos e necessita outras ações e procedimentos.

Importa observar o rumo cabível, na dicção de LEAL[27], ao Estado Administrador Democrático de Direito como espaço privilegiado, de *fomentar, e mesmo viabilizar uma maior articulação de possibilidades implementadoras das condições objetivas à interlocução social reflexiva sobre todos estes temas, oportunizando o surgimento de um processo de autopersuasão, no qual é impossível se pensar em não-participantes (...);*.referindo também a uma, *crise de identidade, legitimidade e eficácia das instituições representativas e poder instituído se assim não agir. É o caso da Administração Pública Brasileira, fechada em circuitos de poder institucional (Executivo, Legislativo, Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público que não ocorre em razão da falência do modelo endógeno de representação política tradicional vigente até hoje, somados ao aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais*. Onde a regularização fundiária emerge como cerne das questões problemáticas e emblemáticas que se lhe derivam e aderem, e a torna visível.

Uma nação fundamentada no Estado Democrático Brasileiro (art.1º. CF/88), deve pautar sua existência e ações neste princípio fundamental que, necessariamente, deve impregnar tudo mais, desde a simples compra de material básico de escritório para uma repartição pública até um complexo contrato econômico no âmbito do direito público. Diferente, portanto, não será o tratamento da questão fundiária e ações pró-ativas e correlatas, as quais deverão encontrar suas razões de justificação e fundamentação nos princípios democráticos de direito.

Tendo em vista os princípios gerais demarcados na lição de LEAL[28], de que: (...) *revela-se imprescindível conceber o Estado Democrático de Direito como resultado e condicionado à Soberania Popular, segundo os seguintes* ***princípios****: a) o do direito subjetivo à participação com igualdade de condições e chances na formação democrática da vontade política de autodeterminação dos cidadãos através de instrumentos e procedimentos eficazes e transparentes; b) o da garantia de uma tutela jurisdicional independente; c) o do controle social, judicial e parlamentar da administração; d) o da separação política entre Estado e Sociedade que visa a impedir que o poder social se transforme, tão somente, em poder*

[27] Ob. cit. p. 41.
[28] Ob. cit. p. 35.

administrativo sem passar pelo filtro comunicativo do poder, viabilizado pelas múltiplas instâncias de mobilização de indivíduos e grupos sociais específicos (consumidores, aposentados, ambientalistas, étnicos, etc.).

De modo que se espera, e urge, um posicionamento e uma visão diferente da postura do Estado *interventor*, até então presente no cotidiano da definição *alfonsiniana*, através do corte epistemológico no rumo da abertura de uma interação no trato da questão fundiária, assim como em qualquer outra demanda social. Somente realizável, na lição de LEAL[29], a partir de uma *(...) a interlocução política de todos os atores que são afetados pela Administração (...) estamos falando da abertura de um campo de interlocução entre a sociedade civil organizada e as tradicionais instituições existentes (por exemplo, conselhos populares, coredes, comissões temáticas, a iniciativa popular, JECs).*

6. Conclusão

As perspectivas são amplamente favoráveis para o alcance de resultados significativos na questão da regularização fundiária sob uma condição emancipatória fundamentada no Estado Democrático de Direito, possível somente a partir de uma visão não coatada e comunicativa do papel do Estado e da Sociedade, em relação às respectivas razões de existência e finalidade, especialmente para aquele segmento da cidadania sem acesso ao mundo da vida onde se insere.

A quantidade e qualidade dos dispositivos legais e respectivos institutos jurídicos existentes no âmbito de matérias urbanísticas, ainda que formatados geograficamente distantes das demandas sociais locais e sob uma esgotada e coatada representação, constituem um avanço na direção de uma atitude e ações democráticas, fornecendo instrumentos jurídicos hábeis para promover a regularização fundiária, mas que ainda não atingiram plenamente seus destinatários e necessitarão de outras normas.

Para tanto, e nas palavras de LEAL[30], o que interessa é saber *exatamente "qual" e "como" deve ser o processo de criação legítimo da norma jurídica, em face de sua função integradora e reguladora das relações sociais (e mesmo intersubjetiva), alcançado sujeitos*

[29] Ob. cit. p. 54.
[30] Ob. cit. p. 62.

que possuem capacidade racional, discernimento suficiente para operarem como interlocutores no cenário em que ocorrem estas relações e deliberações. Tais sujeitos devem construir formas de comunicação não-coatada pela ideologia hegemônica, elitista e excludente do mercado, a fim de produzir pactos semânticos fundadores dos argumentos justificatórios de seus interesses e projetos de vida, a ponto de serem contrastado/tensionados com as perspectivas e pretensões do mundo da vida em que ocorrem.

Tal avanço legal, visivelmente autorizado por interesses do poder econômico, num esquema de dois passos à frente e um atrás, resulta num passo definitivo e irreversível no rumo de uma democratização, descentralização, controle social e transparência dos procedimentos decisórios e à adoção de mecanismos de acompanhamento e avaliação e de indicadores de impacto social das políticas, planos e programas oficiais. Pode-se dizer que a festa, o cardápio, a música, local e convidados estão definidos, mas quem será o responsável pela realização?

A tarefa de regularização fundiária, para ter êxito, deverá ser protagonizada por uma iniciativa de criação de espaços de interlocução entre os atores envolvidos, passando a ser executada, paulatinamente, por aqueles a quem se destina, ou seja, pela sociedade que vivencia o problema e necessita da solução, através de instrumentos e mecanismos que adotem soluções, como por exemplo: Parcerias Público Privadas; consórcios, sociedades, condomínios ou fundos imobiliários; ou, ainda, através de entidades civis e organizações não governamentais sem fins lucrativos, especialmente criadas para esta atividade; todos com disponibilidade e acesso a recursos públicos. De modo que se pode responder que, para o êxito, os responsáveis pela realização da festa devem ser os próprios participantes.

Este rumo deve ser dado numa razão emancipadora e através de estímulo do Estado enquanto Administrador e Legislador àqueles sub-cidadãos e à Sociedade como um todo, numa demonstração de despreendimento da sua supremacia, de forma ampla e transparente, como meio e modo da concretização do ideal Estado Democrático de Direito.

Para finalizar, palavras de Rogério Gesta Leal (2006, p.144), que servem para reflexão e aplicação, também na questão fundiária: *Em outros termos, não basta que se garantam as liberdades civis e políticas tradicionais dos umbrais da Idade Moderna, pois os indivíduos, na contemporaneidade, devem ter a possibilidade material de imprimir a estas, a autonomia*

cognitiva que exige uma efetiva inserção e participação societal, fundada em uma interlocução não coatada pelos discursos e práticas totalitárias das elites dominantes (com suas linguagens tecnoburocráticas e enclausuradas em si próprias), assim, oportunizando que o sistema social possa ser gerido compartilhadamente. Esta possibilidade de interlocução deve contar, por sua vez, com mecanismos e espaços oficiais de diálogo, deliberações e execuções de políticas públicas voltadas para tal desiderato.

7. Referências

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia – Instrumentos e experiências de Regularização Fundiária nas cidades brasileiras.* Rio de Janeiro: IPPUR:FASE, 1997.

BALANDIER, Georges. *El Desorden - La teoria del caos y las ciências sociales – Elogio de la fecundidad del movimiento*. Barcelona, Espana: Gedisa, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In *Vade Mecum*. 3. ed. Atualizada até 5 de janeiro de 2007. São Paulo:Saraiva, 2007.

_____. Lei Federal nº.10.257 de 10 de julho de 2001. Estatuto da Cidade. Disponível em: http://www.senado.gov.br. Acessado em 02.abr.2007.

_____. Lei Federal nº11.124 de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: http://www.senado.gov.br. Acessado em 02.abr.2007.

GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais*. São Paulo: Loyola, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade – novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARICATTO, Ermínia. *As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias*, Petrópolis: Vozes, 2000.

MICHAELIS – *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: RD, 2000.

SANTOS, Milton. "*A Cidade nos Países Subdesenvolvidos*". Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

SCHEIDT, Cíntia Maria. "*O direito à moradia e à Regularização Fundiária nos Assentamentos Urbanos Informais*", in "*Direito do Estado – Novas Tendências volume IV*". Porto Alegre: UFRGS, 2005.

O DIREITO URBANÍSTICO E O PLANO DIRETOR: AS EXIGÊNCIAS BASILARES DE ORDENAÇÃO DA CIDADE

Ricardo César Pereira Lira[*]

Deilton Ribeiro Brasil[**]

RESUMO

A política urbana através do Plano Diretor está subordinada ao somatório de princípios e objetivos constantes da Carta Constitucional, dentre eles o da ordem econômica – previstos no art. 170. Dentro deste contexto, a dignidade da pessoa humana, fim colimado pela livre iniciativa e valorização do trabalho (princípios da ordem econômica), pode ser considerada uma finalidade e fundamento do Estado brasileiro, sendo sua proteção obrigação do Poder Público. Constituição Federal adotou a moderna concepção de direito de propriedade, pois ao mesmo tempo em que o consagrou como direito fundamental, deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto. O Estatuto da Cidade se caracteriza como um verdadeiro microssistema e que o Código Civil de 2002 através de suas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados permite uma conexão axiológica entre os dois institutos. Assim o Plano Diretor da cidade vigorará, em princípio, sobre as demais leis, ainda que posteriores. Tal contexto desafiou-nos a enfrentar o tema sob análise, além do nosso intuito de evidenciar de maneira mais clara e precisa os institutos do direito de superfície e do Estatuto da Cidade frente à questão da função social da propriedade urbana.

PALAVRAS-CHAVES: POLÍTICA URBANA, PLANO DIRETOR, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, ESTATUTO DA CIDADE, CÓDIGO CIVIL DE 2002.

ABSTRACT

The urban politics through the master plan is subordinated to the amount of beginnings and objectives previewed in the Constitutional Charter, among them the principal of economical order - foreseen in the article 170. Inside of this context, the human person's dignity principle, end aimed for the free initiative and valorization of the labour (principles of the economical order), it can be considered a purpose and foundation of the Brazilian State, being your protection obligation of the Public Power. The Federal Constitution adopted the modern conception of property law, because at the same time

[*] Doutor em Direito pela UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da UGF/RJ. Pesquisador.

[**] Mestre em Direito Empresarial pela FDMC de Belo Horizonte/MG. Doutorando em Direito pela UGF/RJ. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

in that it is consecrated as fundamental law, stopping to characterize it as unconditional and absolute. The Statute of the City is characterized as a true microssystem and that the Civil Code of 2002 through its general termses and uncertain juridical concepts allows a connection among the two institutes. The master plan of the city will invigorate like this, in beginning, on the other laws, although subsequent. Such context challenged us to face the theme under analysis, besides our intention of evidencing in a clearer way and he/she needs the institutes of the Surface Law and the Statute of the City in front of the subject of the social function of the urban property.

KEYWORDS: URBAN POLICY, MASTER PLAN, THE HUMAN PERSON´S DIGNITY PRINCIPLE, PRINCIPLES OF ECONOMIC ORDER, THE STATUTE OF THE CITY, CIVIL CODE OF 2002.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inicia, seu preâmbulo, acentuando o caráter de Estado Democrático, apresentando como referencial valorativo da sociedade a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, cabendo ao Estado assegurá-los.

Pode-se dizer que este preâmbulo revela os valores essenciais a serem perseguidos por todos os setores da comunidade em suas ações, em todos os âmbitos possíveis, visando à afirmação da cidadania e da dignidade da pessoa humana. [1]

Este Estado, entretanto, não se restringe à condição de simples assegurador das regras de mercado vigentes, garantindo, tão-somente, a manutenção das estruturas de poder existentes. A sociedade brasileira possui uma brutal concentração de renda, não bastando o Estado possuir uma Constituição utopicamente garantidora da cidadania, se não se verificarem reformas estruturais que possibilitem uma atuação concreta e efetiva no sentido de sua consecução.[2]

Isto porque há uma idéia de democracia substantiva presente no texto constitucional, apresentada não como algo definitivamente realizado, mas como um princípio normativo que indica e impõe as metas a serem alcançadas. É assim que, enquanto instituição jurídica e política, o Estado passa a ser o principal responsável pela

[1] LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*: condições e possibilidades da Constituição do Espaço urbano, 2003, p. 151.
[2] Id. Ibid. 2003, p. 152.

efetivação e proteção da função social dos direitos fundamentais, devendo abandonar, para tanto, sua neutralidade e apoliticidade, assumindo funções transformadoras das estruturas sociais e econômicas. [3]

A Constituição tem mais o caráter de um plano, propondo à comunidade um modelo de vida coerente com o futuro, e compreende, por isso, sempre um elemento de utopia concreta, utopia cuja realização ficará dependente da ação política. [4]

Efetuando-se uma interpretação conforme a Constituição,[5] compreender-se-á que a política urbana está subordinada ao somatório de princípios e objetivos constantes da Carta Constitucional, dentre eles o da ordem econômica – previstos no art. 170. Dentro deste contexto, a dignidade da pessoa humana, fim colimado pela livre iniciativa e valorização do trabalho (princípios da ordem econômica), pode ser considerada uma finalidade e fundamento do Estado brasileiro, sendo sua proteção obrigação do Poder Público. Assim, o exercício de qualquer atividade econômica não voltada para este fim estará contrariando o referido princípio constitucional, que tem por escopo propiciar a justiça social e a dignidade da pessoa humana, promovendo um equilíbrio entre o bem-estar e o desenvolvimento.[6]

O respeito à função social e ao exercício do direito de propriedade, por sua vez, somente terá garantia constitucional se for condizente com os demais objetivos e princípios fundamentais do Estado brasileiro. A política de desenvolvimento que não tiver como prioridade atender às necessidades essenciais das populações pobres das cidades estará em pleno conflito com as normas constitucionais, com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e com o princípio internacional do desenvolvimento sustentável. [7]

Para o cumprimento desta função, no entanto, é relevante a possibilidade concreta de intervenção do Poder Público, através das sanções prescritas no § 4º do art. 182 da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional cita, expressamente, a desapropriação-sanção, a edificação e o parcelamento compulsórios, bem como o Imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo, matérias que foram de

[3] Id. Ibid. 2003, loc. cit.
[4] BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e poder constituinte*, 1986, p. 285.
[5] Como quer HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. 2000, p. 37.
[6] Cf. LEAL, Rogério Gesta. Ibid. 2003, p. 153.
[7] Id. Ibid. 2003, pp. 153-4.

alguma maneira alcançadas pelo Estatuto da Cidade, aprovado pela lei federal nº 10. 257, em 10 de julho de 2001.

A própria Carta de 1988 estabelece em seu art. 182, ser o Plano Diretor o instrumento de implementação das políticas urbanas, tarefa a qual o Poder Público deste ente federativo não pode olvidar. [8]

Tais disposições normativas remetem, a seu turno, à discussão de duas questões: a primeira sobre o que vem a ser o plano diretor e a segunda, sobre o que significa a função social da propriedade e da cidade e como ela se apresenta no novo contexto constitucional. [9]

As cidades são o resultados de uma complexidade de fenômenos e, nesse sentido, a política nacional de desenvolvimento urbano é uma parcela da política nacional de desenvolvimento. A política urbana não considera exclusivamente a realidade urbana como a organização espacial de uso do solo ou dos equipamentos coletivos.

Ela constitui uma síntese e reúne, em uma mesma preocupação, os elementos econômicos e sociais, a organização do espaço, os investimentos públicos e privados, o funcionamento dos serviços públicos e os próprios instrumentos das finanças públicas. Em conseqüência, a vinculação da política urbana com a política nacional de desenvolvimento implica, necessariamente, a montagem de sistemas de planejamento perfeitamente integrados entre si. [10]

Já no plano normativo, é preciso, contudo, com base na competência concorrente dos Estados e Municípios para legislar sobre direito urbanístico, definir os seus limites. Ainda que num primeiro momento pareçam conflitantes, as disposições de cada nível legislativo não se cruzam, pois, embora disponham sobre o mesmo tema, o fazem em âmbitos distintos. Em outras palavras, em razão das normas constitucionais, os Estados-membros, apesar de não possuírem competência para disciplinar o Plano Diretor quanto

[8] O § 2º do mesmo artigo de lei assevera, por sua vez, que a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Em seu texto, o Plano deve promover o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano. Nesse sentido, as diretrizes que o condicionam podem ser tanto federais (art. 21, XX, da CF/88), como estaduais (art. 24, I da CF/88), ou mesmo urbanísticas da lei orgânica municipal.
[9] Id. Ibid. 2003, p. 155.
[10] Id. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. 1998, passim.

ao seu conteúdo, processo de elaboração e implementação, tem competência para legislar sobre direito urbanístico. [11]

Assim, as normas estaduais, gerais ou específicas devem ser observadas pelo Município, desde que estejam em consonância com a Constituição Federal, constituindo verdadeiro requisito de validade da legislação municipal, sob pena de inconstitucionalidade. [12]

Dentro deste contexto, é preciso destacar que a posição do Município foi profundamente alterada com o novo texto constitucional, passando a ser considerado como ente da Federação (art. 18 da CF/88). Possui ele, agora, autonomia política, sendo-lhe atribuída capacidade própria de auto-organização, de autogoverno, de autolegislação e de auto-administração. [13]

Em outras palavras, o plano diretor é essencial na implementação das políticas urbanas, mas não nos parece coerente retirar a validade de determinadas normas que visem a dar à cidade uma função social, somente por não estarem inseridas neste ou naquele instrumento legal. Isto porque, o princípio constitucional legitima qualquer ação neste sentido. O plano diretor é o instrumento básico para definir os critérios da política urbana, mas não é o único, até porque estes preceitos também devem ser respeitados pelas cidades com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes. [14]

Dentro deste contexto, o plano diretor constitui um elemento fundamental para se pensar e realizar a idéia de função social da cidade, e mesmo da propriedade, uma vez que é atribuída a ele a implementação das políticas públicas determinantes dos rumos a serem tomados por cada cidade, de acordo com seus interesses e necessidades específicas – e não somente com os projetos corporativos e individuais que se cristalizam nos espaços tradicionais de poder instituídos no âmbito espacial das cidades.[15]

Apesar de consistir no instrumento básico de definição dos critérios da política urbana, contudo, o plano diretor não é o único, até porque estes preceitos também

---

[11] Id. Ibid. 2003, pp. 156-7.
[12] Id. Ibid. 2003, p. 157.
[13] Id. Ibid. 2003, *loc. cit.*
[14] Para as cidades que não possuem plano diretor, as Constituições estaduais estabelecem aos Municípios o dever de elaborar diretrizes gerais de ocupação do território, através de leis que garantam as funções sociais da cidade e da propriedade. Neste sentido, ver o texto de RIOS, Roger Raupp. A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, 1995, v. 64.
[15] Nesse sentido ver OLIVEN, Ruben George. *Urbanização e mudança social no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1980, passim.

devem ser respeitados pelas cidades com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes. A relevância reside, fundamentalmente, nos meios utilizados para se conferir um caráter social à propriedade, [16] sendo o plano diretor apenas o mecanismo mais sistematizado e eficiente, por estar sujeito a inúmeros requisitos de validade e diretrizes norteadoras. [17]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma Constituição somente se perfaz como legítima quando coaduna com as aspirações populares. Ferdinand Lassalle [18] entendia como boa e duradoura a Constituição escrita que correspondesse à Constituição real e tivesse suas raízes nos fatores do poder que regiam o país, e completava

> *Onde a Constituição escrita não corresponder à real, surge inevitavelmente um conflito que não é possível evitar e, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá, forçosamente perante a Constituição real, a das autênticas forças vitais do país.*

A Constituição, como Lei Fundamental do Estado, é mais que um simples programa de governo ou expressões de desejos: é uma lei e, ainda mais, uma lei superior, de modo que tudo o que a Constituição concede com sua imperatividade suprema deve-se fazer e tudo o que exige, tem-se o dever de cumprir. À Constituição todos devem obediência, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assim como todos os demais membros da sociedade. [19]

As normas constitucionais, mesmo cumprindo diferentes funções, são todas dotadas de imperatividade, embora não tenham a mesma capacidade de aplicação, posto que revelam uma graduação em sua carga eficacial. [20]

Aceita-se que as normas constitucionais possuem, *de per si*, capacidade de aplicação, isto é, têm um mínimo de eficácia, refletindo-se não só no que diz respeito às suas relações internormativas, mas, também, em relação à realidade social. [21]

---

[16] Como tal podem ser compreendidos o parcelamento e a edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação para reforma urbana (Constituição Federal de 1988, art. 182, § 4º, I a III).
[17] LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*. 2003, p. 171.
[18] LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*?. São Paulo: Global Editores, 1986 , p. 56
[19] Cf. NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Normas Constitucionais.* p. 250.
[20] Id. Ibid. p. 252.
[21] Id. Ibid. *loc. cit.*

Alexandre de Moraes [22] ensina-nos que a Constituição Federal adotou a moderna concepção de *direito de propriedade*, pois ao mesmo tempo em que o consagrou como direito fundamental, *deixou de caracterizá-lo como incondicional e absoluto.*

A doutrina da função social da propriedade sempre teve por escopo estabelecer que o uso da propriedade sempre deve estar diretamente relacionado com o bem da coletividade. [23]

Concluindo, o conceito de função social da propriedade não é evidenciado senão à luz das próprias evoluções por que vai passando a sociedade. Não é possível uma conceituação definitiva, acaba pronta do que seja a função social da propriedade porque são as próprias demandas e exigências sociais que, com o tempo, vão fazer com que os requisitos para a satisfação dos seus interesses possam ser mais ou menos exigentes. [24]

É necessário dar a maior efetividade possível para as normas constitucionais programáticas, mediante adequada compreensão de sua força jurídica, para que seja possível identificar quando dão lugar ao surgimento de direitos subjetivos. É cediço nos dias de hoje, o reconhecimento de que em uma Constituição não há simples declarações sem valor normativo. [25]

A imperatividade superior das normas programáticas é inquestionável. [26]

A propriedade é um instituto jurídico cujo conteúdo não é único, cabendo à lei, dentro do que a Constituição Federal dispõe defini-lo como tal. A esta definição corresponde um conjunto transdisciplinar de interesses e matérias, jurídicas ou não, que vêm demarcadas, por sua vez, com tonalidades ideológicas específicas imediatas e mediatas. [27]

A legislação, ao estabelecer limites e limitações, tem imposto ao titular do direito um *fazer* (conservar o prédio urbano), um *não-fazer* (não usar nocivamente a propriedade imobilizada em detrimento dos vizinhos) ou um *suportar* (o vizinho pode entrar no terreno limítrofe para reparar o muro divisório). [28]

---

[22] MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 173.
[23] SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Propriedade em face da ordem constitucional brasileira. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n° 25, s/d, p. 131.
[24] BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 131.
[25] NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Normas Constitucionais.* p. 253.
[26] Id. Ibid. *loc. cit.*
[27] LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico.*2003, pp. 219-20.
[28] AZEVEDO, Filadelfo. *Destinação do imóvel*. 1957, pp. 143-47.

Desde a edição da Carta Política de 1988 no Brasil que temos presente a existência destacada dos seus princípios fundamentais, em sua parte introdutória, os quais não teriam razão de existir não fossem para instrumentalizar todo o tecido constitucional a regras consideradas pelo constituinte como fundamentais, a formar vetores axiológicos interpretativos para os demais preceitos, e pressupostos para a inteligência de todos os institutos previstos pelo Texto e dispostos no mesmo grau hierárquico. [29]

Assim é que a tutela social dos incisos XXII e XXIII do art. 5º, insertos dentre os direitos e garantias individuais, está a impregnar toda a Constituição e o Ordenamento vigente, garantindo, dentre outras prerrogativas, a propriedade desde que vinculada à sua função social. [30]

A perspectiva axiológica do conceito referido, por sua vez, vem orientada pelos princípios fundamentais da República, que têm na dignidade da pessoa humana regra basilar, fixada pelo art. 1º da Constituição. Significa dizer que o dispositivo normativo deve ser interpretado em consonância com o art. 3º, que fixa, dentre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. [31]

Os espaços físicos das cidades sofrem os primeiros sinais do modelo de crescimento econômico desordenado, inchando as vias urbanas de prédios inseguros e insalubres, amontoando pessoas como animais e relegando à condições inumanas de trabalho operários e profissionais do mercado de trabalho. Todos estes fatores fomentam a ocupação do solo de forma descontrolada, proliferando, de um lado, clandestinamente, a formação de núcleos habitacionais sem a menor infra-estrutura (água, esgoto, luz, serviços públicos), e de outro lado, permitindo o surgimento de novos feudos de elites que se privilegiaram com aquele modelo de mercado, configurando-se/reproduzindo-se na cidade segregações e discriminações sociais, demarcando territórios e campos de mobilidade de cidadãos de primeira, segunda e terceira classe (bairros nobres, vilas, cortiços, etc.). [32]

---

[29] LEAL, Rogério Gesta. Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. 2000, *passim*.
[30] Id. *Direito urbanístico.*2003, p. 223.
[31] Id. Ibid. 2003, *loc. cit.*
[32] Id. Ibid. 2003, pp. 240-1.

Mister é que, em face desta realidade, o Poder Público conte com instrumentos e mecanismos de gestão mais eficiente da ocupação do espaço urbano, principalmente levando em conta a natureza política e social dos problemas que marcam o diagnóstico feito acima. Aqui é que entra a pertinência da expropriação por interesse social. [33]

No seu art. 2º encontramos uma definição do que seja interesse social, a saber: I – O aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; II – A instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça ao plano de zoneamento agrícola (vetado); III – O estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; IV – A manutenção de posseiros em terrenos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias; V – A construção de casas populares; VI – As terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; VII – A proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e reservas florestais; VIII – A utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriadas ao desenvolvimento de atividades turísticas (acrescentado pela Lei 6.513/77). [34]

A Constituição de 1988 não chegou a uma declaração do direito à moradia. Fê-lo, porém, através da Emenda Constitucional 26/2000, pela sua inclusão entre os direitos sociais previstos no seu art. 6º e pela imposição ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da competência-dever de satisfazer esse direito-necessidade humana. Assim é que conferiu à União a competência para instituir diretrizes para a habitação (art. 21, XX) e estatuiu a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para *promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico* (art. 23, IX). A contrapartida dessa competência é precisamente o direito de todos à moradia, incumbindo, assim, àquelas entidades do Poder Público promover tais providências para

[33] Id. Ibid. 2003, pp. 242-3.
[34] Id. Ibid. 2003, pp. 251-2.

a satisfação desse direito em relação à população que, por deficiência econômica, não pode provê-lo por seus próprios meios. [35]

Direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, IX, da CF, pois é um direito que *não terá um mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidade de conseguir habitação própria ou de obter uma por arrendamento em condições compatíveis com os rendimentos da família*. [36]

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, aos *indivíduos* para a proteção, garantida pela Constituição à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e nem tampouco conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano.[37]

Como resultado da nova ordem constituída, enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de direito civil, fundado pela Constituição, a prevalência é de ser atribuída às situações jurídicas não-patrimoniais porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a proteção prioritárias. Por isso, nesse novo cenário, passam a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas dos não-proprietários dentre outros. [38]

É neste ambiente que se torna necessário reconhecer, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao direito civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito

[35] SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 2006, p. 382.
[36] Id. Ibid. 2006, pp. 382-3.
[37] Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. In: *Revista dos Tribunais*, v. 779, ano 89, 2000, p. 57.
[38] Id. Ibid. 2000, p. 59.

à solidariedade social.[39] Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que, *strictu sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade inclusiva. [40]

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Filadelfo. *Destinação do imóvel*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1957.

BARRUFINI, José Carlos Toseti. *Revolução e poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*? [trad. de Manoel Soares]. São Paulo, Global Editores, 1986.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico:* condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[39] Cf. Miguel Reale os três princípios fundamentais são: *a eticidade* – procurou-se superar o apego do Código atual ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos 19 e 20, do direito tradicional português e da Escola germânica dos pandectistas, aquele decorrente do trabalho empírico dos glosadores; está dominado pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano; *a socialidade* – é constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um país ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual. *A operabilidade* – muito importante foi a decisão tomada no sentido de estabelecer soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito. REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: *Jus Navigandi*, n° 54, fevereiro/02 [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718 [acesso em 23/08/2006].

[40] Id. Ibid. 2000, *loc. cit.*

_____. *A função social da cidade e da propriedade no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin. Constituição e Direito Civil: tendências. In: *Revista dos Tribunais*, v. 779, ano 89, 2000.

NERY FERRARI, Regina Maria Macedo. *Normas Constitucionais Programáticas*: Normatividade, Operatividade e Efetividade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEN, Ruben George. *Urbanização e mudança social no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1980.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1981.

_____. Visão geral do novo Código Civil. In: Jus Navigandi, n° 54, fevereiro/02 [Internet] http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718 [Acesso em 23/04/2007].

RIOS, Roger Raupp. A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, 1995, v. 64.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Volney Zamenhof de Oliveira. Propriedade em face da ordem constitucional brasileira. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n° 25, s/d.

PROCESSO LEGISLATIVO SOCIAL A PARTIR DA ESFERA LOCAL

Ricardo Hermany[*]

Danielle Soncini Bonella[**]

RESUMO

Este artigo apresenta o processo legislativo social a partir da esfera local. O Brasil, devido a sua extensão geográfica e complexidade produtiva, registra níveis de desigualdade social e exclusão de forma bastante diferenciada entre as suas cinco regiões (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul). A concentração do dinamismo econômico nas cidades pólos dentro de cada região cria um processo de migração interna, ao mesmo tempo em que coloca a necessidade de buscar alternativas para o desenvolvimento econômico e social local. Nesse sentido, a cidade desponta como a unidade básica da organização social, uma vez que é no espaço público local que as políticas públicas podem ser articuladas em dinâmicas sinérgicas em torno da qualidade de vida do cidadão. É neste espaço sócio-político que melhor se manifestam os instrumentos de socialização do processo legislativo e das demais decisões públicas, observando-se o princípio da subsidariedade, o qual busca a justa distribuição de competências de cada esfera governamental. Uma sociedade democrática de direito pressupõe a participação de seus integrantes em tomadas de decisão público-administrativa, ou seja, quando da formulação de políticas públicas no contexto de uma sociedade, esta deve ter voz ativa nas audiências públicas, estas institucionalizadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, incluindo a discussão da lei orçamentária, pois são de interesse próprio dessa sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: PROCESSO LEGISLATIVO SOCIAL; ESPAÇO PÚBLICO LOCAL; CIDADANIA.

[*] Doutor em Direito pela UNISINOS, com estágio de doutoramento na Universidade de Lisboa, Portugal. Atualmente exerce a Coordenação do Curso de Direito da UNISC, sendo Professor do PPGD – Mestrado (UNISC), na disciplina Poder Local e Inclusão Social, da Graduação (UNISC), na disciplina de Direito Municipal e Coordenador do grupo de estudos em Gestão Local dessa IES. É membro da Associação Internacional de Direito Constitucional, do Núcleo de Planejamento Urbano (UNISC) e do Centro de Estudos sobre Serviços e Políticas Públicas da UNISC. Coordenador do MBA em Gestão Estratégica Municipal UNISC/FAMURS.

[**] Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e mestranda em Direito, Área de Concentração em Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz-RS, professora titular das disciplinas de Teoria Geral do Estado, Ciência Política, Direito Civil I , Processo Civil I e Direito Administrativo da FAPAS- Faculdade Palotina –Santa Maria-RS

ABSTRACT

This article presents the social legislative process form the local sphere. Brazil, due to its geographic extension and productive complexity, register levels of social inequality and exclusion in a sufficiently differentiated way between its five regions (North, Northeast, Center-West, Southeast and South). The concentration of the economic dynamism in the polar cities regions inside of each region creates a process of internal migration, at the same time where it places the necessity to search alternatives for the local economic and social development. In this direction, the city blunts as the basic unit of the social organization, once it is in the local public space that the public politics can be articulated in synergic dynamic around the quality of life of the citizen. It is in this social political space that better discloses the instruments of socialization of the legislative process and the public decisions, observing the principle of the subsidiary, which search's the joust distribution of abilities of each governmental sphere. A democratic society of right estimate the participation of its integrant ones in taking of public-administrative decision, or either, when the formularization of public politics in the context of a society, this must have active voice in the audiences, these institutionalized by the Law of Fiscal Responsibility - LRF, including the quarrel of the budgetary law, therefore are of proper interest of this society.

KEYWORDS: SOCIAL LEGISLATIVE PROCESS; LOCAL PUBLIC SPACE; CITIZENSHIP.

INTRODUÇÃO

A desigualdade social e os processos de exclusão, embora determinados por causas estruturais da sociedade brasileira, ocorrem no espaço local. É nesse espaço que os cidadãos moram, produzem, consomem e vivem. Assim, a análise dos níveis e formas da desigualdade e exclusão no espaço local é fator fundamental para se procurar alternativas criativas, no nível local, para enfrentar e alterar a realidade social. Após o processo de democratização da sociedade brasileira cresceu o processo de descentralização e municipalização das políticas públicas, este processo tem, no entanto, encontrado bastante resistência no governo federal no que se refere à descentralização dos recursos fiscais.

O desenvolvimento local significa o processo de construção consciente, integral e integrador de grupos humanos, e de sua transformação em comunidade cidadã, ativa e participativa. Esse processo resulta no empoderamento da comunidade, cujo objetivo leva em conta a relação e os níveis de dependência com o Estado e os condicionamentos internacionais, apropriando-se e/ou criando o espaço público a partir de

diferentes formas de auto-organização dos cidadãos, construindo progressivamente a democratização do poder público.

Nesse sentido, visa melhorar a inter-relação entre os distintos atores que intervêm nos espaços local, nacional e global, configurando novas formas de articulações, nas quais se fazem presentes todos os aspectos.

Sendo assim, este artigo tem por objetivo apresentar uma breve discussão a respeito do processo legislativo social a partir da esfera local.

1 PROCESSO LEGISLATIVO SOCIAL

1.1 Princípios constitucionais do processo legislativo social

No que diz respeito aos princípios do processo legislativo, Canotilho[1] já alertava que "só o princípio da soberania popular, segundo o qual 'todo o poder vem do povo', assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular".

O ser humano cria uma consciência do social, regida por regras baseadas nos fatos sociais concretos, sendo regras abstratas e concretamente percebidas (metafísicas). É o fato social dando causa às regras sociais. Há uma tendência a se observar as necessidades de todas as classes sociais, enquanto agrupamentos de pessoas das mesmas condições culturais e econômicas. Forma-se assim uma nova visão do homem: o homem social, tendo como base o direito de cada um, formando um conjunto solidário.[2]

Seguindo essa tendência, as leis devem refletir cada vez mais as necessidades sociais; devem abranger os anseios de todos os cidadãos independentemente da classe social. No Brasil, observam-se grandes avanços nesta área, principalmente na Constituição Federal no art. 1º, II, III e IV, que mostram como fundamentos do Estado Democrático e princípios constitucionais do processo legislativo o direito à cidadania, à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; art. 3º, I, III e IV, que constituem como objetivos fundamentais da República a erradicação da

[1] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 30.
[2] SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro. *Direitos sociais:* considerações. Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br/ladob.html>. Acesso em: 14 abr. 2007.

pobreza e a redução da desigualdade social, bem como a promoção do bem comum e a proibição da discriminação; art. 5º, que garante os direitos individuais; art. 6º e 7º que dizem respeito aos direitos sociais, incluindo a proteção à saúde e ao trabalhador assim como aos desamparados.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um conjunto de princípios a partir dos quais impôs a transição de uma Administração Pública de viés autoritário para outra que privilegia o cidadão, permitindo, desse modo, a institucionalização do processo participativo, definido por muitos como direito de participação.

Dessa forma, surgem como direitos do cidadão os próprios princípios constitucionais que regem o processo legislativo, que nada mais são do que os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a saber: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político.

O Estado da pós-modernidade é aquele concebido na forma democrática, consoante o disposto no parágrafo único do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil e que deve estar disposto e preparado, também institucionalmente para garantir o exercício da soberania popular. Soberania que decorre do fato de que em nome do povo o poder deverá ser exercido e o exercício de tal poder se dará por meio de representantes eleitos, mas também diretamente.[3]

É importante destacar que a idéia de participação deve estar vinculada a diversos princípios que informam a atividade administrativa, no sentido de permitir um efetivo processo de integração da sociedade com as decisões públicas. Isso porque é fundamental identificar os novos paradigmas que informam a atividade administrativa aos pressupostos de construção de um direito social. Cabe destacar também o direito administrativo, que será influenciado a partir de uma proposta que priorize a participação dos cidadãos na formação das políticas, numa estratégia de gestão compartilhada. Essa nova concepção de gestão pública passa, indiscutivelmente, pela avaliação dos princípios norteadores da administração, essenciais para a consolidação da cidadania, manifestada, dentre outras formas, pela idéia de controle externo sobre a gestão. Tal perspectiva demonstra a absoluta vinculação do estudo de temas de direito administrativo com a evolução e com a transformação do Estado.

[3] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 46.

A cidadania consiste num conjunto indissociável de direitos e deveres do indivíduo, perante o Estado e a sociedade, os quais caracterizam a democracia. Nesse sentido, quanto ao controle social do Estado é fundamental para a democracia, a fiscalização sobre os agentes e as instituições públicas, exercida por órgãos da própria estrutura do governo, pela sociedade entre outros.

Salienta-se a repercussão dessa nova concepção de Estado e Administração Pública, a partir da conjugação de dois elementos fundamentais para a regularidade das decisões públicas: a participação popular (Estado Democrático) e a justiça material (Estado de Direito). Nesse sentido, a idéia de controle social das decisões públicas assume posição de absoluto destaque nesse novo contexto, em que a discricionariedade administrativa, tão característica do modelo do *Welfare State*, cede espaço para uma atuação do Administrador vinculada aos princípios constitucionais, dos quais se destaca a consolidação da cidadania, ou seja, a participação dos atores sociais na formulação das políticas públicas.

O processo de democratização brasileiro marca-se pela ação coletiva de atores sociais que, em sua luta contra o autoritarismo, limitam o poder do Estado, geram potenciais organizativos no terreno da sociedade civil e constroem alternativas de organização social e política.[4] A experiência de construção democrática brasileira caracteriza-se pela possibilidade de trânsito de projetos configurados no interior da sociedade civil para o âmbito do Estado, endereçados à democratização das políticas públicas, em especial na esfera local.[5]

O papel dos novos atores na cena política questiona a exclusão social e a ação do Estado, bem como se volta para a ampliação do político, para a transformação das práticas dominantes e para a cidadania e inclusão, enfatizando as possibilidades de constituição de uma nova gramática social e de relações entre o Estado e a sociedade, incluindo a possibilidade de experimentalismo na esfera do Estado. O elemento nuclear de democratização é o reconhecimento da possibilidade de inovação, compreendida, em seus termos, como a participação ampliada dos diversos atores sociais nos processos decisórios, “em geral, estes processos implicam a inclusão de temáticas até então

[4] AVRITZER, Leonardo. *Esfera pública, teoria democrática e participação:* uma análise da deliberação nos conselhos de políticas. Belo Horizonte: UFMG, 2000. p. 18.
[5] DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 287.

ignoradas pelo sistema político, a redefinição de identidades e vínculos e o aumento de participação, especialmente no nível local".[6]

A legislação complementar, Estatuto da Cidade[7], Lei n. 10.257, aprovada em 2001, ampliou significativamente o tratamento da participação, estabelecendo como uma das diretrizes de política urbana a gestão democrática das cidades, mediante a participação da população e das associações representativas na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos, bem como prevendo instâncias distintas de participação (conselhos, gestão participativa do orçamento, conferências, debates, audiências públicas, iniciativa popular em projetos de lei, planos e projetos). Isso pode ser constatado no § 4º do artigo 40, I, e no art. 43, I, II, III, IV, do citado diploma legal.

Por sua vez, nos termos como concebida a participação popular pela Constituição Federal de 1988, ela deve ter lugar em todos os níveis de exercício do poder político. Mas o nível local é, por excelência, seu *habitat* natural. A proximidade que as comunidades menores permitem, entre o povo e os governantes, é elemento incentivador e facilitador da participação.

Portanto, a cidadania não é apenas um conjunto de direitos, mas implica também a participação responsável na esfera pública e na vida social, nas quais o cidadão deverá desenvolver atividades, no sentido de lutar pela integração social, conservação do ambiente, justiça social, solidariedade, segurança, tolerância, afirmação da sociedade civil *versus* arbitrariedade do poder. Essa participação cidadã visa acompanhar o que está sendo discutido nos espaços públicos em que a sociedade pode intervir, participando de planejamentos e políticas públicas.

1.1.1 Soberania popular

A realização da soberania popular se dá através da participação. A soberania popular assume forma jurídica, através do processo legislativo democrático, que faz valer o nexo interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, concebidas, desde o início, como dimensões co-originárias e equiprimordiais da autonomia jurídica. Em

[6] SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 59.

[7] BRASIL. *Lei n. 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <HTTPS://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 11 abr. 2007.

outros termos, uma soberania popular interpretada procedimentalmente garante que as duas dimensões da autonomia jurídica se articulem reciprocamente, pois os destinatários das normas jurídicas vigente, enquanto sujeitos jurídicos privados, pelo processo legislativo democrático que se realiza através da mediação jurídica entre canais institucionalizados e não institucionalizados de formação da vontade e da opinião políticas, enquanto cidadãos se tornam os autores dos seus próprios direitos e deveres.[8]

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 14, a iniciativa popular de lei, ou seja, a participação direta da população no Legislativo, como uma das formas de exercício da soberania popular, que é um dos fundamentos da República, consoante o parágrafo único do artigo 1º da Constituição. O artigo 61 do texto constitucional expressa que a iniciativa legislativa também compete aos cidadãos, nos casos e formas previstos pela Constituição. A única regulação da iniciativa popular existente na Constituição de 1988 está presente no artigo 61, § 2º, que prescreve que os projetos de iniciativa popular devem ser susbscritos por mais de 1% do eleitorado nacional, distribuído em pelo menos cinco Estados, com não menos de três décimos por cento de eleitores de cada um deles. A Constituição não cria nenhuma outra restrição à iniciativa legislativa popular.[9]

O povo é o soberano no Estado Democrático. A questão da iniciativa popular diz respeito à questão sobre quem é o soberano no Estado Democrático de Direito, da relação entre poder constituinte e poderes constituídos. A limitação da iniciativa legislativa popular nada mais é do que uma tentativa de bloqueio da participação popular pelos poderes constituídos.[10]

Para Bonavides[11], a legitimidade precisa ser repolitizada, a soberania popular deve ser efetiva. E, em uma democracia, o ponto fundamental é entender o povo como o sujeito da soberania, ou seja, há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular.

O constitucionalismo é o mecanismo moderno mais importante para garantir a soberania popular, no sentido de ampliar para além dos representantes o círculo de

---

[8] HABERMAS, 1997; 1998 apud CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 83.
[9] BERCOVICI, Gilberto. *Formulação de consulta sobre a constitucionalidade do Projeto de Iniciativa Popular* (PLC n. 36/2004). São Paulo: Instituto Pólis, 2004. p. 1.
[10] BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa*: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991. p. 166.
[11] BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa:* por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 11.

participantes que são responsáveis pela elaboração e revisão das leis fundamentais. Mesmo que a deliberação legislativa seja monitorada e influenciada por processos sociais de determinação, não há, dentro de um modelo puramente deliberativo de democracia, garantias institucionais de que os interesses públicos não sejam usados de modo meramente retórico e que as contribuições da opinião pública sejam seriamente consideradas pela legislatura.[12]

1.1.2 Cidadania e participação popular

A cidadania fundamenta-se nos princípios da lei e da igualdade: todos são iguais perante a lei e todos têm o direito de participar, direta ou indiretamente, do processo de elaboração dessas mesmas leis (participação política). A cidadania implica, ainda, direitos sociais ou, como bem coloca Marshall[13], o direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Cidadão é o indivíduo que possui obrigações e direitos perante a sociedade, da qual é parte integrante e dela participa. Possui como principais direitos o acesso à moradia, à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer e à circulação. Porém, para que esses direitos sejam exercidos, há a necessidade de que se respeite os princípios de independência, autonomia e dignidade, de forma coletiva e individual. Esses princípios, por sua vez, devem contemplar a totalidade dos indivíduos que compõem a sociedade, entretanto, há uma parcela da população que sofre com a exclusão social causada, principalmente, pela dificuldade de locomoção e movimentação pela cidade e demais ambientes de uso comum.[14]

Grande parte dos organismos internacionais de maior peso vem adotando a participação como estratégia de ação em suas declarações, projetos e, inclusive, em diversos casos, institucionalizam-na como política oficial.[15]

---

[12] ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 55-56, 2002. p. 85-103-90.

[13] MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

[14] BRASIL. Ministério das Cidades. Brasil acessível – Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. *Caderno 2 - Construindo a cidade acessível*. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, Ministério das Cidades, 2006.

[15] KLIKSBERG, Bernardo. Como pôr em prática a participação? Algumas questões estratégicas. In: MACHADO, Geraldo et al. Gestão Pública: desafios e perspectivas. *Cadernos Flem VIII – Gestão Pública e Participação*, Salvador: Fundação Luís Eduardo Magalhães, p. 61-97, cap. II, 2005.

O ponto mais importante a referir em relação ao princípio da participação é em relação à gestão orçamentária participativa, como integrante do planejamento e gestão das cidades. O artigo 44 do Estatuto dispõe que a gestão orçamentária participativa incluirá obrigatoriamente a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, ou seja, em todo processo de discussão orçamentária, como condição obrigatória para a sua aprovação pela Câmara Municipal.

2 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL

2.1 O espaço local

É na esfera local que se viabiliza a apropriação do espaço público estatal pela sociedade. Para Santos[16], a separação é fruto da globalização, enquanto o local permite a união.

A valorização do local como instância privilegiada para planejar e executar políticas públicas governamentais remonta aos anos 70, mas não como prática que se encontrasse com freqüência naquele contexto altamente centralizador e autoritário.[17]

O município surgiu com a Constituição de 1988 como o local de gerência do desenvolvimento social e econômico, persistindo a dificuldade de transformar essa autonomia legal em autonomia efetiva, na medida em que se mantiveram centralizados os recursos necessários para dar ao município o poder de implementar as políticas públicas necessárias para reverter o grave quadro social. Esse impasse se expressa nas condições sociais de vida da população de cada município e das opções encontradas em cada espaço local para enfrentar esse desafio.

O interesse local, como requisito para a definição das políticas de competência do Município refere-se aos assuntos em que predomina uma estruturação mais descentralizada e democrática do Estado. O que define e caracteriza o interesse local, inscrito como dogma constitucional, é a predominância do interesse local sobre o

[16] SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo:* globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Hucitec, 1994.
[17] FRANÇA, Cassio Luiz de; CALDAS, Eduardo de Lima; VAZ, José Carlos (org.). *Aspectos econômicos de experiências de desenvolvimento local:* um olhar sobre a articulação de atores. São Paulo: Instituto Pólis, 2004. p. 6.

do Estado e o da União. Essa definição é imprescindível para a consolidação do Município como ente federado com efetivas atribuições constitucionais.

Além de uma concepção abrangente da idéia de interesse local, como forma de concretizar a idéia de subsidiariedade, própria do princípio federativo, é imprescindível que ocorra uma (re)definição do relacionamento do Município com as demais esferas da Federação no que tange às competências comuns, bem como a suplementar.

No que diz respeito à competência municipal suplementar, destaca-se, ainda, a idéia de interesse local como cláusula genérica implícita, uma vez que a possibilidade de complementar ou mesmo editar norma diante da omissão do legislador competente destas esferas da Federação, não abrange a integralidade dos assuntos, sendo fundamental a existência de pertinência temática.

O espaço local, além de favorecer a construção da responsabilidade social, contribui para a efetividade do controle social. A esfera local compreende tanto a área urbana do município quanto a rural. A definição da área urbana do município é dada pela Lei do Perímetro Urbano, de competência exclusivamente municipal, servindo tanto para fins urbanísticos quanto tributários. É esse perímetro urbano que indica o limite oficial entre as áreas urbanas e rurais. De acordo com o Manual de Delimitação dos Setores de 2000, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE[18] –, a área urbana é definida como a "área interna ao perímetro urbano de uma cidade ou vila"; e, a área rural é definida por diferença, como a "área externa ao perímetro urbano"[19].

É no vetor da democratização da gestão urbana que se constata a adequação do Estatuto da Cidade com a idéia de direito social. Ele traz de forma expressa instrumentos de gestão democrática, como é o caso da Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Licitações, permitindo uma maior efetividade do controle social, tendo em vista a proximidade com os atores sociais, contribuindo para a construção de uma cidadania governante.

2.1.1 Gestão democrática: as audiências públicas na legislação orçamentária e no plano diretor

[18] IBGE. *Perfil dos municípios brasileiros:* gestão pública 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. p. 101.
[19] Quando o município não possui essa lei, é o próprio IBGE que estabelece os limites do quadro urbano que serão considerados pelo Censo Demográfico.

A Constituição de 1988 definiu princípios e diretrizes que deveriam superar a insuficiência dos canais de representação, assim como o corporativismo e o clientelismo, características marcantes da política social brasileira. A constituição de identidades coletivas dá substância a uma concepção moderna de cidadania e forja novas formas de solidariedade social.[20]

A revalorização da esfera local, enquanto instância de representação de poder, impulsiona a implementação de mecanismos inovadores de gestão pública, baseados em uma maior participação popular. Esses mecanismos são os fóruns, conselhos e comissões, impulsionados pelo próprio processo de descentralização, de um lado, e, de outro, pelas mudanças na relação Estado-sociedade. Os Conselhos Municipais desempenham um importante papel no atendimento das demandas locais, uma vez que constituem instâncias da sociedade civil que representam direitos e interesses específicos.[21]

O poder local é mais factível de ser democratizado e de proporcionar maior participação, dada a sua proximidade com o cidadão. "A proximidade do poder é, no mínimo, ambígua, pois é, também, o lugar da reprodução do poder discricionário das oligarquias".[22]

É possível observar que a participação popular está expressa não só no princípio fundamental da cidadania, e no rol de direitos e garantias fundamentais, mas também está afirmada quando da sua possibilidade no planejamento municipal nos termos do art. 29, XII, planejamento este que é obrigatório conforme o art. 174 da Constituição Federal de 1988, assim sendo, tem-se dois princípios, o da participação popular e o da obrigatoriedade do planejamento, que podem ser sintetizados em termos de política de desenvolvimento urbano executada pelo poder público municipal, segundo as diretrizes gerais fixadas em Lei pela União como o princípio da obrigatoriedade do planejamento participativo, que é o resultado da interpretação harmônica dos arts. 29, XII e 174 da Constituição Federal.[23]

---

[20] DAGNINO, Evelina. *Anos 90 políticas sociais e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 29.
[21] PAULA, Ana Mônica Hughes de et al. Descentralização e os governos locais: uma análise dos municípios rurais do Nordeste. *Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 14, n. 3, p. 577-592, dez. 2004. p. 577-578.
[22] NUNES, Edson. Poder local, descentralização e democratização: um encontro difícil. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo: SEADE, v. 10, n. 3, p. 32-39, 1996. p. 34.
[23] DIAS, Maurício Leal. A função social ambiental da cidade como princípio constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6210>. Acesso em: 12 abr. 2007.

O princípio da função social das cidades supera a tradicional visão da *urbis*. Refere-se ao atendimento das necessidades presentes, futuras e reconhecimento de condições capazes de desenvolver o município e oferecer melhores condições de vida aos seus munícipes. O princípio da função social da cidade é resultado da competência constitucional da União para instituir diretrizes gerais para o desenvolvimento urbano, sendo que essa política é executada pelos Municípios nos termos das diretrizes traçadas em Lei, hoje positivadas no Estatuto da Cidade, tal política de desenvolvimento urbano possui um viés nitidamente ambiental, pois deve garantir o bem-estar dos habitantes das cidades, o que está em plena consonância com o direito fundamental das presentes e futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.[24]

A atuação da esfera local, para os municípios com mais de vinte mil habitantes, inicia na formulação do plano diretor que deve indicar os pontos fundamentais em prol do desenvolvimento urbano e os ajustes a serem implementados de acordo com o plano de governo apresentado. É nesse instrumento que se materializa o projeto de reurbanização, também devem estar dispostas futuras medidas urbanísticas a serem ulteriormente implementadas. As limitações urbanísticas à disposição do município como medidas estatais interventivas de promoção do interesse coletivo podem ocorrer desde a imposição de limitações ao uso da propriedade até restrições relacionadas ao exercício de direitos por parte do proprietário, como medidas de proteção ao meio ambiente local.

A audiência pública é um dos instrumentos de promoção da participação popular nos municípios, permitindo que o poder executivo conheça as necessidades e demandas da população, na medida em que se constitui como espaço de diálogo e negociação de interesses. Consiste numa sessão de discussão aberta a toda a população para tratar de qualquer tema de importância para o município, tanto para a coleta de opinião no momento de formulação de uma política pública, quanto para debate em uma tomada de decisão. As audiências estão previstas pela Constituição Federal, Leis Federais e as Leis Orgânicas. Sendo assim, a participação popular pode ser realizada como controle social na Lei de Licitações, nas Leis Orçamentárias e na Lei de Responsabilidade Fiscal, “em função das conseqüências efetivas, geradas no âmbito da Administração Pública”.

[24] GRAU, Nuria Cunill. A democratização da administração pública. Os mitos a serem vencidos. In: MACHADO, Geraldo et al. Gestão Pública: desafios e perspectivas. *Cadernos Flem VIII – Gestão Pública e Participação,* Salvador: Fundação Luís Eduardo Magalhães, p. 13-59, cap. II, 2005. p. 14.

Para que isso se torne uma realidade, Freitag[25] afirma que a única via seria a execução de uma política orçamentária participativa em que a própria aplicação da lei, o desenvolvimento dos planos diretores e o controle da realização das medidas urbanas estivesse em mãos dos efetivamente interessados, ou seja, na mão dos moradores da cidade. Somente esse tipo de participação na solução dos problemas do dia-a-dia de suas cidades os transformará de moradores passivos em cidadãos ativos.

É fundamental que o processo de participação não seja meramente homologatório, ou efetivado para dar cumprimento ao estatuído em legislação federal. Deve-se concretizar, no processo de elaboração, pelo executivo e discussão, pelo legislativo, a plena participação do cidadão, a fim de que não se tratem de instâncias meramente homologatórias de decisões pré-constituídas.

Já se observa no direito social condensado de Gurvitch[26] a possibilidade de compatibilização do direito social com o direito estatal, desde que este esteja construído a partir de um fundamento de validade democrático. Neste aspecto, o ordenamento jurídico brasileiro se organiza a partir de um paradigma de Estado Democrático de Direito, princípio que concretizado, se coaduna com um processo de abertura dos espaços decisórios estatais para a interferência direta de uma cidadania participativa.

A resolução 25/2005 do Conselho das Cidades, que merece uma análise mais detalhada, procura estabelecer algumas estratégias capazes de evitar que as audiências públicas, essenciais para o processo participativo do plano diretor, se afastem dos pressupostos do direito social condensado. Trata-se de questões pertinentes às estratégias de publicidade e organização das audiências públicas, obrigatórias tanto para o executivo quanto para o legislativo no processo de construção participativa do plano.

Com efeito, a publicidade é fator essencial no processo legislativo municipal, exigindo-se que sejam informados em espaços que de fato cheguem ao conhecimento da população local, conforme se observa no artigo 8º, inciso I da citada Resolução. Dessa forma, a simples divulgação de extrato de convocação de extrato de edital na imprensa oficial não atende a exegese prevista no citado dispositivo.

É oportuno ressaltar ainda que tais audiências públicas devem ser realizadas em horários e locais que permitam o acesso da maioria da população, o que retira a

[25] FREITAG, Bárbara. *O novo Estatuto da Cidade*. Brasília: UnB, 2001. p. 2.

[26] GURVITCH, Georges. *L'Idée Du Droit Social*. Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinal depuis le xvii[e] siècle jusqu'à la fin du xix[e] siècle. Paris: Libraire Du Recueil Rirey, 1932. 713p.

legitimidade de audiências convocadas em horários de trabalho da maioria da sociedade ou em locais com acesso dificultado. Prioriza-se, com isso, a realização de encontros com a sociedade em diferentes regiões da cidade, a fim de que o plano contemple as especificidades de cada espaço local.

Dessa forma, assumem destaque as determinações relacionadas à organização das audiências para a elaboração do plano diretor participativo, considerando a previsão contida no art. 5º da Resolução 25/2005. No aludido dispositivo se nota a orientação no sentido de possibilitar a participação dos diferentes segmentos sociais, seja em função de pertinência temática, seja no que tange à divisão territorial.

Neste último aspecto, a localização das audiências assume destaque, considerando que os diferentes bairros, distritos e comunidades só terão participação se as reuniões ocorrerem em locais de fato próximos que permitam uma relação de pertinência e identidade.

Outro elemento a ser ressaltado no processo de elaboração do plano diretor é a previsão de ações no sentido de mobilização e capacitação de lideranças, a fim de que o processo de integração entre espaço público estatal, no caso representado pelos poderes executivo e legislativo municipal, e a sociedade, se efetive a partir de uma interlocução que permita à sociedade uma participação efetivamente ativa e não homologatória.

Já é sabido que tal procedimento não é simples, ao contrário, requer condições mínimas de exercício efetivo dos direitos de cidadania e que sejam observadas as distintas características locais de acordo com a realidade concreta. Com isso, reforça-se ainda mais a necessidade de consolidação do capital social na comunidade, pois não se pode ignorar a relevância da comunidade no contexto pretendido, com suas peculiaridades.

Em tal contexto, cabe referir a pertinência da previsão do *caput* do artigo 6º da resolução em análise onde se observa a necessidade de articulação e integração do plano diretor participativo com o processo de elaboração das leis orçamentárias. De fato, na elaboração orçamentária, conforme previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal, se observa claramente o critério de participação como requisito indispensável para a regularidade das mencionadas normas, quais sejam: plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

Com isso se aproveita a experiência e, por conseguinte, os avanços e, especialmente, os ensinamentos advindos dos limites da participação no processo

orçamentário para se construir uma estrutura de gestão participada no que tange ao planejamento urbano. Com efeito, a Resolução 25/2005 procura abordar os principais aspectos que permanecem vagos no processo de elaboração e discussão das leis orçamentárias, destacando-se a (im)possibilidade de apresentação de emendas e quais são efetivamente as potencialidades de intervenção do cidadão na proposta de projeto de lei a ser construída.

Isso porque, a experiência de audiências públicas nas leis orçamentárias tem demonstrado que inúmeras vezes a participação popular tem se restringido a uma participação homologatória da proposta apresentada pela administração municipal. Isso se dá seja pela inexistência de previsão expressa de um mecanismo de apresentação de emendas – o que por si só não poderia ser impeditivo para o exercício desta faculdade – seja pelas atas serem extremamente restritivas ou resumidas em relação ao processo de debate que muitas vezes permanece restrito a uma linguagem dominada pelo tecnicismo, desconhecido pela população.

Pelo disposto na Resolução n. 25/2005 do Conselho das Cidades, além da participação das lideranças comunitárias, movimentos sociais, profissionais especializados, entre outros atores sociais referidos no artigo 7º, a quem se destinam preferencialmente as ações de sensibilização, mobilização e capacitação, a construção do plano deve garantir a presença, conforme art. 8º, IV, de todos os cidadãos ou cidadãs. Esta participação destaca-se no mencionado diploma deve-se dar independente de comprovação de residência ou qualquer outro tipo de condição, garantindo, dessa maneira que a pessoa, independentemente de participar de um grupo social organizado, atue no processo de formação do plano diretor.

A resolução ainda avança no sentido da participação na medida em que estabelece a necessidade de agregar ao projeto de plano diretor que se envia ao poder legislativo um memorial completo do processo de construção participada da respectiva proposta. Além disso, no art. 10 se prevê a necessidade, após as reuniões setoriais com os bairros, distritos, segmentos, de uma conferência pública para aprovação do projeto de plano a ser encaminhado ao poder legislativo, com a participação dos respectivos delegados.

Outro aspecto em que se constata uma evolução é na previsão expressa da possibilidade de apresentação de emendas por parte da população, o que torna mais eficaz a retroligação com a sociedade. Neste ponto cabe destacar que um dos elementos que

apontavam para um déficit na efetividade da participação social nas leis orçamentárias se constituía na omissão legislativa acerca desta possibilidade, o que, sem dúvida, diminuía significativamente a efetividade e a efetiva interlocução entre espaço público estatal e sociedade.

Com efeito, pode-se notar que a Resolução n. 25/2005, em diversos aspectos, aprimora, a partir da experiência verificada no processo de elaboração das leis orçamentárias, a participação da sociedade, especialmente num país continental como o Brasil, em que a simples exigência de audiência pública para a elaboração do plano diretor não é suficiente pára a garantia de um controle social eficaz. Com os mecanismos previstos na citada resolução observa-se uma possibilidade de maior legitimação social das decisões públicas, do projeto a ser construído e, posteriormente, discutido com a sociedade na Câmara Municipal, podendo atender aos pressupostos teóricos do direito social condensado de Gurvitch[27].

No mesmo contexto, deve-se destacar a necessidade de realização de conferência ou evento similar, conforme preconiza o artigo 10 da citada regra do Conselho das Cidades, cujos resultados, debates, emendas, devem ser publicados em anais, que serão encaminhados ao poder legislativo. Trata-se de outras medidas assecuratórias da participação do cidadão, especialmente daqueles que não estejam articulados em grupos sociais, tendo uma atuação espontânea e individual, o que não retira, em qualquer hipótese a sua legitimidade.

A partir dos pressupostos de participação na elaboração do projeto de plano diretor participativo por parte do executivo municipal, o processo legislativo a ser desenvolvido pela Câmara Municipal para discussão da matéria deve seguir o mesmo referencial principiológico, avançando em relação à experiência ainda aquém do direito social condensado de Gurvitch[28] verificada, na prática, nas leis orçamentárias. Com efeito, é condição de constitucionalidade do processo legislativo de apreciação do plano diretor a mais ampla concretização do princípio constitucional da cidadania, haja vista se tratar de uma norma que, por essência, deve ser produto de uma apropriação do espaço público estatal municipal pela sociedade.

[27] Gurvitch, ibidem.
[28] Gurvitch, ibidem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto, constata-se que a Constituição Federal de 1988 legou papel fundamental ao Município, tendo em vista que é no seu território que os problemas de ordem urbanística despontam e devem ser resolvidos. Por sua vez, foi por meio de normas de ordem pública e interesse social, que o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) garantiu o direito à cidade e deu importância à gestão democrática ao informar o modo concreto de formulação da política urbana e da incidência dos dispositivos tratados nos seus capítulos, para o quê se exige sempre a necessária participação popular. A plena realização da gestão democrática é, na verdade, a única garantia de que os instrumentos de política urbana introduzidos, regulamentados ou sistematizados pelo Estatuto da Cidade não serão meras ferramentas a serviço de concepções tecnocráticas, mas ao contrário, verdadeiros instrumentos de promoção do direito à cidade para todos, sem exclusões.

Nesse sentido, a sociedade pode e deve exercer um papel mais efetivo de fiscalização e controle, estando mais próxima do Estado, imprimindo uma lógica mais democrática na definição de prioridade na alocação de recursos públicos. Registra-se, atualmente, a implantação de diversos canais de participação popular que apresenta uma multiplicidade de instâncias com perfil diferenciado e complementar. Além dos conselhos, das leis orçamentárias e das conferências ou fóruns temáticos, têm sido realizados debates e audiências públicas, voltados para discussões específicas sobre o Plano Diretor. Este, em discussão nos Municípios brasileiros, onde se observa que sua construção, a partir de uma estratégia participativa, conforme orientação emitida pelo Conselho das Cidades, pode servir de exemplo para a concretização de um direito social condensado, de acordo com os pressupostos teóricos de Gurvitch. Essa hipótese se potencializa considerando a articulação com a experiência das leis orçamentárias e, especialmente, com as possibilidades de superação dos limites impostos a efetiva atuação da cidadania observada na prática das audiências públicas previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000) como requisito para a elaboração dos mencionados diplomas legais.

Todavia, mister referir a importância da articulação de conceitos de participação e de capital social de uma determinada comunidade local com a efetividade dos instrumentos de construção de um plano diretor participativo. Dessa forma, as

orientações trazidas nas resoluções do Conselho das Cidades, vinculadas ao Ministério das Cidades, não são suficientes se aplicadas a uma comunidade de baixo capital social.

Dessa forma, mesmo reconhecendo os avanços da Resolução n. 25/2005, com ênfase para a possibilidade de apresentação de emendas, participação de qualquer cidadão, publicação de anais, é fundamental que se destaque a importância do capital social de cada comunidade. Portanto, a previsão do plano diretor participativo, mesmo com os avanços verificados em relação ao processo de construção das leis orçamentárias, não pode, por si só, ser considerada exemplo de direito social condensado, se desvinculada de um elevado grau de capital social.

REFERÊNCIAS

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 55-56, 2002.

AVRITZER, Leonardo. *Esfera pública, teoria democrática e participação:* uma análise da deliberação nos conselhos de políticas. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa:* referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991.

BERCOVICI, Gilberto. *Formulação de consulta sobre a constitucionalidade do Projeto de Iniciativa Popular (PLC n. 36/2004).* São Paulo: Instituto Pólis, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa:* por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Lei n. 10.257*, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <HTTPS://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 11 abr. 2007.

BRASIL. Ministério das Cidades. Brasil acessível – Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. *Caderno 2 - Construindo a cidade acessível*. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, Ministério das Cidades, 2006.

BRASIL. Ministério das Cidades. Brasil acessível – Programa Brasileiro de Acessibilidade Urbana. *Caderno 3 – Implementação do Decreto n. 5.296/04*. Brasília: Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana, Ministério das Cidades, 2006.

BRASIL. *Plano Diretor Participativo:* guia para a elaboração pelos municípios e cidadãos. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

DAGNINO, Evelina (org.). *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

DAGNINO, Evelina. *Anos 90 políticas sociais e sociedade no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 29.

DIAS, Maurício Leal. A função social ambiental da cidade como princípio constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 565, 23 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6210>. Acesso em: 12 abr. 2007.

FRANÇA, Cassio Luiz de; CALDAS, Eduardo de Lima; VAZ, José Carlos (org.). *Aspectos econômicos de experiências de desenvolvimento local:* um olhar sobre a articulação de atores. São Paulo: Instituto Pólis, 2004.

FREITAG, Bárbara. *O novo Estatuto da Cidade*. Brasília: UnB, 2001.

GRAU, Nuria Cunill. A democratização da administração pública. Os mitos a serem vencidos. In: MACHADO, Geraldo et al. Gestão Pública: desafios e perspectivas. *Cadernos Flem VIII – Gestão Pública e Participação*, Salvador: Fundação Luís Eduardo Magalhães, p. 13-59, cap. II, 2005.

GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social.* Notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le xvii^{e} siècle jusqu'à la fin du xix^{e} siècle. Paris: Libraire Du Recueil Rirey, 1932. 713p.

IBGE. *Perfil dos municípios brasileiros:* gestão pública 2001. Rio de Janeiro: IBGE, 2003.

KLIKSBERG, Bernardo. Como pôr em prática a participação? Algumas questões estratégicas. In: MACHADO, Geraldo et al. Gestão Pública: desafios e perspectivas. *Cadernos Flem VIII – Gestão Pública e Participação*, Salvador: Fundação Luís Eduardo Magalhães, p. 61-97, cap. II, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. Primeiros estudos. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. .

MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NUNES, Edson. Poder local, descentralização e democratização: um encontro difícil. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo: SEADE, v. 10, n. 3, p. 32-39, 1996.

PAULA, Ana Mônica Hughes de et al. Descentralização e os governos locais: uma análise dos municípios rurais do Nordeste. *Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 14, n. 3, p. 577-592, dez. 2004.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro. *Direitos sociais:* considerações. Disponível em: <http://www.aultimaarcadenoe.com.br/ladob.html>. Acesso em: 14 abr. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia:* os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo:* globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Hucitec, 1994.

DESAFIOS LEGAIS E FÁTICOS NA EFETIVIDADE DA GESTÃO URBANA PARTICIPATIVA: O PLANO DIRETOR DE CAMPOS DOS GOYTACAZES.

Wagner de Oliveira Rodrigues*

RESUMO

A necessidade do estudo sobre os mecanismos de participação popular que desafiam a vigência e a eficácia do Plano Diretor de Campos dos Goytacazes vem numa hora em que a necessidade de adequação deste instrumento à Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade) torna-se imperativo, em face de seu dispositivo que ordena a verificação dos Planos Diretores dos Municípios até fins de 2006, atualmente defasado na organização de sua nova redação pela municipalidade presente. Neste ínterim, e verificada a urgência de uma planificação mais coerente com a nova realidade da cidade, seja pelas suas riquezas minerais e seus *royalties* obtidos, seja por sua diversidade econômica e espacial, o reajustamento das dimensões de desenvolvimento, crescimento e ordenamento urbanos perpassam por um planejamento que impera por uma adequação dos princípios e diretrizes que norteiam os Planos Diretores, então instrumentos normativos face às Administrações Municipais e os munícipes que nele residem, numa forma de promover cidades sustentáveis e acessíveis a todos.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ESTATUTO DA CIDADE, PLANO DIRETOR, CAMPOS DOS GOYTACAZES.

ABSTRACT

The necessity of the study on the mechanisms of popular participation that defy the validity and the effectiveness of the Managing Plan of Campos dos Goytacazes comes in one hour where the necessity of adequacy of this instrument to Act 10.257, of 10 of July of 2001 (Statute of the City) becomes imperative, in face of its device that commands the verification of the Managing Plans of the Cities until 2006 ends, currently unbalanced in the organization of its new writing for the municipality gift. In this meantime, and verified the urgency of a more coherent planning with the new reality of the city, either for its gotten mineral wealth and its royalties, either for its economic and space diversity, the

* Wagner de Oliveira Rodrigues é advogado militante e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (2005). Atualmente é professor das Faculdades Doctum nas unidades de Manhuaçu e Leopoldina, ambas no Estado de Minas Gerais. Também é membro do Grupo de Pesquisa em Desenvolvimento Municipal do Programa de Mestrado em Políticas Públicas e Processo da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro.

urban readjustment of the development dimensions, growth and order coming for a planning that reign for an adequacy of the principles and lines of direction that guide the Managing Plans, then normative instruments face to the Municipal Administrations and the townspeople that in it inhabit, in a form to promote sustainable and accessible cities to all.

KEYWORDS: FEDERAL CONSTITUTION, STATUTE OF THE CITY, MANAGING PLAN, CAMPOS DOS GOYTACAZES.

INTRODUÇÃO

A dimensão jurídico-social que os Municípios alcançaram, com a queda do regime ditatorial e a redemocratização do país, a partir da Constituição Federal de 1988, possibilitou o requestionamento das políticas públicas sobre os instrumentos urbanísticos que pairavam na regulação do espaço urbano e das interações nele produzidas, uma vez que os planos ora direcionados a estas municipalidades concebiam uma projeção de cidade do futuro, não considerando assim as características preexistentes, mas tão somente relevando promessas legisladas de investimentos em aparelhos urbanos e controle (privado) sobre o solo urbano, resultando, desde então, em uma concepção tecnocrática da legislação urbanística, favorecendo a especulação imobiliária, o crescimento horizontal das cidades e o afastamento do serviço público à população de baixa renda.

Sob a nova ótica constitucional, mas com algumas impropriedades derivadas da herança cultural da gestão das cidades no Brasil, surge então o Plano Diretor de Campos dos Goytacazes (Lei Municipal n. 5.251/1991), ora nosso objeto de análise, e a participação popular – como fator condicional à existência deste. Após mais de dezesseis anos de vigência, e sob o pesar da revisão imposto pelo seu prazo já expirado, não se espera que a simples revisão de seu instrumento normativo municipal possa trazer a garantia do direito à cidade sustentável que todos os urbanistas de boa-fé pretendem. Mas é a partir do Plano Diretor, instrumento básico da política municipal de desenvolvimento urbano, que iniciaremos um processo de mudança, correlacionando-o às leis urbanísticas presentes, configurando-se em sua conseqüente revisão e atualização. Aqui ele é um conjunto de princípios e regras orientadoras da ação dos agentes que constroem e utilizam o espaço urbano, sendo assaz a permanente harmonia entre o Poder Público e a Sociedade,

uma vez que é o Plano Diretor um projeto de cidade de todos para todos.

Por este entorno é que, sabendo-se do prazo concedido aos Municípios, constado pelo Estatuto da Cidade (Lei Federal n. 10.257/2001, art. 50), para que façam ou atualizem os seus Planos Diretores, segundo os requisitos constitucionais do art. 182 da Constituição Federal e os critérios para sua aprovação previstos no art. 40, além do conteúdo mínimo definido no art. 42 daquela lei, é que se propõe este trabalho a analisar o estado do atual Plano Diretor do Município de Campos dos Goytacazes para, então, lançar as opiniões a respeito da configuração do mesmo, atualmente em processo de elaboração pela municipalidade.

1 BREVE VISÃO URBANA DE CAMPOS DOS GOYTACAZES

Campos dos Goytacazes, Município situado na Região Norte do Estado do Rio de Janeiro (vide figura 1), é tido como o maior município fluminense, possuindo uma área total de 4.040,6 km² (quilômetros quadrados), o que corresponde a 41,4% da área da Região Norte Fluminense. [1]

Para acessar ao Município, a principal via é pela BR-101, que liga o sul ao norte do Estado do Rio de Janeiro, além da BR-356 que liga a cidade aos Municípios de Minas Gerais e ao Município fluminense de São João da Barra. Além dos dois, outro importante acesso é pela RJ-216, na direção do litoral, que presta fundamentais serviços para as bases de apoio à exploração de petróleo na plataforma continental. Como elos ferroviários, as ferrovias Rio-Vitória e Campos-Recreio, no Estado de Minas Gerais, seguem cruzando o território de município.

De acordo com o censo de 2000, feito pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – Campos dos Goytacazes tinha uma população de 406.989 habitantes, correspondentes a 58,2% do contingente da Região Norte Fluminense. A densidade demográfica era de 103 habitantes por km², contra 74 habitantes por km² de sua região. Sua população, de acordo com estimativa feita pelo TCE – Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro –, em 2003, é de 416.441 pessoas. Também neste sentido, tendo

[1] TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Estudo Socioeconômico: Campos dos Goytacazes.* Rio de Janeiro : TCE-RJ, 2004, p. 05.

por base o censo de 2000 do IBGE, a população de Campos dos Goytacazes, frente ao contexto populacional do Norte Fluminense, é predominante, com a presença de 58% de pessoas contra outros 42% em todos os demais oito Municípios somados, incluso aí o de Macaé, tida hoje como pólo nacional do setor petróleo. [2]

Na população urbana da sede do Município em estudo, 316.951 pessoas, segundo o censo de 2000 do IBGE, residem nesta localidade, frente a outras 90.038 pessoas residentes em seus 15 distritos distribuídos em todo o território de Campos dos Goytacazes.

Desta forma, sob o contexto populacional, ao se falar de Campos dos Goytacazes, aborda-se o contexto de uma cidade com as virtudes de inúmeras fontes de oportunidades e de condições de progresso, em diversas atividades setoriais, desde as do setor primário até o setor terciário, perpassando pelos pólos universitários e pelo petróleo, combustível que sustenta não só a condição de vida de diversos munícipes, mas também da Administração Publica municipal que, por sua vez, recebe uma arrecadação ímpar com os chamados *royalties* da exploração do petróleo, sem prejuízo de suas atividades econômicas locais, principalmente no setor sucroalcooleiro. Como reflexos desta realidade, a imagem que se projeta em diversos cantos da região, senão a nível nacional, é da existência de um oásis de prosperidade econômica que motiva diversas pessoas a um êxodo regional rumo a uma cidade que, se por um lado guarda oportunidades nos setores de construção civil, petrolíferos, serviços e formações acadêmicas das mais diversas, por outro guarda uma relação de periferização que vem crescendo nos últimos anos. [3]

A posição da municipalidade de Campos dos Goytacazes no contexto estadual e regional, em ponto de estratégia na produção do espaço urbano e econômico de uma vasta área, atesta o quanto é imponente o impacto causado em torno da responsabilidade socioeconômica que Campos dos Goytacazes desempenha enquanto pólo de cidades vizinhas ou de regiões do próprio Estado do Rio de Janeiro. [4]

---

[2] IBGE *apud* TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Op. cit.*, p. 07.
[3] PIQUET, Rosélia. *Da Cana ao Petróleo: uma região em mudança.* In PIQUET, Rosélia (org.) *Petróleo, Royalties e Região*. Petrópolis : Garamond, 2003, p. 219.
[4] OBSERVATÓRIO SOCIOECONÔMICO DA REGIÃO NORTE FLUMINENSE. *Boletim Técnico n. 05: Favelas / Comunidades de Baixa Renda no Município de Campos dos Goytacazes.* Campos dos Goytacazes : Consórcio Universitário de Pesquisa da Região Norte Fluminense, agosto de 2001, p. 15.

Neste sentido, o cidadão que venha até a esta cidade, em boa parte das vezes não encontra outro lugar a se instalar a não ser nas periferias da cidade. Um estudo feito por um consórcio de pesquisas local revela, através de dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), de 2000, que a proporção entre favela-habitante é igual, se comparado com o município do Rio de Janeiro, reproduzindo o alarma que se alardeia no entorno da segurança pública e da violência desempenhada nestes núcleos segregacionistas. [5]

Em introdução feita para o contexto da 1ª Conferência Municipal da Cidade de Campos dos Goytacazes, e tendo por base os dados trazidos no planejamento urbano da municipalidade em comento, relata Peixoto Faria que, ao longo de todo o século XX, o Município viveu um processo de urbanização sem precedentes, a um pela expulsão dos menos favorecidos das áreas centrais, em nome do higienismo e do progresso das elites e, a dois, pela própria pauperização da cidade vivida a partir dos anos de 1960, quando então o setor sucroalcooleiro perde força e provoca uma migração dos trabalhadores neste setor do campo para a cidade, favorecendo o surgimento de uma periferia recente e de um adensamento nas favelas da cidade. [6]

Outras áreas foram favorecidas pela mesma dinâmica construtiva, fazendo com que lugares como a Pelinca, Santo Amaro e Tamandaré fossem bairros privilegiados dentro da massa urbana, ocorrendo verdadeiras verticalizações que estão sendo repensadas como um novo fator negativo do impacto urbano no Município.

Conforme delimitado abaixo, através das áreas de impacto sócio-espacial da zona urbana do Município, a área que mais ganhou com a dinâmica da ocupação urbana foi a área central definida pelo Plano de 1944, passando pela ocupação marginal nas áreas definidas em verde e na construção da periferia recente, a partir dos anos de 1970, constituindo o traçado em vermelho na definição de favelas, segundo definição do Plano Diretor local. [7]

---

[5] OBSERVATÓRIO SOCIOECONÔMICO DA REGIÃO NORTE FLUMINENSE. *Op. cit.*, p. 23.
[6] FARIA, Teresa Peixoto. *Introdução.* In PESSANHA, Roberto Moraes (org). *Campos dos Goytacazes: uma cidade para todos – análises e resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes : CEFET Campos, 2005, p. 19.
[7] PEIXOTO, Teresa de Jesus Faria. *Op .cit.*, p. 20.

Assim, a composição da municipalidade é a realidade de uma construção urbana sem planejamento e estruturada por uma ordenação urbana irregular, conjugado com um Plano Diretor inoperante, que só desenha ainda mais o contorno da realidade do crescimento e adensamento das favelas, onde o desafio da construção do Município desafia a todos os setores sociais, principalmente aqueles em que se encontram nestas áreas de risco, onde os aparelhos urbanos e os canais de comunicação social nem sempre são eficazes. [8]

Com vistas à resolução destes conflitos urbanos, o Plano Diretor se destaca como grande vetor da ordenação urbana e do planejamento de muitas das cidades brasileiras, em especial na presente análise. Não bastasse apenas este aspecto relevante, ainda tem-se dentro deste planejamento a possibilidade de estabelecer planos gerais e planos específicos, sobre cada área da municipalidade, ora a promover a ordenação do espaço urbano, de forma a garantir a melhoria da qualidade de vida da cidade, ora para transformar uma realidade específica que se quer aperfeiçoar, para maior harmonia do conjunto urbano. [9]

No entanto, até o presente momento, a concepção legal tomada pela municipalidade não é a correspondente às demandas do local, preferindo adotar uma legislação diferenciada que não atingem diretamente os objetivos e diretrizes urbanísticos que o fato social determina, já que o Poder Público, em 1998 readaptou o antigo PDUC - Plano de Desenvolvimento Urbano de Campos –, realizado inicialmente em 1979 pelo governo de Raul Linhares e mantendo os antigos traçados das projetadas avenidas perimetrais, ofuscando a presença legal do Plano Diretor de 1991.

Tal visão jus-urbanística é construída em face de um novo momento em que Campos dos Goytacazes apresenta desde então: como *cidade do petróleo*, que exigiria, da municipalidade, novas políticas que atendessem à destinação outrora conferida pelas participações governamentais na nova *Lei do Petróleo* (Lei Federal n. 9.478, de 6.8.1997), restando, a partir daí, uma série de reclamos de isolados segmentos da sociedade civil, em contraste com o movimento financeiro até hoje vivido pela Administração Pública de

[8] MARICATO, Ermínia. *Metrópole na Periferia do Capitalismo*. São Paulo : Hucitec, 1996 p. 73.
[9] FERNANDES, Edésio. *Direito do Urbanismo: entre a "cidade legal" e a "cidade ilegal"*. In FERNANDES, Edésio (org.) *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998. p. 89.

Campos dos Goytacazes, não atendendo a municipalidade, mesmo com tamanha receita, os atributos sociais que tais participações reclamam, por vezes, em um planejamento urbano distante do real. [10]

2 HIERARQUIA NORMATIVA E CONSONÂNCIA LEGAL DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PLANEJAMENTO URBANO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES: METODOLOGIA DA CONCEPÇÃO DO ANTEPROJETO DE PLANO DIRETOR

Conforme colocado sobre o contexto do Plano Diretor dentro do sistema de planejamento municipal, e cotejando a sua natureza jurídica, conforme determinado pelo princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB/1988), sua gênese depende de processo legislativo que se passe pelo Poder Legislativo municipal, com o destaque da obrigatoriedade do envolvimento popular no processo de concepção do anteprojeto de lei. Desta forma, é necessário situar a hierarquia legislativa municipal que o Plano Diretor está inserido, em específico na municipalidade de Campos dos Goytacazes, para, com este estudo, chegar-se ao estrito estudo do diploma normativo da política urbana local. [11]

Assim, perfaz o vigente Plano Diretor de aspectos que variam desde o físico, quando da ordenação do solo e do estabelecimento das funções sociais da propriedade e da cidade, inteirando pelo aspecto social, quando relativo ao urbanismo é otimizada a qualidade de vida e, com isso, a promoção de cidadania, até o aspecto administrativo-institucional, quando as políticas adotadas pelo Município vão ajudar ao mesmo na continuidade de seu ordenamento e aperfeiçoamento. [12]

Neste sentido, reconhece a Lei Orgânica do Município de Campos dos Goytacazes, promulgada em 28 de março de 1990, a atribuição de instituir o Plano Diretor, segundo art. 4º, inciso XI. Já no seu Título V (Da Ordem Econômica e Social), a

[10] D'OLIVEIRA, Sonia Azevedo Le Cocq. *As Áreas de Especial Interesse Social em Campos dos Goytacazes*. Rio de Janeiro : PROURB/FAU/FRJ/CNPQ, 2002, p. 18.
[11] CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Lei n. 5.152, de 27 de dezembro de 1991*. Campos dos Goytacazes : Câmara Municipal, promulgado em 27 de dezembro de 1991.
[12] SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 135.

municipalidade aborda todos os critérios, no seu Capítulo III, da Política Urbana local, cujo art. 170 proclama como objetivos a serem atendidos as funções sociais da cidade, conceituada pelo Diploma Legal como o acesso pelo cidadão à moradia, transporte público, saneamento básico, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação, cultura, creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural. [13]

A Lei Orgânica local também indica que a função social da propriedade urbana é atendida quando atendidas as exigências expressas no Plano Diretor, em verdadeiro reflexo do Texto Constitucional de 1988, art. 182. No entanto, tal correspondência entre ambos os diplomas legais só é aposto com a emenda n. 15, de 1993, por parte do Poder Público local, bem como a política de instalação de sinalizadores e placas locais e a celebração de convênios com empresas públicas ou privadas para realização da função social da propriedade urbana disposto acima (§§ 1º a 3º do art. 170). [14]

O critério da participação popular, ora objeto do presente estudo, é inscrito no art. 173, através de entidades representativas, durante o processo de criação do Plano Diretor, em Conselho Municipal que, segundo a Lei Orgânica, será definido por lei. Vide, portanto, que a atuação do mesmo necessitou de longo tempo, até que se atentasse para a metodologia do novo Plano Diretor, onde ensejou a volta da organização do mesmo, já em idos de 2005.

Como reflexo direto na adequação de leis anteriores à Lei Orgânica Municipal, é recepcionada a legislação urbanística de 1980, que à época ganhou o nome de *Plano de Desenvolvimento Urbano de Campos* (PDUC), o qual é mantido a matriz do Plano Coimbra Bueno, nos anos de 1940, e atualizado em 1998, dissonante do próprio Plano Diretor da municipalidade, já existente desde 1991. O mesmo é constituído das seguintes leis urbanísticas [15]

Como relevância ao presente, está na própria Lei Orgânica do Município, como pressuposto de formulação e aplicação da política urbana municipal, o dever de aprovar o

[13] CAMPOS DOS GOYTACAZES. Lei Orgânica Municipal. Campos dos Goytacazes : Câmara Municipal, promulgada em 28 de março de 1990, p. 64.
[14] CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Op. cit.*, p. 65.
[15] D'OLIVEIRA, Sonia Le Cocq Azevedo. *Op. cit.*, p. 46-56

dito Plano Diretor e compelir a este a tarefa de proceder à ordenação urbana, em vários aspectos dentro da municipalidade. No entanto, percebe-se a falha em considerar no segundo plano a atuação do Plano Diretor local, em detrimento de uma ordem legal urbana já existente, quebrando a hierarquia normativa urbanística municipal.

Segundo D'Oliveira, o Plano Diretor de Campos esboça a mesma configuração urbanística do Plano Coimbra Bueno, predominando, entretanto, seu caráter diretor sobre a função reguladora e limitadora da propriedade urbana. Sobre seu contexto, aborda a autora que, apesar do Plano Diretor de 1991 inserir-se num contexto de redemocratização do país, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Município também ganha o estado de ente federado, com a competência correspondente ao uso e ocupação do solo municipal, segundo os nortes definidos no art. 182 e seguintes da Carta Magna de 1988. Como conseqüência disto, surge Campos dos Goytacazes, a exemplo de tantos outros municípios brasileiros, como realizador de seu Plano Diretor, consoante com as novas concepções sobre a cidade que haviam emergido no processo constituinte. [16]

Para a definição da análise do instrumento normativo de definição da política urbana local, e tendo em vista o caráter de adequação ao contexto pós-constitucional – inclusive com a edição da Lei n. 10.257/2001 – e as realidades que se cambiaram ao longo do tempo, percebe-se que uma caducidade conseqüente do Plano Diretor é existente. Neste sentido, ordenar as políticas públicas do Município e revisar o Plano Diretor é um imperativo que faz com que todos os cidadãos questionem as normas em vigor e reclame a promoção ao acesso efetivo à cidade, o direito às cidades sustentáveis e consoantes com o desenvolvimento urbano e humano no Município de Campos dos Goytacazes. [17]

É notável o interesse tardio pela abordagem metodológica a ser feita pela Administração Pública da municipalidade, tendo em vista que o prazo para revisão do Plano Diretor se expirou e o processo de indução participativa do ordenamento urbanístico foi iniciado a um certo "toque de caixa", ainda que se logrem os resultados positivos da ação desempenhada até a presente data. [18]

---

[16] Idem, p. 17.
[17] D'OLIVEIRA, Sonia Le Cocq Azevedo. *Op. cit.*, p. 45.
[18] O que se verifica, em análise feita a pouco pela Municipalidade, é a possibilidade de extensão do prazo, até então não possível devido à não-mudança do art. 50 da Lei Federal n. 10.257/2001, via projeto de lei então

Contudo, as perguntas ecoam como que se quisessem participar da elaboração do presente Plano Diretor, perguntando: a) como ficará o Município com a permanência em vigor de uma legislação ordenadora do espaço urbano, sem mutação legal, por mais de dezesseis anos? b) quais os resultados havidos em seus aspectos urbanísticos? c) qual a integração havida no interior do Município, integrado ao contexto urbano do mesmo, principalmente de sua sede? Há que se perquirir suas respostas como pressupostos básicos de atuação para que, juntamente com a participação popular enquanto motor indutor deste processo de elaboração do Plano, o mesmo seja legitimamente voltado às realidades locais e não apenas peças tecnocráticas com poucos efeitos permanentes.

Outra situação está presente na discussão que não pode deixar de ser elucidada: à exploração do petróleo na bacia marinha situada no litoral de Campos dos Goytacazes, sem prejuízo para outros Municípios vizinhos, possibilita-se a (quase única) chance de dinamizar e diversificar sua produção local, destacando-se, assim, por um setor diverso do petróleo, cuja atividade finita e certa no tempo só deixará como herança o que está propiciando atualmente.

A participação da população na indução dos recursos do petróleo, via *royalties*, são um contexto necessário para a instrumentação das medidas que devem embasar o crescimento econômico e social do Município de Campos.

Como assevera Rosélia Piquet:

> É possível que o potencial de benefícios para o desenvolvimento local advindo da exploração do petróleo, após quase três décadas de atividades, ainda está por ser avaliado. Pois, embora venha proporcionando à região grandes contribuições financeiras, pouco se conhece a respeito da influencia das atividades diretamente decorrentes da indústria petrolífera. [19]

No entanto, o que se verificam com as posturas havidas ao esclarecimento

---

aprovado apenas pelo Senado Federal, atualmente em trâmite legislativo – segundo o sítio virtual do Município, (...) *o PLS 93/06 altera o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/01) que havia fixado esse prazo em 10 de outubro deste ano ... que prorroga até 30 de dezembro de 2007 o prazo para as prefeituras elaborarem - e terem aprovados - seus planos diretores* (CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Plano Diretor tem mais tempo para conclusão*. Internet : acesso por http://www.campos.rj.gov.br/planodiretor/noticia.php?id=8973, em 31 de maio de 2007)

[19] PIQUET, Rosélia. *Op. Cit.*, p. 224.

dessas riquezas à população, um misto de ignorância e alienação social se comportam para permitir o uso irregular das mesmas, já que até mesmo a destinação – quanto à política pública a ser adotada com elas – não é claramente determinada, conforme expõem José Agostinho Anachoreta Leal e Rodrigo Valente Serra, quando apresentam o seguinte contexto:

> Talvez, se no tocante à destinação dos recursos dos *royalties* à legislação tivesse sido menos vacilante, fosse possível arriscar uma interpretação sobre as intenções dos legisladores, calcadas, é certo, em alguma fundamentação econômica. Contudo, como foi visto, ora a legislação determinava as ações do governo que poderiam ser implementadas com recursos dos *royalties*, ora simplesmente vedava alguns usos (pagamentos de dívidas e pagamento de pessoal de quadro permanente). E, salvo falha desta investigação, o último instrumento legal que abordou este ponto – Decreto 01, de 11/01/1991 – mostrou-se literalmente ambíguo. Assim, sem de forma alguma tomar uma posição, *a priori*, contrária à concentração de recursos no Norte Fluminense, acredita-se que a forma legal de distribuição dos *royalties* vigente carece de debate sobre seus nexos econômicos. [20]

Em segundo lugar, é necessário observar o próprio nível de desconhecimento do *campista*, como já lembrado, a respeito dos *royalties* repassados à municipalidade. A pergunta, pertinente aqui, parece despertar a curiosidade de pouca gente, pela falsa obviedade do tema que foi, assim, abordada à Sociedade Civil quando se iniciou o grande volume do pagamento, à Administração Pública campista, dos *royalties* oriundos da exploração de petróleo e gás, nos idos de 1997. Não obstante a Administração Pública local receba tais recursos desde 1990, quando por força de lei passou a perceber tais recursos, a municipalidade não participou, seja por falta de informação, seja por descrença e comodismo, da discussão quanto à distribuição dos *royalties* nos variados segmentos da cidade. [21] E, ainda que se convoquem audiências públicas para tal, não há uma participação mais efetiva do cidadão que, por sua vez, não está informado, tampouco sabe, de fato, o

[20] LEAL, José Agostinho Anachoreta *et al.* Uma Investigação sobre os Critérios de Repartição dos *royalties* Petrolíferos. *In* PIQUET, Rosélia. *Op. cit.*, p. 164.
[21] UCAMCIDADES. *Campistas Desconhecem Significado e Uso dos Royalties. In Boletim Petróleo, Royalties & Região*. Campos dos Goytacazes : UcamCidades/UCAM-Campos, setembro de 2003, p. 04.

que sejam *royalties*. [22]

De tal forma que, unindo riqueza e inconsciência popular, o resultado, salvo as honrosas ações urbanísticas visando a atender ao necessário para o Município, são condições mais que favoráveis para que o uso deste erário seja empregado de forma desvirtuada com o que é proposto, a partir do motivo pelo qual se pagam estas indenizações, o que desafiará a Sociedade Civil por longo tempo até a solução definitiva deste problema. [23]

Passados por estes pontos fundamentais, cabe aqui contemplar a participação popular no bojo do Plano Diretor de Campos dos Goytacazes, Lei municipal n. 5.152, de 27 de dezembro de 1991, instrumento ainda vigente como delimitador da política urbana municipal, que vai permitir que o Plano Diretor realize a sua verdadeira incumbência, que é a de promover, como instrumento norte da política urbana do Município, a integração dos cidadãos na cidade, promovendo verdadeira inclusão de fato e de Direito, cuja citação será dada a cada artigo sumariamente comentado, dentro de sua importância, enquanto diretriz do Plano Diretor de Campos dos Goytacazes.

No seu primeiro capítulo, o art. 1º traz o conceito do Plano Diretor local como instrumento básico da ordenação do território, integrando aqui os conceitos trazidos pela CRFB/88, art. 182 §2º e pelo Estatuto da Cidade, no seu art. 40, §1º. Dando continuidade à denominação, o parágrafo único do art. 1º do Plano Diretor define que a lei diretriz urbanística regula o processo de desenvolvimento urbano e orienta as ações do Poder Público e dos agentes públicos e privados que atuam no Município. [24]

Enfim, para a realização do dispositivo em comento, o §3º do art. 2º garante que haja participação de *vários segmentos da comunidade* no processo de gestão da Administração Pública local, traduzido, posteriormente, na figura dos *conselhos municipais*, hoje existentes nas mais diversas áreas de atuação municipal, realizando-se o princípio da participação popular e sua consonância com o art. 2º, III e XIII da Lei n.

---

[22] O próprio comparecimento às Conferências das Cidades, em 2003 e 2005, são reflexo deste quadro, cujos atores não são mais do que representantes do centro consolidado, salvo alguns institutos e representações da Academia local.

[23] UCAMCIDADES. *Veja Tabelas da Pesquisa CEPECAM sobre (...) in Boletim Petróleo, Royalties & Região.* Campos dos Goytacazes : UcamCidades/UCAM-Campos, dezembro de 2003, p. 03.

[24] CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Op. cit.*, p. 03.

10.257/2001. [25]

Em complemento ao dispositivo acima, o §4º do art. 3º define qual a forma de participação popular, na forma de comissões, grupos de trabalho e órgãos colegiados, deixando aberta a representação de entidades não governamentais, comunitárias, profissionais e *outras* (não definindo o artigo quais seriam, como se o dispositivo exemplificasse a quem poderia atuar no exercício da democracia participativa). No entanto, para além da precariedade dos canais de participação pública, ainda há uma certa inoperância destes mesmos instrumentos gestores da política urbana participativa, uma vez que o Estatuto da Cidade, no seu art. 43, define quais são os instrumentos de participação do público nos destinos da cidade, tais quais são:

> Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:
> I - órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
> II - debates, audiências e consultas públicas;
> III - conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
> IV - iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; [26]

Para tanto, caberia à Municipalidade dispor de maiores – e melhores – canais de comunicação junto à Sociedade para a fomentação da participação popular, como demonstrativo de construção democrática do espaço urbano, não apenas no aporte de Lefebvre, conforme aduz José Luis Vianna da Cruz, mas também de uma maior divulgação das ações do governo local que produzem impacto direto na produção da cidade, como os próprios Conselhos Municipais, por exemplo. [27]

---

[25] Em especial, o Conselho Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo – CMMAU –, desativado logo após o início dos seus trabalhos, em 1992, e regresso em 2004, vem assumir o setor de planejamento urbano e participação popular nos processos de produção do espaço urbano e co-existência do meio ambiente construído com o ambiental.

[26] BRASIL. *Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005*. Brasília : DOU, em 07 de abril de 2005.

[27] CRUZ, José Luis Vianna da. *Plano Diretor e Estatuto da Cidade: uma questão de planejamento*. In PESSANHA, Roberto Moraes (org). *Campos dos Goytacazes: uma cidade para todos – análises e resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – subsídios para a 2ª Conferência em 2005.* Campos dos Goytacazes : CEFET Campos, 2005, p. 84.

Como consonância ao regime federativo, e dentro da integração buscada no Estatuto da Cidade, estabelece o art. 5º do Plano Diretor de Campos que o Poder Executivo buscará – no papel da Administração Pública municipal –, a integração com outros entes federativos, através de instrumentos de cooperação (art. 2º, III, do Estatuto da Cidade). Hoje, o Município se vale, neste sentido, de consórcios intermunicipais, principalmente na área de saúde, para maior dinamismo deste setor no Norte Fluminense, já que Campos dos Goytacazes atende, regionalmente, a esta demanda social, contemplando os §§ 1º e 2º do art. 5º do Plano Diretor. [28]

> XIV - A incorporação, ao processo de planejamento, de mecanismo de participação comunitária.

O princípio da participação popular, consubstanciado no art. 2º, incisos II e XIII do Estatuto da Cidade, é atendido no presente, mas fica pendente de definição de quais são os mecanismos necessários para a situação, exigindo-se que o art. 43 e seguintes da Lei n. 10.257/2001 seja incorporado ao texto do Plano Diretor do Município.

Neste ínterim, cotejados os dispositivos do art. 6º do Plano Diretor de Campos dos Goytacazes face às diretrizes urbanísticas do Estatuto da Cidade, muito se protege quanto à propriedade em todos os seus sentidos e, de certa forma, à propriedade urbana e as funções sociais da cidade, de que são derivadas. Mas, observa-se que algumas diretrizes não são proclamadas no presente artigo, como a cooperação entre os entes federativos (art. 2º, III), o planejamento amplo do Município de acordo com a área em que exerce influência, tendo por justificativa a situação socioeconômica em que a Municipalidade se encontra envolvida (art. 2º, IV), a justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização (art. 2º, IX), a recuperação dos investimentos do Poder Público em decorrência da valorização de determinados imóveis urbanos (art. 2º, XI), a ausência de proteção, direta, de alguns bens, como o patrimônio cultural, artístico e arqueológico (art. 2º, XII), a audiência com o Poder Público, nas medidas em que necessite de um diálogo com os diretamente interessados em atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído (como é o caso da Ponte sobre o Rio Paraíba,

[28] Idem, ibidem.

ligando a Avenida Dr. Salo Brand com a Avenida Hélio Póvoa – Guarus e Centro de Campos) (art. 2º, XIII), a previsão de atendimento à população periférica por conta de uma legislação urbanística acessível ao caso (art. 2º, XV) e a previsão de isonomia de condições entre agentes públicos e privados, na situação prevista no art. 2º, XVI, do Estatuto da Cidade.

Ao final, observa-se a simplicidade com que o Plano Diretor de Campos dos Goytacazes trata sobre um tema tão sério quanto às diretrizes urbanísticas que, por sua vez, conduzem todo o processo de previsão legal, planejamento e execução de políticas, projetos e ações voltadas para a política urbana do Município. Somente uma revisão coerente, com as ações já indicadas, é que corrigirá as falhas e omissões e trará uma legislação pronta para atender aos contextos reais deste Município.[29]

Para tanto é que, nas Conferências Municipais, o assunto que tem ganhado mais destaque é a forma desta participação popular. Na Conferência de 2003, as resoluções n. 01, Habitação; n. 04, Saneamento Ambiental; n. 01, Programas Urbanos e n. 04, Transporte e Mobilidade Urbana, as chamadas "gestões municipais" conclamam por participação de segmentos da Sociedade Civil, mas, salvo no caso da Habitação, as demais políticas não assumem uma diretriz no sentido de toda a população participar do processo de gestão de cada setor, mas sim na representação de líderes dos setores, induzindo a pensar que as formas de participação estivessem apenas presas a reuniões com poucas pessoas.

Na Conferência de 2005, a questão ganhou densidade no tema "Participação e Controle Social", de onde dispõe como medidas: a) divulgação nos veículos de comunicação de grande circulação dos trabalhos feitos na Câmara Municipal, com quinze dias de antecedência e publicações consecutivas nos três primeiros dias, acerca dos trabalhos sobre o Plano Diretor; b) reuniões bimestrais com todos os conselhos municipais acerca dos andamentos dos trabalhos; c) espaço para a capacitação da comunidade através de cursos para que a mesma possa participar da avaliação dos gastos governamentais, incluindo a questão nas grades curriculares (não se define por onde o item); d) fortalecimento das Associações de moradores para que a atuação dos mesmos seja

[29] SOFFIATI, Arthur. *Sugestões para o novo Plano Diretor de Campos*. In PESSANHA, Roberto Moraes (org). *Campos dos Goytacazes: uma cidade para todos – análises e resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes : CEFET Campos, 2005, p. 77.

eficiente, a reativação do Fórum Popular permanente, o estabelecimento de um movimento de mobilização popular contínua e a participação da sociedade civil através da realização de audiências públicas; e) Seminário com todos os Conselhos existentes e representantes da Sociedade Civil organizada sobre a criação do Conselho da Cidade (até então dirigidos os trabalhos deste através do Conselho Municipal de Meio Ambiente e Urbanismo – CMMAU). [30]

Neste ínterim, a formação da participação popular deve ser melhorada nas disposições do Plano Diretor, para garantir maior segurança nas resoluções das Conferências e reafirmando o que a própria Lei Orgânica dispõe, cujo teor, à época de 1991, não foi introduzido no vigente Plano Diretor.

Não se pode negar que, paralelo à situação definida pelo Ministério das Cidades, mas já adrede comentada por juristas sobre o assunto:

> Até outubro de 2006, 1.700 municípios brasileiros com população acima de 20 mil habitantes ou integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas precisam elaborar ou rever o Plano Diretor. De acordo com o Estatuto da Cidade – Lei Federal 10.257 - os prefeitos que não providenciarem o Plano Diretor vão incorrer em improbidade administrativa. [31]

No entanto, há que se destacar que a atuação do Município de Campos dos Goytacazes, aplicando a metodologia consignada pelas orientações do Ministério das Cidades, em parceria com o Instituto Brasileiro de Administração Municipal – IBAM, em atuação conjunta desde abril de 2006, sintetiza, em suas ações reportadas na aplicação do maior envolvimento popular possível no processo de gênese do anteprojeto do Plano Diretor, em uma possibilidade de novos paradigmas à Administração Pública da municipalidade, no sentido de canalizar novas lideranças comunitárias e, com isso, um novo agir de acordo com os interesses dos atores sociais na municipalidade.

Para tanto, tendo a certeza de que esse desafio representa uma possibilidade de mudança concreta no modo de gestão urbana que se estabelecera para a configuração do anteprojeto do Plano Diretor a ser entregue, em breve, à Câmara Municipal para aprovação

[30] CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Op. cit.*, p. 05.
[31] BRASIL. *Campanha Nacional Plano Diretor Participativo: Cidade De Todos.* Internet: acessível pelo sítio virtual http://www.cidades.gov.br/planodiretorparticipativo. acesso em 31 de maio de 2007.

e sanção do Executivo local, deve-se atentar para que os instrumentos desenvolvidos na metodologia vigente continuem no sentido de possibilitar que todas as medidas e políticas públicas a serem havidas no Município também desempenhem tal processo, integrando os legítimos interesses comunitários com os recursos existentes naquele contexto, e que não são poucos.

Assim, é necessário condicionar a aprovação deste anteprojeto à condição da participação popular como elemento fundamental para a decisão de todas as medidas locais, dando real ensejo ao Plano Diretor, enquanto norma indutora do desenvolvimento local, que não é apenas econômico, mas também humano e social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto de estudo prende-se na análise da participação popular como desafio que se enfrenta à configuração do anteprojeto do Plano Diretor do Município de Campos dos Goytacazes, sem nos esquivarmos da hierarquia legal que existe entre o Plano em vigor e a Lei Orgânica do Município em análise, ambas devendo se atinar ao Estatuto da Cidade e à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Inicialmente, no contexto do atual Plano Diretor no Município de Campos dos Goytacazes apresenta-se em parcial dissonância com a dita distribuição eqüitativa do direito à cidade, já que, mesmo cuidado a lei em comento de estabelecer seus objetivos, conteúdo e abrangência (Título I), ordenado seu território (Título II), disposto sobre a política urbana e o controle do uso do solo (Título III) e, ainda, relacionado em seu texto as políticas setoriais (Título IV), não atende, a priori, os princípio constitucional da participação popular, onde se há poucos dispositivos a respeito.

Destacando a participação popular no contexto da revisão e da metodologia a serem empregadas, consta-se tal iniciativa legal em pontos esparsos do Plano Diretor vigente, principalmente na questão ambiental natural, razão pela qual se nota a inoperância do Poder Público Municipal em organizar a Sociedade Civil, no sentido de aplicar as políticas públicas definidas para o local, previstas na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, aliado à falta de publicidade dos atos daquela, o que nos enseja um estudo aprofundado sobre as formas de participação da população campista no processo de

construção da cidade legal e as formas de tolerância e prolongamento da ilegalidade na produção do espaço urbano, positivada aquela em lei municipal e reiterada esta, cotidianamente, na ação passiva e omissiva da municipalidade em comento.

Pode-se esperar que haja, frente à cultura local, um novo modo de gestão urbana, definida na clarificação dos objetivos e metas a serem espelhadas, no Plano Diretor futuro desta municipalidade? Será verdadeira a pretensão da Administração Pública em dinamizar as representações locais, no sentido de estabelecer novas metodologias, conforme as houvera aplicado, na configuração deste Plano Diretor? São questões que somente serão respondidas na prática e contextualizadas com as necessidades locais.

O que se deve entender é a obrigatoriedade legal de traduzir, na essência da participação popular, um desafio ainda maior: o de traduzir o novo Plano Diretor em Campos dos Goytacazes como instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana a partir do conceito de acesso à cidade, direito fundamental por força do §2° do art. 5° da Constituição Federal de 1988 e condição indispensável para a sustentabilidade ambiental e humana das cidades brasileiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Campanha Nacional Plano Diretor Participativo: Cidade De Todos.* Internet: acessível pelo sítio virtual http://www.cidades.gov.br/planodiretorparticipativo. acesso em 31 de maio de 2007.

BRASIL. *Lei n. 11.107, de 06 de abril de 2005*. Brasília : DOU, em 07 de abril de 2005.

CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Lei n. 5.152, de 27 de dezembro de 1991*. Campos dos Goytacazes : Câmara Municipal, promulgado em 27 de dezembro de 1991.

CAMPOS DOS GOYTACAZES. Lei Orgânica Municipal. Campos dos Goytacazes : Câmara Municipal, promulgada em 28 de março de 1990, p. 64.

CRUZ, José Luis Vianna da. Plano Diretor e Estatuto da Cidade: uma questão de planejamento. In PESSANHA, Roberto Moraes (org). Campos dos Goytacazes: uma cidade para todos – análises e resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – subsídios para a 2ª Conferência em 2005. Campos dos Goytacazes : CEFET Campos, 2005, p. 84.

D'OLIVEIRA, Sonia Azevedo Le Cocq. *As Áreas de Especial Interesse Social em Campos dos Goytacazes*. Rio de Janeiro : PROURB/FAU/FRJ/CNPQ, 2002.

FARIA, Teresa Peixoto. *Introdução*. In PESSANHA, Roberto Moraes (org). *Campos dos Goytacazes: uma cidade para todos – análises e resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes : CEFET Campos, 2005, p. 19.

FERNANDES, Edésio. *Direito do Urbanismo: entre a "cidade legal" e a "cidade ilegal"*. In FERNANDES, Edésio (org.) *Direito Urbanístico*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998. p. 89.

LEAL, José Agostinho Anachoreta *et al.* Uma Investigação sobre os Critérios de Repartição dos *royalties* Petrolíferos. *In* PIQUET, Rosélia. *Op. cit.*, p. 164.

MARICATO, Ermínia. *Metrópole na Periferia do Capitalismo*. São Paulo : Hucitec, 1996 p. 73.

CAMPOS DOS GOYTACAZES. *Plano Diretor tem mais tempo para conclusão*. Internet : acesso por Thttp://www.campos.rj.gov.br/planodiretor/noticia.php?id=8973, em 31 de maio de 2007)

OBSERVATÓRIO SOCIOECONÔMICO DA REGIÃO NORTE FLUMINENSE. *Boletim Técnico n. 05: Favelas / Comunidades de Baixa Renda no Município de Campos dos Goytacazes.* Campos dos Goytacazes : Consórcio Universitário de Pesquisa da Região Norte Fluminense, agosto de 2001, p. 15.

PIQUET, Rosélia. *Da Cana ao Petróleo: uma região em mudança.* In PIQUET, Rosélia (org.) *Petróleo, Royalties e Região*. Petrópolis : Garamond, 2003, p. 219.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro.* São Paulo : Malheiros, 2000, p. 135.

SOFFIATI, Arthur. *Sugestões para o novo Plano Diretor de Campos*. In PESSANHA, Roberto Moraes (org). *Campos dos Goytacazes: uma cidade para todos – análises e resoluções da 1ª Conferência Municipal em 2003 – subsídios para a 2ª Conferência em 2005*. Campos dos Goytacazes : CEFET Campos, 2005, p. 77.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Estudo Socioeconômico: Campos dos Goytacazes.* Rio de Janeiro : TCE-RJ, 2004, p. 05.

UCAMCIDADES. *Campistas Desconhecem Significado e Uso dos Royalties. In Boletim Petróleo, Royalties & Região*. Campos dos Goytacazes : UcamCidades/UCAM-Campos, setembro de 2003, p. 04.

UCAMCIDADES. *Veja Tabelas da Pesquisa CEPECAM sobre (...) in Boletim Petróleo, Royalties & Região.* Campos dos Goytacazes : UcamCidades/UCAM-Campos, dezembro de 2003, p. 03.

ENTRADAS E BANDEIRAS:
O NOVO PROCESSO DE COLONIZAÇÃO DEMOCRÁTICA A PARTIR DO IMPERATIVO CONSTITUCIONAL DE PLANEJAMENTO URBANO

Wilson Madeira Filho[*]

Luiz Cláudio Moreira Gomes[**]

RESUMO

Ao inserir no âmbito constitucional a obrigatoriedade dos planos diretores participativos, a CF/88 atuou tanto no sentido de atualizar uma gestão integrada entre os entes federativos, com destaque para o Município, como indicou uma metodologia forçosamente democrática. Tal imperativo implica em pelo menos três importantes desdobramentos: 1) o foco no Município, enquanto ente federativo crucial e determinante para uma atualização das políticas públicas, convalidando o interesse local como mola mestra para a efetividade dos projetos de desenvolvimento urbano; 2) um salto qualitativo no ideal de gestão pública, passando a União a estipular critérios gerais a serem aferidos segundo uma metodologia expressa – o que implica em trazer para a legislação uma outra dicção, próxima dos modelos empresariais; 3) a utilização das ferramentas democráticas para promover uma participação mais ampla dos cidadãos, mobilizando uma transformação política, que implica em alterar a cidadania tutelada por uma cidadania ativa e, via de conseqüência, criar condições para a formação de um controle público voluntário da gestão. A participação em projetos de elaboração de planos diretores participativos no Noroeste do Estado do Rio de Janeiro, região considerada como "bolsão de miséria" pelo Governo Federal, permitiu trazer exemplos desses novos desafios, apontando para sucessos e paradoxos desse processo.

PALAVRAS-CHAVE: ESTATUTO DA CIDADE, PLANO DIRETOR, GESTÃO DEMOCRÁTICA.

ABSTRACT

When inserting in the constitutional scope the obligation of the participation managing plans, the CF/88 in such a way acted in the direction to bring up to date a management integrated between the federative beings, with prominence for the City, as it indicated a

[*] Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

[**] Professor substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF

democratic methodology forcibly. Such imperative implies in at least three important unfoldings: 1) the focus in the City, while crucial and determinative federative being for an update of the public politics, validating the local interest as spring master for the effectiveness of the projects of urban development; 2) a qualitative jump in the ideal of public administration, passing the Union to stipulate general criteria to be surveyed as an express methodology - what it implies in bringing for the legislation one another discourse, next to the enterprise models; 3) the use of the democratic tools to promote a participation ampler of the citizens, mobilizing a transformation politics, that implies in modifying the citizenship tutored person for an active citizenship e, way of consequence, to create conditions for the formation of a voluntary public control of the management. The participation in projects of elaboration of participative managing plans in the Northwest of the State of Rio de Janeiro, considered region as "big bag of misery" for the Federal Government, allowed to bring examples of these new challenges, pointing with respect to successes and paradoxes of this process.

KEYWORDS: STATUTE OF THE CITY, MANAGING PLAN, DEMOCRATIC MANAGEMENT.

Sumário: Introdução. 1. Agir local. 2. Gestão: o Plano como Lei. 3. Ferramentas da democracia. 4. O Noroeste fluminense e os novos bandeirantes. Referências bibliográficas.

Introdução

O art. 23, da CF/ 1988, preceitua que compete ao Município, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal, zelar pela conservação do patrimônio público; proteger as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora.

Por outro lado, em seu art. 30, a CF/88, dispõe que o Município ostenta competência exclusiva para legislar em assuntos de interesse local.

Dentre os inúmeros instrumentos jurídicos disponíveis para que o Município na qualidade de ente federativo desempenhe suas atribuições, o Plano Diretor se apresenta como aquele de maior relevo para se levar a efeito o desenvolvimento urbano.

O Plano Diretor encontra-se previsto no § 1º, do art. 182, da CF/88 e regulamentado nos arts. 39 *usque* 42, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), sendo instrumento principal para o planejamento urbano por definir a política de desenvolvimento e expansão urbana.

Ao inserir no âmbito constitucional o Plano Diretor no capítulo relativo à política urbana, a CF/88, procedeu a revalorização da prática do planejamento urbano no Brasil, que foi ainda mais evidenciada com o advento do Estatuto da Cidade, que principalmente através da figura do Plano Diretor Participativo, fortaleceu o ativismo democrático, onde se buscou o fortalecimento da participação popular, para que se possa chegar ao entendimento de que a cidade pertence indistintamente à todos os cidadãos e não apenas aos técnicos e burocratas.

O Plano Diretor passou a ser encarado como instrumento capaz de viabilizar a reforma urbana e promover o desenvolvimento, inclusive para Municípios de pequeno e médio porte como o de Miracema no Estado do Rio de Janeiro.

Até o advento da CF/88, sob o prisma jurídico não era obrigatória a elaboração do Plano Diretor. O texto constitucional, não só determinou a obrigatoriedade da confecção de Planos Diretores para cidades com mais de 20.000 mil habitantes, como também determinou que a elaboração dos mesmos não poderá prescindir da participação popular na forma o inc. XII, do art. 29, fazendo emergir uma nova forma normativa, ainda pouco estudada como instrumento de participação popular na construção da cidadania ativa, em detrimento a “cidadania tutelada” ou “Estadania”, onde o Estado é o grande tutor do “agir” cidadão.

Ora, ao inserir no âmbito constitucional a obrigatoriedade dos planos diretores participativos, a CF/88 atuou tanto no sentido de atualizar uma gestão integrada entre os entes federativos, com destaque para o Município, como indicou uma metodologia forçosamente democrática. Tal imperativo implica em pelo menos três importantes desdobramentos: 1) o foco no Município, enquanto ente federativo crucial e determinante para uma atualização das políticas públicas, convalidando o interesse local como mola mestra para a efetividade dos projetos de desenvolvimento urbano; 2) um salto qualitativo no ideal de gestão pública, passando a União a estipular critérios gerais a serem aferidos segundo uma metodologia expressa – o que implica em trazer para a legislação uma outra dicção, próxima dos modelos empresariais; 3) a utilização das ferramentas democráticas para promover uma participação mais ampla dos cidadãos,

mobilizando uma transformação política, que implica em alterar a cidadania tutelada por uma cidadania ativa e, via de conseqüência, criar condições para a formação de um controle público voluntário da gestão.

A participação dos autores em projetos de elaboração de planos diretores participativos no Noroeste do Estado do Rio de Janeiro, região considerada como "bolsão de miséria" pelo Governo Federal, permitiu apontar, no correr do presente trabalho, exemplos desses novos desafios, sublinhando sucessos e paradoxos desse processo.

1. Agir local

O lema ambiental "Pensar globalmente, agir localmente" avançou pelas metodologias multidisciplinares e hoje serve para referendar ações em diferenciados campos, como o do planejamento urbano territorial. Não fosse também a compreensão de ambiente tomada já em sentido complexo e impossível afastar direito urbanístico de direito ambiental, sendo aquele uma espécie deste.

Todavia, a tradição democrática dos Municípios brasileiros sempre demonstrou um caráter muito mais centralizador e conivente aos interesses particulares do que a expressão da participação popular e do interesse coletivo. Essas características históricas consagram o quadro social de injustiça das nossas cidades, onde a necessária implementação de políticas públicas se dá, muitas das vezes, de forma verticalizada, ineficiente e inadequada à realidade local, em decorrência dessa tradição. A reversão desse quadro requer observar caminhos que possibilitem a efetividade das políticas publicas e não sua mera existência; e requer formas que as viabilizem dentro do contexto local que serão implementadas em sincronia com o regional, o nacional e o global.

Vale dizer, o Município, face à nova estratégia de controle democrático, torna-se a cadeia final de um processo de aferição de políticas, buscando tornar eficazes os empreendimentos públicos e mesmo avançar numa retomada estatal, ao fornecer instrumentos para que o Poder Público municipal, por sua vez, intervenha no ordenamento territorial. Trata-se de um processo civilizatório que retoma ideais iluministas de colonização, ou ao menos se parenta estrategicamente com eles, fazendo

da globalização democrática uma bandeira humanitária e da superação da dramaticidade social um incentivo teleológico.

O Município deixa de ser o ente federativo tímido e dependente, passando a atuar sob a égide da performance e da eficiência empresariais, julgados seus exercícios agora a partir de metas e objetivos alcançados e da capacidade de auto-sustentabilidade de seus programas e projetos. Essa *Nova Atlântida* a um tempo expandida – enquanto modelo - e multiplicada – afinal cada cidade torna-se o referencial de um novo início dos tempos – caracteriza bem o resgate do racionalismo gestor, conforme apontado por Rouanet (1987), em mais uma etapa de um projeto que remonta a Erasmus e aos debates sobre o papel da ciência nos primórdios do século XVI.

O Município, e mais ainda, o munícipe, encontra-se numa situação ímpar, de ser focado como o centro da ação universal, a partir da qual a realidade se constrói e recebe consistência e as políticas ganham em consistência e em efetividade.

Um primeiro passo na busca dessa efetividade, diretamente ligado à integração dos territórios, se dá através do intercâmbio de saberes. Estes podem ser compreendidos aqui como toda forma de informação, tecnologia, estudo ou conhecimento que reflitam a situação de fato, ou seja, histórica, social, ambiental e política. Esse intercâmbio pode se dar através de convênios de cooperação firmados entre os municípios regionais, entre estes e entidades governamentais e não governamentais que atuem na região e entre universidades e demais instituições de ensino e pesquisa que forem pertinentes. Desta forma se viabilizaria maior adequação das políticas publicas à realidade local, atendendo requisitos básicos de eficiência e efetividade, bem como facilitaria a cooperação entre os municípios e o acesso de informações ao público.

Instrumentos de participação democrática podem ser conjuntamente implementados, fortificados e efetivados como condição indispensável, não apenas para legitimação, mas também para a efetivação e eficiência das políticas públicas. De forma que estes instrumentos não apenas deliberem e consultem como também fiscalizem e eduquem, viabilizando maior controle das verbas públicas pela população para que o andamento de políticas e programas não seja prejudicado por desvios e corrupção. Participação popular e políticas públicas devem andar juntas.

Políticas que possibilitem o desenvolvimento da economia local de forma buscar atender a demanda interna de trabalho de cada cidade devem ser priorizadas como forma de reduzir as desigualdades e de valorização da cultura e das tradições locais, que

muitas vezes são descaracterizadas tanto pelo crescimento demográfico descontrolado como pelo decrescimento por falta de oportunidades. Outro ponto a ser priorizado está na implementação de estratégias tributárias que possibilitem reduzir as desigualdades sociais, preservar o meio ambiente e possibilitar o andamento da economia local. Estas estratégias podem ser estabelecidas através do dialogo, norteado pela proporcionalidade e pela ponderação, entre os municípios, destes com o estado e com a federação.

As ações de investimento nas cidades, ou seja, as políticas públicas em todos os seus aspectos podem, assim, ser conduzidas em consonância com os planos diretores e estratégicos de desenvolvimento das cidades e no caso da ausência destes planos, estes passam a ser políticas publicas prioritárias. Isso quer dizer que a implementação das políticas deve observar formas de solucionar os problemas sociais e prover a qualidade de vida por ações ambientalmente adequadas, como reorientação do fluxo migratório no plano regional e vetorização do crescimento urbano no plano local, buscar equidade na concessão e acesso aos equipamentos urbanos e implementar ações que fortaleçam a integração regional e o respeito aos direitos difusos.

São essas estratégias desse momento histórico, onde se aposta na superação do Estado tradicional Moderno e na crescente descentralização de decisões. Aposta-se, ainda, em uma articulação lingüístico-política que carreia boa parte de seu sucesso em não pretender ser uma superação de modelos tornados rançosos, mas, outrossim, em anunciar-se como a versão atualizada de um ideário civilizatório, comunitariamente elaborado nessa nova fase.

Entretanto, grande parte dos municípios brasileiros é extremamente pobre e grande parte de sua população se encontra localizada na área urbana. Assim, a elaboração de um Plano Diretor Participativo torna-se extremamente importante para que exista efetivamente um planejamento urbano.

A obrigatoriedade para que elaborem Plano Diretor apenas municípios com mais de 20.000 habitantes; integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º, do art. 182, da CF/88; integrantes de áreas de especial interesse turístico; inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; não se afigura imune à criticas, pois o Brasil é uma país de dimensões continentais e muitos municípios não se encontram inseridos nas hipóteses acima, mas nem por isso deixam de apresentar necessidade para que se ordene o caos

urbano, ainda mais que a taxa de urbanização, que é a proporção de população urbana sobre a o população total, nos anos sessenta evidenciava que o Brasil era um país eminentemente agrícola com a referida taxa no percentual de apenas 44,7%. No início dos anos1980, a taxa era de 67,6% e no Censo Demográfico 2.000 do IBGE, o percentual era de 81,2%.

Vale destacar, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 826-9, firmou entendimento, que não cabia ao Estado membro, obrigar Município com mais de 5.000 habitantes a elaborar Plano Diretor:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUNICÍPIOS COM MAIS DE CINCO MIL HABITANTES: PLANO DIRETOR. ART. 195, "CAPUT", DO ESTADO DO AMAPÁ. ARTIGOS 25, 29, 30, I E VIII, 182 , § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 11 DO A.D.C.T.
> 1. O "caput" do art. 195 da Constituição do Estado do Amapá que estabelece que o "plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento econômico e social e de expansão urbana, aprovado pela Câmara Municipal, é obrigatório para os Municípios com mais de cinco mil habitantes".
> 2. Essa norma constitucional estadual estendeu, aos municípios com número de habitantes superior a cinco mil, a imposição que a Constituição Federal só fez àqueles com mais de vinte mil (art. 182, § 1º).
> 3. Desse modo, violou o princípio da autonomia dos municípios com mais de cinco mil e até vinte mil habitantes, em face do que dispõem os arts. 25, 29, 30, I e VIII, da C.F. e 11 do A.D.C.T.
> 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, nos termos do voto do Relator.
> 5. Plenário: decisão unânime." (STF – Ac. unân. Trib. Pleno – j. 17-09-1998 – Rel. Min. SYDNEY SANCHES)

São leituras formais sobre um conteúdo que extrapola a percepção do Judiciário? Possivelmente. Não se trata certamente de forçar o Município pequeno a participar, sem condições, de uma lógica imposta. Trata-se de anunciar para esse mesmo Município que mudaram os horizontes e que uma nova corrida expansionista e colonizadora se iniciou e que irão dominar os mais aptos.

2. Gestão: o Plano como Lei

Uma das constatações da equipe do Ministério das Cidades é que "A existência de uma articulação política entre as unidades territoriais envolvidas é condição indispensável para a construção de saídas para o impasse metropolitano e regional atual

Da mesma forma, tais saídas pressupõem também a articulação entre as diferentes políticas setoriais e territoriais, sem prejuízo de se consideraras especificidades dos lugares. A elaboração de Planos Diretores em municípios que integram uma microrregião, aglomeração urbana ou região metropolitana pode contribuir para a construção de uma agenda metropolitana ou microrregional".

Desta constatação surge como recomendação a alternativa de elaboração conjunta de uma caracterização da região que possibilite a discussão de problemas e potencialidades comuns, incluindo a preocupação "não somente de construir um processo de elaboração de um plano diretor municipal, mas de como articulá-lo aos planos diretores de municípios vizinhos, integrando as ações e discutindo os interesses comuns. Essa articulação poderá gerar, ou não, como produto, um plano regional de desenvolvimento, e certamente, uma institucionalidade correspondente à realidade e capacidade dos municípios para conduzir e implementar o plano ou acordos regionais"

A questão da conceituação de Plano Diretor não é uniforme, sendo que José Afonso da Silva (2006: 139) assim o apresenta:

> O plano diretor é, nos termos da Constituição e do Estatuto da Cidade, o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. É obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas e de áreas de interesse turístico, onde o Poder Público Municipal pretenda utilizar os instrumentos do parcelamento, edificação e utilização compulsórios ou inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional. É *plano*, porque estabelece os objetivos a serem atingidos, o prazo em que estes devem ser alcançados (ainda que, sendo plano geral, não precise fixar prazo, no que tange às diretrizes básicas), as atividades a serem executadas e quem deve executá-las. É *diretor*, porque fixa as diretrizes do desenvolvimento urbano do Município.

Como adverte Barroso (1996: 105), por ser uma Carta eminentemente política, que procura transformar o poder político em poder jurídico, a Constituição merece uma leitura sem rigor formal excessivo, devendo-se sempre atentar para a *mens legis* e a partir desse ponto tentar aplicar o conceito de forma a atender aos interesses municipais.

Desse modo, temos uma mudança conceitual importante, que se expressa no fato de que as normas constitucionais atuam de maneira programática, constituindo em si antes um projeto de país, que se consuma a partir de diretrizes e princípios assinalados. Dessa maneira, reforçar o aspecto do planejamento como estrutura sistemática a ser permanentemente elaborada (o Plano Diretor, efetivamente, na dicção do Estatuto da Cidade, deve ser revisto, no mínimo, a cada dez anos) é emprestar à juridicidade caráter

mais prático que dogmática, apontando para uma necessária visão relativizada do ordenamento jurídico, doravante em estreito abraço com a interdisciplinaridade em sua permanente exegese.

Se por um lado a Constituição Federal define o Plano Diretor como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, por outro, temos como inegável a flexibilidade da conceituação do que efetivamente venha a ser “desenvolvimento e expansão urbana”.

De pronto, temos que compreender que a extensão do desenvolvimento não se dá apenas sob o prisma do desenvolvimento econômico e da simples expansão do tecido urbano e aumento de sua complexidade, tampouco por estarmos cada vez mais compelidos a conviver com as duas cidades: a legal e a ilegal.

Não é a sensação de estarmos diante da eterna cidade inacabada com suas favelas, cortiços, mocambos e periferias que nos leva a pensar em desenvolvimento urbano, tampouco aquilatarmos nosso potencial destruidor de ecossistemas e patrimônio histórico para em nosso processo de avaliação venhamos a nos definir como desenvolvidos.

Desenvolvimento urbano e expansão urbana precisam ser pensados efetivamente sob a ótica social. A justiça social é paradigma básico para se pensar em desenvolvimento, sob pena de estarmos concebendo uma cidade ideal, mas desprovida de vida. O desenvolvimento urbano precisa ser pensado na medida do equilíbrio entre homem e natureza.

Ora, parte da lógica empresarial imposta no novo modelo de colonização aponta para índices quantitativos nas análises que servem de permeio para as políticas públicas, apontando demandas. Essa mesma gestão, agora colocada como modelo, indica que o prefeito deva ser cidadão capaz de bem gerenciar a máquina pública, atentando para os fins sociais e para o bem comum. Não se concebe mais, em termos teóricos, seja o prefeito ou o secretário municipal, um mero mandatário local, representante de um grupo arcaico, sem experiência administrativa e eleito graças seja ao acaso do jogo de forças políticos, seja via populismo ou seja através da força oligárquica, empresarial ou outro tipo de mandonismo. Tampouco se concebe não tenha a administração do município metas e objetivos concretos, visão empreendedora, estratégias para superação de dificuldades, prognósticos para a auto-sustentabilidade de seus investimentos e visão

complexa de riqueza que leve em conta a diversidade cultura, os conflitos sócio-ambientais e o fenômeno mesmo da desterritorialização.

Como assinala Haesbaert (2004: 16):

> O mito da desterritorialização é o mito dos que imaginam que o homem pode viver sem território, que a sociedade pode existir sem territorialidade, como se movimento de destruição de territórios não fosse sempre, de algum modo, sua reconstrução em novas bases. Território, visto por muitos numa perspectiva política ou mesmo cultural, é enfocado aqui numa perspectiva geográfica, intrinsecamente integradora, que vê a integração como o processo de domínio (político-econômico) e/ou de apropriação (simbólico-cultural) do espaço pelos grupos humanos. Cada um de nós necessita, como um "recurso" básico, territorializar-se.

O novo modelo de colonização democrática, diferente da estética iluminista à época do Renascimento, preceitua a complexidade como paradigma. Não importa irradiar ações a partir de centros nevrálgicos civilizatórios, mas, diferentemente, relativizar as questões e elaborar as estratégias a partir do estado da arte da organização social em cada local. Tampouco se prima por expandir uma Revolução da "sociedade humana", nos moldes das revoluções burguesas e socialistas, mas apontar que existem diferentes graus de tecnologia democrática, que podem ser aciona dos a partir do referencial *possível* em cada circunstância política.

3. Ferramentas da democracia

A fala jurídica costuma ser, generalizando sem sermos simplistas, grandiloqüente ao afirmar o dever ser. De um modo geral, aponta-se o horizonte da resolução dos conflitos na medida em que as ferramentas jurídicas são disponibilizadas. Passa-se, a partir de então, a identificar onde ou porque se deu a falha no sistema, que implicou em não se utilizar devidamente as ditas ferramentas, prontas e à espera na galpão de trabalho dos jus positivismo. Seria crer, a confiar nesses diagnósticos que não existem conflitos sociais e sim negligência do Poder Público ou inoperância do cidadão.

A lei resultaria incólume, pois ela estaria lá, sólida, aguardando ser convocada para bem dirimir as questões e impor a justiça.

Ao se tornar *plano*, ao se apresentar como *projeto*, a lei forçosamente abandona essa estrutura hegeliana de desvendar o dever ser e passa a atuar como instrumental de trabalha a sugerir estratégias conjuntas de deliberação. Não vai além. Nem deve ir. Sob pena de corromper a estética democrática efetiva.

As estratégias do Estatuto da Cidade importam em duas grandes lógicas de desdobramento: uma voltada a fortalecer o Município como ente federativo, dotando-o de ferramentas para intervir no ordenamento territorial; a outra, centrada na gestão democrática das cidades, incita na determinação de que o plano diretor seja elaborado de forma participativo, o que provoca uma autopoiese sistêmica e faz do cidadão o próprio voluntário a controlar os atos do poder público.

Na primeira ordem de questões, relativas ao caráter instrumental do Estatuto da Cidade fortalecendo o poder público municipal, o Estatuto da Cidade delega ao Plano Diretor a função de definir as condições a que a propriedade deve *conformar-se*, para que cumpra sua função social. É por isto que se considera como uma das estratégias dos municípios para buscar desenvolvimento urbano com inclusão social a incorporação ao Plano Diretor de diretrizes baseadas na aplicação efetiva de instrumentos urbanísticos, jurídicos e tributários conceituados no Estatuto da Cidade. Esta discussão precisa ultrapassar as fronteiras municipais e dar-se no plano regional, embora não exista nenhuma instância institucional para que isto aconteça.

Hoje há uma concordância em que “A revisão do Plano Diretor deve servir para incentivar o município a avaliar e implantar todo o seu sistema de planejamento. Esse planejamento implica atualizar e compatibilizar cadastros; integrar políticas setoriais, os orçamentos anuais e plurianual, com o plano de governo e as diretrizes do Plano Diretor; capacitar equipes locais; sistematizar e revisar a legislação”. O Plano Diretor deve interagir com as dinâmicas dos mercados econômicos. Nesse sentido é que se pode dizer que o Plano Diretor contribui para reduzir as desigualdades sociais – porque redistribui os riscos e os benefícios da urbanização. O objetivo fundamental do Plano Diretor é estabelecer como a propriedade cumprirá sua função social, de forma a garantir o acesso a terra urbanizada e regularizada, reconhecer a todos os cidadãos o direito à moradia e aos serviços urbanos.

Nesta perspectiva, o Plano Diretor, deixa de ser um mero instrumento de controle do uso do solo para se tornar um instrumento que introduz o desenvolvimento sustentável da cidade. Para isso, por exemplo, é necessário que assegure espaços adequados para a provisão de novas moradias sociais que atendam a demanda da população de baixa renda; que preveja condições atraentes para micro e pequenas empresas – itens vitalmente importantes para que haja crescimento urbano equilibrado; para que se evite ocupação irregular e informal do território do município; e outros. Para tanto é preciso conhecer a estrutura fundiária e suas tendências de desenvolvimento, a partir das quais o Município pode escolher – dentre os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade - os que mais favoreçam a inclusão social. Após a sua inclusão no Plano Diretor, as secretarias municipais devem agir de forma integrada na proposta de aplicação de instrumentos do Estatuto da Cidade que permitem a Regularização urbanística e fundiária; a possibilidade de criar e regulamentar Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS); a utilização compulsória de terrenos e imóveis considerados subutilizados; obter Concessão Especial para Fins de Moradia; destinar patrimônio público para programas de moradia, dentre outros.

O Plano Diretor deve estabelecer dentre os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade quais devem ser aplicados de imediato, ampliando as condições favoráveis para financiar o desenvolvimento urbano permitindo a recuperação da valorização urbana decorrente de investimentos públicos ou definições normativas municipais e a recuperação de áreas públicas ocupadas em desacordo com a sua função social. Esses instrumentos tais como a Outorga Onerosa do Direito de Construir, a utilização mais adequada do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), a Transferência do Direito de Construir, as Operações Consorciadas, o Parcelamento e a Edificação compulsórias associados ao IPTU progressivo e à possibilidade de realizar consórcios imobiliários.

Quanto à segunda ordem de questões, centradas na gestão democrática das cidades, a lei do Plano Diretor deve estabelecer a estrutura e o processo participativo de planejamento para implementá-lo e monitorá-lo. O monitoramento compreende avaliações, atualizações e ajustes sistemáticos, que se dão através dos planos Urbanísticos regionais e das áreas de especial interesse, e da própria revisão decenal das diretrizes do plano diretor.

Apenas políticas públicas intersetoriais podem transformar as precárias condições de vida nas cidades. É preciso contar nesse processo com organização mais

intersetorial e com disposição política para efetivamente romper com práticas fragmentadas, elaboradas por instâncias governamentais setorializadas.

Nesse momento de uma nova proposição para o Plano Diretor, trazida pelo Estatuto da Cidade e diante da crise socioeconômica, é preciso que se desenvolva uma nova compreensão do desenvolvimento, na qual a dimensão econômica não achate as possibilidades de emergirem novos sujeitos sociais. Levando em consideração o plano diretor – instrumento de planejamento municipal, articulado a planos plurianuais, leis de diretrizes orçamentárias e a orçamentos anuais –, que visa, entre outros objetivos, a regular a função social da cidade e da propriedade urbana, busca-se construir um outro modo de organizar a produção e o território, no âmbito da integração das políticas públicas e da articulação com as políticas urbanas, compatível com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica.

Todavia, enquanto modelo discricionário e colonizador, o atual estágio da tecnologia democrática nas políticas públicas no Brasil, indica um grave paradoxo: o que é participação? E, por extensão, o que tem sido considerado como mobilização social? Trata-se da reunião marcada por secretarias municipais, a toque de caixa, em sedes de associações de bairro, contando com interesses partilhados de parte a parte? Existe efetivamente?

Toro & Werneck (2004: 15) salientam:

> O horizonte ético é o que dá sentido a um processo de mobilização.
> Um país explicita seu horizonte ético, seu projeto de nação, por meio de sua Constituição. Nela ele define seu futuro, orienta suas escolhas. Quanto mais participativo tiver sido o processo de sua elaboração, mais essas escolhas refletem a vontade de todos e serão por todos compartilhadas.
> No artigo primeiro da nossa Constituição, está consagrada a nossa escolha pela democracia, tendo como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade humana. É necessário um entendimento preciso sobre o que significam essas opções.

Desse modo, a metodologia para elaboração de plano diretor deve incorporar em suas etapas, os problemas, os potenciais, as lógicas e os atores institucionais e populares voltados para o projeto de desenvolvimento econômico da cidade, para um tipo de desenvolvimento que incorpore a economia solidária com a geração de emprego e renda. A mobilização social deve ser, portanto, entendida como uma ação de uma sociedade decidida a atingir objetivos comuns.

4. O Noroeste fluminense e os novos bandeirantes

O Noroeste fluminense teve uma ocupação histórica que não foge ao convencional do sudeste do país. Passou pelos ciclos extrativistas, fortalecendo-se economicamente no século XIX a partir do plantio do café. Esse ciclo deu lugar à cana-de-açúcar e ao algodão e depois, progressivamente, à especulação imobiliária rural, redundando na depauperação das micro-bacias e no início de um processo de desertificação. O meio rural foi abandonado, a começar pelo próprio latifundiário, substituído por empresas rurais, as quais por sua vez, não atingindo liquidez redirecionaram suas atividades. Restaram cidades que, com a mudança na arrecadação do royalties do petróleo, encontraram-se em situação deficitária, comprometida toda sua arrecadação com a manutenção da própria máquina pública. Se m investimentos, sem gerar emprego, iniciam processo de diminuição de sua população, a qual passa a migrar para outros centros regionais, em busca de oportunidades. É o fenômeno da formação de futuras cidades fantasmas, repletas de latifúndios desertos. São empresas cuja falência foi decretada e cujos cidadãos são em boa parte servidores públicos que ainda aguardam a chegada de dias melhores, enaltecendo, no evento na praça, a época gloriosa que, dizem, um dia existiu.

Em Miracema, estabeleceu-se equipe multidisciplinar, envolvendo advogados, biólogos, geógrafos, arquitetos, sociólogos e assistentes sociais para atuar juntamente com os técnicos locais, pois, efetivamente não há como se conceber um instrumento de tamanha envergadura, sem que haja participação de profissionais de várias áreas do conhecimento.

Passo seguinte, em conformidade com as orientações do Ministério da Cidade, passou-se a etapas de leituras comunitárias, formulação de propostas, definição de instrumentos para que fossem viabilizadas as intenções expressas no Plano Diretor. Nesse sentido, foram realizadas 16 oficinas nos bairros e distritos, além de reuniões setoriais com professores da rede pública, assistentes de saúde, lideranças de associações de moradores e com sindicatos rurais. Foram feitas também duas grandes maratonas com grupos de Trabalho, ocupando três dias cada uma. Em paralelo, foram desenvolvidas atividades relativas a todo o levantamento técnico de planos, projetos e

legislação, de maneira a identificar atuação passada, presente e prospectiva do executivo local, além de trazer o conjunto das secretarias para a compreensão geral sobre o Plano, identificando interseções entre as diferentes áreas e modelos de atuação.

Em seguida, após a elaboração do projeto de lei por parte do Prefeito, iniciou-se tanto o processo legislativo, com debates e reuniões específicas junto aos vereadores, e com novas visitas aos bairros e distritos para apresentar o projeto de lei e debatê-lo com a população, chamando á participação e a mobilização social. A idéia era fazer com que a mobilizalização social mantivesse atividades permanentes através de uma agenda que foi chamada de Festa da Cidadania que caminharia paralela ao processo legislativo, criando uma atmosfera permanente de debates a agitar o município em todos os cantos.

De fato, a metodologia diferenciada empregada pela Universidade Federal Fluminense, deu-se em especial no processo legislativo, onde o Poder Legislativo em sede de audiências públicas, não se limitou a explicitar o conteúdo do Plano Diretor, mas sim chamou a população de forma irrestrita a opinar sobre o próprio texto de lei, fazendo disso um marco histórico no Brasil, pois não estamos aqui tratando de participações específicas, como aquelas que podem se dar, por exemplo, em sede de orçamentos participativos.

Várias dificuldades, contudo, ocorreram: em algumas reuniões, sobretudo as primeiras, quando pouco se estimulava o debate, as propostas vinham quase como redundância da fala do próprio secretário. Isso exigiu novas reuniões internas no sentido de buscar aprimorar didaticamente a estrutura desses encontros. Na vertente responsável pela Leitura Técnica, a própria participação dos secretários municipais era, inicialmente, muito fraca, quase sem contribuições substantivas. Conflitos internos pareciam acirrar ainda mais o processo. A equipe dos mapas pouco progredia e a ausência de verbas para estudos mais detalhados, importava em entender o processo como um espaço político delimitado pela coordenação para sua autopromoção política.

Outra tarefa árdua foi a de dar início ao processo legislativo, uma vez que as eleições de outubro já se avizinhavam, assim como o prazo fatal de 10 de outubro para ter como conclusos os trabalhos do PDP. Os vereadores estavam todos completamente engajados em campanhas e políticas e foi muito difícil conseguir reuni-los e fazê-los compreender a importância de dar continuidade ao processo, uma vez que o projeto de lei já fora feito e a entrega formal do Executivo para o Legislativo já se dera. Tratava-se, agora, de chamar as audiências públicas para leitura e deliberação sobre o PDP,

garantindo sessões especiais da Câmara Municipal, não apenas aberta a todos, mas com direito a destaques de todo e qualquer cidadão em igualdades de condições para com os próprios vereadores.

Por sua vez, a força da mobilização social já era tamanha que serviu por si só como elemento a forçar a participação de toda a Câmara, uma vez que, na cidade, grupos já ensaiavam em razão da Festa da Cidadania e os jornais já haviam distribuídos edições especiais com a minuta do projeto de lei.

As audiências Públicas ocorreram na quadra de um CIEP no centro da Cidade e contaram com efetiva participação popular, com a presença de todas as lideranças e comunidades. A despeito de todas as críticas conservadoras à efetiva participação popular e de que audiências públicas não costumam reunir parcela significativa da população, e de que existe representação excessiva de grupos minoritários com interesses específicos, o caráter deliberativo das audiências públicas do Plano Diretor, no caso específico de Miracema, demonstrou que o ativismo democrático ainda encontra múltiplas formas de expressão, fazendo com que o interesse público fosse, ainda que num momento de clímax, colocado acima de debates ideológicos e eventuais interesses escusos, porventura existentes.

Já no Município de Bom Jesus de Itabapoana um fato surpreendente ocorreu: não houve articulação entre poderes Executivo e Legislativo, de tal maneira, que, às vésperas da Audiência Pública marcada para deliberar sobre o Projeto de Lei do Plano Diretor, não havia Projeto de Lei. As oficinas haviam ocorrido com regularidade, assim como os grupos de trabalho e toda a sistemática de leituras técnicas, promovendo o parâmetros para o macrozoneamento. Porém a equipe da coordenação política local não avançara no trabalho, o qual deixara de ser sistematizado. Foi solicitado nosso auxílio e tivemos a tarefa de elaborar um conteúdo normativo no exíguo espaço de três dias. Lemos todas os textos produzidos, seminários, atas de oficinas, resultados de grupo de trabalho, além de legislação existente no município e passamos a cotejar, na literalidade, os aspectos aventados pela participação popular. Aplicamos, nos textos digitados, uma cor para cada reunião e separamos cada contribuição por eixo temático. Desse modo, na Audiência Pública foi possível cada morador identificar perfeitamente a contribuição de seu bairro ou distrito. Após a divisão em eixos temáticos, identificamos o que seriam diretrizes do que seriam ações prioritárias e assim indicamos as principais políticas públicas apontadas. Não havia muitas sugestões relativas a maneira de efetivar a gestão

democrática, tampouco nada a respeito dos instrumentos do Estatuto da Cidade. Sugerimos, então, de maneira abreviada, de um lado a criação de um Conselho das Cidades e de outro uma paráfrase ao próprio Estatuto, trazendo para o âmbito municipal tais ferramentas, a saber: parcelamento, edificação e utilização compulsórios, outorga onerosa do direito de construir, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, consórcio imobiliário, direito de preempção e direito de superfície.

Muito bem, novos desafios se apresentavam. Afinal, terminamos a redação exatamente na véspera da Audiência Pública. Por telefone, solicitamos fosse marcada reunião conjunta com todos os vereadores e secretários do município. Soubemos que era mesmo dia de sessão da Câmara e que todos estariam presentes. Chegamos ao Município e nova questão nos foi colocada: tratava-se de sessão especial para cassar o prefeito, o qual, doente e idoso, estaria deixando o comando da cidade nas mãos de assessores, que supostamente estariam se aproveitando da situação para auferir benefícios particulares. Para complementar, eram vésperas de eleições gerais e todos pareciam estar às voltas com campanhas de correligionários.

Após a sessão explicamos a todos, vereadores e secretários, a importância da audiência pública e em se iniciar o processo legislativo, independentemente da aparente crise política local. Falamos que, com a entrega do projeto de lei, encerrar-se-ia a obrigação formal do Executivo face ao Ministério das Cidades, mas não a do Legislativo, que poderia vir a incorrer em improbidade. Distribuímos cópia do texto para todos e marcamos, de imediato, uma reunião para a manhã seguinte. Era necessário que todos estivessem presentes pois iríamos ler todo o projeto de lei, linha a linha, artigo a artigo e solicitávamos que cada um colaborasse, criticando e modificando, de maneira a estar pronto, às 13 horas, conforme previsto, texto final a ser apresentada à população.

Tudo podia dar errado. Os antigos bandeirantes também devem ter vivido momentos de impasse diante de estruturas políticas imprevisíveis. Mas, talvez por termos funcionado como uma espécie de bombeiros, com ares de ação emergencial, tudo deu certo. Na manhã seguinte todos compareceram e colaboraram. De tal maneira que, com um atraso de apenas 30 minutos, iniciamos a Audiência Pública, que contou com participação expressiva e durou até tarde da noite, mantendo-se a maioria presente até o final e tornando a deliberar e debater com a plenária, votando e aprovando cada inciso de cada artigo.

Enfim, os exemplos no Noroeste fluminense falam-nos da tentativa de adaptação a um discurso em plena virulência da atual fase da barbárie democrática. Afinal, bárbaros eram os não romanos, simplesmente pelo fato de que o mais dominador desses povos eram os próprios romanos, que tipificaram o outro a partir do estigma da exclusão e da periferia. Hoje, a Corte de Direitos Humanos em França imita as formas arquitetônicas da Roma Clássica, como a dizer que o ideal civilizatório se consumou.

O novo desafio que se nos apresenta é refletir se, através da ação jesuíta de levar aos diferentes rincões a fala democrática, estaremos massificando ideais e tornando hegemônicas as culturas, ou apresentando condições para que as diferenças venham a se manifestar de forma mais equilibrada.

Latour (2004: 298) destaca:

> Quando o modernismo se tiver afastado o suficiente para que se possa fazer um estudo, os historiadores das idéias ficaram ofuscados pela extravagância de sua organização política. Como explicar a nossos netinhos que os grupos de trabalho, convocados de toda parte para construir o edifício da vida pública, receberam todos os talentos, todas as competências, todos os instrumentos, mas que lhes faltava uma única diretiva: o projeto do edifício a construir!

São impasses que nos alertam para a importância de relativizar permanentemente nossas próprias ações e que, por tornarem incompleto nosso projeto civilizatório, nos faz parecer que é de fato este um passo razoável e que merece ser dado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. **Plano Diretor Participativo.** Brasília: Ministério das Cidades, 2004.

HAESBAERT, Rogério. **O mito da desterritorialização**: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

LATOUR, Bruno. **Políticas da natureza**: como fazer ciência na democracia. Tradução de Carlos Aurélio Motta de Souza. Bauru SP: EDUSC, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL STF – Acórdão unânime. Tribunal. Pleno – j. 17-09-1998 – Relator Ministro SYDNEY SANCHES

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo, Companhia das Letras, 1987.

TORO, José Bernardo; WERNECK, Nísia Maria Duarte. **Mobilização social**: um modo de construir a democracia e a participação. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

A FUNÇÃO ECONÔMICA DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Ademar Nitschke Júnior*

RESUMO

Nos últimos anos muito tem sido discutido sobre a necessidade de implementação de políticas desenvolvimentistas. Visando contribuir com este objetivo, a propriedade industrial pode ser considerada como um dos mecanismos que incentiva o desenvolvimento da sociedade, melhorando a condição humana e promovendo a criação de novas ferramentas úteis à coletividade.
O presente trabalho propõe-se justamente a tratar sobre isso, partindo da análise da legislação pátria a respeito do tema e realizando um estudo sobre a função econômica da propriedade industrial, compreendendo-se os motivos que fundamentam a sua proteção.
Construída esta base, passa-se a realizar uma análise crítica desenvolvimentista avaliando o cenário econômico, político e social do Brasil, bem como identificando alguns problemas que prejudicam o progresso do país.

PALAVRAS-CHAVES: FUNÇÃO, ECONÔMICA, PROPRIEDADE, INDUSTRIAL, EMPRESAS, DESENVOLVIMENTO, SOCIEDADE, TECNOLOGIA, PESQUISA, CIENTÍFICA.

ABSTRACT

In the last years, a lot has been discussed about the necessity of implementation of development politics. Aiming at to contribute with this objective, the industrial property can be considered as one of the mechanisms that stimulate the development of the society, improving the human condition and promoting the creation of new useful tools to the people.
This work intends to discuss it, leaving by the analysis of the national legislation regarding the subject and studying the economic function of the industrial property, understanding the reasons that support its protection.
By this point, it's transferred to carry through it a development critical analysis evaluating the economic scene, social and politician of Brazil, as well as identifying some problems that harm the progress of the country.

* Advogado. Mestrando em Direito Empresarial pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-Graduado em Direito Empresarial pela ABDCONST/PR. Bacharel em Administração de Empresas pela UFPR.

KEYWORDS: FUNCTION, ECONOMY, PROPERTY, INDUSTRIAL, COMPANIES, DEVELOPMENT, SOCIETY, TECHNOLOGY, RESEARCH, SCIENTIFIC.

INTRODUÇÃO

Vive-se um momento no Brasil em que as forças sociais parecem convergir na busca do desenvolvimento econômico, procurando posicionar o país em um patamar mais avançado do que o atual[1].

Boa parte desses esforços tem sido operacionalizada por meio da atividade empresarial privada, a qual ocupa papel de destaque no cenário econômico, inclusive substituindo o Estado, cada vez mais, no desenvolvimento de suas atividades.

A atividade empresarial, como é de conhecimento popular, está pautada, basicamente, no binômio investimento/retorno financeiro, os quais são elementos fundamentais em uma economia capitalista (como no caso da brasileira).

Contrapondo-se o interesse social a estes dois aspectos, torna-se interessante analisar a função econômica da propriedade industrial, partindo-se da fundamentação teórica e legal do que seja a propriedade industrial, para identificar de que modo a sua proteção merece atenção do aplicador do Direito.

Isso porque se faz necessário avaliar até que ponto é interessante, economicamente, para as empresas, a realização de investimentos no desenvolvimento tecnológico, na pesquisa científica e demais atividades que propiciem a evolução da humanidade.

Procura-se estabelecer um ponto de equilíbrio que consiga convergir, por meio da propriedade industrial, para: (i) contribuir com a evolução da condição humana; (ii) incentivar os investimentos privados; (iii) propiciar o desenvolvimento técnico-científico; (iv) proteger aqueles que desejam investir nestas atividades para que possam recuperar seus investimentos dispensados em pesquisas; (v) garantir a preservação do

[1] Veja-se, inclusive, a grande quantidade de medidas políticas que vêm sendo desempenhadas pelos poderes executivos federal, estadual e municipal, acompanhando o amadurecimento da democracia em nosso país. Mesmo não abordando o mérito das referidas medidas, ao menos a tentativa de sua implementação pode ser considerada como um grande passo na melhoria das condições sociais.

interesse público, coibindo-se a prática de atos que desvirtuem o uso da propriedade industrial nos casos em que haja prejuízo ou onerosidade excessiva à sociedade.

1 A REGULAMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO BRASIL

1.1 DISPOSIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Respeitando-se as opiniões em sentido contrário, acredita-se que a Constituição Federal recepcionou o modelo de economia capitalista no ordenamento jurídico brasileiro.

No Título VII da Carta Magna, identifica-se a preocupação que foi dispensada pelo legislador constitucional ao regulamentar a Ordem Econômica e Financeira, estabelecendo no art. 170 e seguintes os princípios gerais[2] da atividade econômica.

Ao trazer o equilíbrio entre a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a existência social digna, o legislador criou a base para que possa ser determinada a finalidade principal da exploração da atividade econômica.

Isso porque procurou atingir o equilíbrio entre forças que ocupam posições opostas, e dividem opiniões na sociedade, direcionando-as para uma finalidade comum.

Em outras palavras, pode ser dito que o texto constitucional procurou agrupar diversos conceitos e elementos que se contrapõe na sociedade (trabalho, capital, sobrevivência, exploração econômica, dentre outros), organizando-os para que possam atingir os objetivos comuns, minimizando as distorções e procurando melhorar as relações sociais no Brasil.

Além de permitir a livre concorrência e incentivar o desenvolvimento da atividade econômica, para que haja segurança à sociedade – felizmente – o texto constitucional também reservou ao Estado o direito de intervir nas hipóteses em que haja abuso do poder econômico, reprimindo práticas abusivas e restabelecendo a

[2] Cumpre destacar que no caput do art. 170 o legislador constitucional previu expressamente que os fundamentos da ordem econômica devem assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Isto é, como regra fundamental, trazida neste artigo, pode-se perceber que – relativizando alguns interesses privados – a ordem econômica deve estar pautada na melhoria da condição humana.

normalidade no cenário social, conforme previsão do art. 173, V, § 4° da Constituição Federal[3].

Nesse sentido, interessante colacionar a lição de José Afonso da Silva:

> Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso. [4]

Do mesmo modo, convém trazer à baila os ensinamentos de Alexandre de Moraes:

> Da conjugação dessas duas normas constitucionais o intérprete deve concluir pela existência da possibilidade de intervenção estatal na economia, seguindo-se os parâmetros de legalidade, quando houver necessidade de defesa do interesse público, inclusive para combater o abuso do poder econômico e assegurar os princípios constitucionais da ordem econômica.[5]

Com a estruturação criada pelo texto da Carta Magna, aliada às disposições infraconstitucionais que serão apontadas, observa-se que a intenção do legislador brasileiro foi de incentivar o desenvolvimento econômico como objetivo principal, resguardando-se os interesses coletivos que possam ser violados durante a exploração da atividade econômica. Estes interesses, nas hipóteses de violação, podem e devem ser defendidos pelo Estado, nos termos do artigo mencionado.

Além disso, quando abordada a função econômica da propriedade industrial, merece ser enfatizada a atenção que foi dispensada no texto constitucional com relação ao desenvolvimento científico, à pesquisa e à tecnologia, pois a previsão dos artigos 5°,

---

[3] "Art. 173.(...). V. (...). § 4° A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."
[4] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 727.
[5] MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 1839.

XXIX[6], e 218 da Constituição Federal, atribui ao Estado a obrigação de promover e incentivar estas atividades[7].

Ao construir um sistema jurídico que impulsiona o desenvolvimento econômico (incluindo a propriedade industrial no rol dos direitos fundamentais), como já apontado, e incentiva os mecanismos de produção científica, a Constituição Federal semeou um "solo fértil" para fomentar os investimentos da área privada em pesquisa científica.

Por isso, pode-se dizer que a estrutura criada pela Constituição Federal influenciou a construção e o pensamento moderno sobre a propriedade industrial, bem como o seu papel como elemento de desenvolvimento econômico.

Consequentemente, pode-se dizer que a Carta Magna valorizou a figura da propriedade industrial e sua função, contribuindo com o trabalho do legislador infraconstitucional.

1.2 DISPOSIÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

[6] Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos:
(...)
XXIX – A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

[7] Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.
§ 1° A pesquisa científica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.
§ 2° A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.
§ 3° O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.
§ 4° A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao país, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.
§ 5° É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

A propriedade industrial no Brasil[8] encontra-se regulamentada pela Lei 9.279/96, a qual, basicamente, prevê a proteção das invenções e dos modelos de utilidade (por meio das patentes), do mesmo modo que das marcas e dos desenhos industriais (por meio de registros). Seguindo a mesma linha desenvolvida no texto da Carta Magna, a legislação infraconstitucional também assegurou a proteção à propriedade industrial[9], buscando-se o desenvolvimento tecnológico e econômico do país e garantindo-se a preservação do interesse social.

Ao proteger o interesse social, o texto da lei de propriedade industrial reforça o conteúdo disposto no art. 5°, XXIX, da Constituição Federal, trazendo a possibilidade de que seja aplicada a licença compulsória[10] às patentes que estejam sendo utilizadas de forma abusiva.

Nesse sentido, temos a lição de Viviane Perez de Oliveira:

> A patente é, pois, o instrumento para cumprir-se a função social dos inventos industriais, o que não significa, contudo, que possa o proprietário exercer seu direito livremente. Estará ele sujeito não apenas à limitação temporal específica, como aos mecanismos de repressão ao abuso de direito, que se traduzem, no caso, na licença compulsória, conforme se verá adiante.[11]

Estabelecendo tratamento especial às formas de regulamentação da propriedade industrial, a Lei 9.279/96 acompanhou as diretrizes traçadas no texto constitucional e adequou o ordenamento jurídico pátrio aos tratados internacionais firmados pelo

---

[8] Cumpre destacar que a propriedade industrial é uma das modalidades de regulamentação da atividade de pesquisa, desenvolvimento e produção científica que receberam tutela do legislador infraconstitucional. O presente trabalho limitou a abordagem a apenas a modalidade de "propriedade industrial" por se tratar daquela que, profundamente, encontra-se ligada ao desenvolvimento econômico e social. Assim, cabe a análise da sua função econômica.

[9] Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
I - concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade;
II - concessão de registro de desenho industrial;
III - concessão de registro de marca;
IV - repressão às falsas indicações geográficas;
V - repressão à concorrência desleal.

[10] Destaque-se que o texto da Lei 9279/96 possui dispositivos que tratam especificamente da licença compulsória que pode ser aplicada às patentes nos casos de abuso em seu uso, ou abuso do poder econômico. Parta tanto, os artigos 68 e seguintes da mencionada lei prevêem várias hipóteses em que a propriedade industrial será licenciada compulsoriamente, bem como determinam de que forma ocorrerá este procedimento.

[11] OLIVEIRA, Viviane Perez de. Exploração patentária e infração à ordem econômica. **Revista de direito público da economia.** n° 1. ano 1. abr./jun. 2003, p. 273.

Brasil[12]. A mencionada lei dispõe sobre as regras para concessão das patentes e dos registros, os prazos, bem como estabelece os demais critérios necessários para a regulamentação da matéria[13].

Somando-se as considerações traçadas sobre o texto constitucional e a lei infraconstitucional, percebe-se que o ordenamento jurídico em matéria de propriedade industrial não merece críticas advindas dos operadores do Direito. Pelo contrário, há de ser destacado o trabalho do legislador porque, em tese, a lei atende boa parte dos anseios das classes sociais, sejam empreendedores, consumidores, membros do poder público, bem como as demais pessoas que são atingidas direta e indiretamente pela propriedade industrial.

Nada obstante, o tratamento prático que é dispensado à propriedade industrial prejudica o interesse social e a base construída pelo legislador. Isso porque a postura da sociedade ao adquirir produtos que desrespeitam a propriedade industrial (comumente denominados de "piratas"), a burocracia que envolve os órgãos públicos como o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), bem como a lentidão apresentada pelo Poder Judiciário (fato absolutamente notório), são alguns dos fatores que dificultam a apropriada proteção legal àqueles que agem de acordo com a lei e esperam do poder público o cumprimento das diretrizes fundamentais previstas no texto legal.

Todos estes fatores, aliados aos grandes problemas que assolam a estrutura do Estado brasileiro, dificultam o desenvolvimento econômico do Brasil.

2 FINALIDADE ECONÔMICA E CIENTÍFICA DA PROTEÇÃO

A regulamentação da propriedade industrial teve seus traços embrionários no Brasil no início do século XIX, já com o escopo de promover o crescimento econômico nacional, como bem ensinam Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral:

[12] Dentre os principais tratados que são relacionados à propriedade industrial, destacam-se: a Convenção de Paris e o TRIPS (*Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights*). Este último foi recepcionado em nosso texto infraconstitucional e serviu como mecanismo de orientação para a elaboração da Lei 9279/96, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro as diretrizes internacionais sobre propriedade industrial.

[13] Merece atenção daqueles que estudam a matéria que os critérios utilizados para que seja determinada a patenteabilidade, ou registrabilidade, da propriedade industrial dependem de critérios bastante subjetivos na apreciação dos pedidos e, por isso, o texto legal procurou orientar precisamente a sua forma de análise e aplicação.

> O estabelecimento de um regime jurídico de proteção da propriedade intelectual para servir de alavanca ao crescimento econômico nacional não é recente na história do direito no Brasil. Antes mesmo da independência de Portugal, vigorava o Alvará de 1809, do Príncipe Regente Dom João VI, que previa a concessão do privilégio de exclusividade aos inventores e introdutores de novas máquinas e invenções, como um benefício para a indústria e as artes. Esta norma e outras promulgadas a partir de 1822 colocaram o Brasil entre os primeiros países do mundo a regularem os direitos de propriedade intelectual.[14]

Ao longo dos anos que passaram, a base ideológica relacionada à proteção da propriedade industrial manteve-se de forma semelhante, o que fora confirmado nos tópicos introdutórios deste artigo.

Além disso, cumpre destacar que a lógica jurídica para a proteção da propriedade industrial segue a mesma sistemática adotada para as demais espécies de propriedade existentes na sociedade[15]. Basicamente, protege-se o direito daqueles que de alguma forma o conquistaram, devendo ser seguido o ordenamento jurídico pátrio para que este direito seja conservado.

Difícil então pensar de maneira diversa, visto que se vive em um mundo com recursos escassos e que não são suficientes para atender a todos que deles dependem. Portanto, mesmo que não se vislumbre a possibilidade de melhoria na condição humana por meio das pesquisas (o que constitui um dos elementos fundamentais da propriedade industrial), só a escassez de produtos já seria argumento para contribuir com o entendimento adotado de proteção da propriedade.

Além disso, complementando o pensamento anterior – se considerada a questão da melhoria científica (elemento incentivado pela Constituição Federal em seu art. 218) e, consequentemente, da condição humana – torna-se mais evidente que a

---

[14] PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p.13.

[15] Vale, neste momento, destacar as lições de Richard A. Posner em seu livro Economic Analysis of Law. Nesta obra, o autor realiza abordagem sobre a sistemática que envolve a propriedade (como um todo) e seus reflexos na economia, trazendo um simples exemplo prático que reforça a necessidade de ser assegurada a proteção aos direitos de propriedade, senão vejamos: *"(...) Imagine a society in which all property rights have been abolished. A farmer plants corn, fertilizes it, and erects scarecrows, but when the corn is ripe his neighbor reaps it and takes it away from his use. The farmer has no legal remedy against his neighbor's conduct since he owns neither the land that he sowed nor the crop. Unless defensive measures are feasible (and let us assume for the moment that they are not), after a few such incidents the cultivation of land will be abandoned and society will shift to methods of subsistence (such as hunting) that involve less preparatory investment."*. POSNER, Richard A. ***Economic Analysis of Law.*** Nova Iorque: Aspen Publishers, 2002, p. 32

propriedade industrial é fundamental para o desenvolvimento econômico e social, reforçando-se ainda mais a necessidade de proteção.

E para justificar as idéias apresentadas sobre o incentivo a proteção da propriedade industrial, interessante destacar os ensinamentos de Viviane Perez de Oliveira, in verbis:

> Não é de difícil percepção o papel das patentes para o desenvolvimento. Em análise sistemática, pode-se dizer que a invenção, uma vez patenteada, gera o título que possibilita a exploração de forma exclusiva; esta, por sua vez, gera o lucro que permite o investimento em pesquisa, originando novas invenções. Por outro lado, a aplicação industrial do invento e a comercialização dos seus resultados geram o desenvolvimento industrial e econômico, propiciando, ao fim, o bem-estar social.[16]

Por isso, a proteção da propriedade intelectual e a repressão aos casos de violação deste direito são fundamentais para a consolidação de uma economia capitalista, pois é necessário conferir segurança jurídica para aqueles que despenderam seus recursos físicos e financeiros na realização de pesquisas científicas e tecnológicas. Do contrário, poderiam ser reduzidas estas atividades em decorrência de falta de interesse daqueles que podem desenvolvê-las.

Nada obstante, não pode este direito de propriedade ter caráter absoluto, ao ponto de ser exercido com abuso por parte daqueles que o detém (o que foi vedado pelo art. 173, V, § 4°, da Constituição Federal), sendo necessária sua circulação e utilização de acordo com os ditames sociais para que seja alcançado o desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, são interessantes os ensinamentos de Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral:

> (...) É certo que os investidores exigem maior proteção jurídica à propriedade intelectual. Também é verdade que um regime eficiente de propriedade intelectual é um fator primordial para atrair tecnologia, levando ao crescimento econômico nacional.
> Mas também é verdade que o aumento da proteção à tecnologia é o elo perdido nessa corrente. **A solução poderia ser a introdução de requisitos para a sua efetiva transferência, um intuito de difícil consolidação prática.**
> Esta constatação leva a afirmar a necessidade de políticas públicas, com investimentos correspondentes nos países em desenvolvimento, para

[16] OLIVEIRA, Viviane Perez de. **op cit.,** p. 268.

> melhorar a capacidade tecnológica nos centros de pesquisa local.[17] (destacou-se)

Sendo assim, a propriedade industrial serve como um dos mecanismos que contribuem com o desenvolvimento econômico, mas, para que sejam materializados os objetivos pretendidos pelo legislador, é necessário que seu uso seja feito em atendimento aos ditames da necessidade social, da mesma forma que – também – é importante um cenário econômico favorável, o que se passará a analisar.

3 ANÁLISE CRÍTICA DESENVOLVIMENTISTA

Para que seja atingido o desenvolvimento econômico e social, as relações sociais não podem ser vistas de maneira autônoma, sendo necessária a integração entre as ciências que o estudam para atingir um objetivo comum. Os regulamentos do Direito precisam estar de acordo com os preceitos da Economia e das demais ciências sociais, sendo que toda esta relação deve estar de acordo com a finalidade social para que foi proposta, objetivando o bem coletivo.

Nesse sentido, partindo-se da premissa construída sobre a importância da propriedade industrial, faz-se necessária a abordagem de outros aspectos conjunturais que dificultam o desenvolvimento econômico e social, cabendo, neste momento, uma análise crítica desenvolvimentista sobre a história recente do Brasil. Pretende-se demonstrar que é essencial a adoção de uma visão multidisciplinar para que seja possível compreender melhor o tema.

Para identificar os problemas econômicos e sociais que o Brasil vem enfrentando nas duas últimas décadas não é necessário ser nenhum especialista na área. Qualquer cidadão comum que acompanhe as notícias do país percebe que nas grandes capitais existe uma volumosa parcela da população vivendo em condições miseráveis, sem oportunidades e excluída socialmente. Da mesma forma, mas em cenários diversos, também podemos dizer que ocorre nas pequenas cidades e na zona rural.

Em que pese serem encontrados alguns poucos centros que vêm gozando de prosperidade nesse período, a maioria da população brasileira encontra-se insatisfeita

[17] PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. **op cit.,** p. 26-27.

com as oportunidades e com o panorama em que está inserida, encaixando-se no perfil traçado no parágrafo anterior.

Por isso, vivendo em um país que não oferece infra-estrutura básica nas áreas de saúde, educação, trabalho e moradia, com uma das mais elevadas cargas tributárias do mundo[18], e que há anos promete aumentar os índices de desenvolvimento, sem que isso ocorra, a esperança da população em encontrar alguma espécie de melhoria foi reduzindo com o passar dos anos.

Mesmo, recentemente, tendo sido apresentadas diversas medidas para incentivar o crescimento do país[19], considerando-se que sua implementação é demasiadamente demorada, o cidadão comum tem dificuldades em acreditar no futuro econômico e social da nação.

Corroborando as informações apresentadas, a análise realizada por Fábio Giambiagi torna-se bastante interessante e descreve a política econômica e social que vem sendo desempenhada no Brasil:

> Enquanto o resto do mundo, cada vez mais, se volta para o desafio da criação de riquezas, o Brasil persiste no desenvolvimento de um modelo distributivista em essência, fortemente baseado no intervencionismo estatal e, em alguns casos, com um acentuado viés anticapitalista. Estamos virando uma economia com mentalidade de funcionários públicos, no que isso em geral é associado a certo espírito de acomodação e de dependência do Estado.[20]
> (...)
> No Brasil, a constatação de que havia níveis de pobreza considerados – justamente – inaceitáveis levou a uma procura exacerbada da proteção do Estado. O problema é que, em vez de procurar direcionar a atuação deste para a superação da pobreza mediante o desenvolvimento de incentivos adequados que estimulassem a melhoria da produtividade e o aumento da produção, optou-se por um modelo que prioriza a distribuição e a proteção. Se usarmos a velha metáfora somos pródigos em 'dar o peixe', mas temos sido um fracasso na arte de 'ensinar a pescar'.[21]
> (...)
> Os melhores exemplos de países que crescem hoje em dia a um ritmo acelerado combinam, em maior ou menor grau, uma tributação benigna, um

[18] A carga tributária no Brasil no ano de 2006 atingiu 38,75%, alcançando o maior patamar de toda a história do país. Fonte: IBPT, in: Folha de São Paulo, caderno Dinheiro, p. B1, Sábado, 30 de Dezembro de 2006.

[19] Independentemente do viés político defendido, é inegável que o país caminha a passos muito lentos quando comparado com outros países que apresentam o mesmo perfil histórico do Brasil. Não se faz necessária uma crítica política individual, mas precisam ser feitas ponderações coletivas visando que o país evolua economicamente, o que se espera que ocorra com o amadurecimento da democracia brasileira.

[20] GIAMBIAGI, Fábio. **Brasil, raízes do atraso: paternalismo x produtividade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 5.

[21] GIAMBIAGI, Fábio. **op cit.,** p. 6.

> elevado investimento público e um firme apoio à educação, com ênfase na criação de riqueza e no apoio à inovação. Isso pouco tem a ver com o nosso modelo de atuação estatal em que o Governo transfere renda para um número crescente de pessoas, ficando, em compensação, quase sem recursos para expandir as atividades de infra-estrutura.[22]

Seguindo linha de raciocínio bastante semelhante, ao abordar os gravames conjunturais e estruturais com relação ao Brasil, João Evangelista Pereira de Lima e Aderbal Nicolas Muller complementam a crítica supramencionada, apresentando outras espécies de deficiências encontradas no Brasil, *in verbis*:

> Sem dúvida alguma, os gravames anteriormente comentados representam os princípios complicadores do poder de competição das empresas brasileiras no mercado globalizado, não obstante estarem os salários em patamares bem inferiores aos praticados em outros países.
> **Entretanto, juntam-se as ineficiências competitivas quanto aos tributos, aos encargos sociais, previdenciários e trabalhistas e aos encargos financeiros os gravames conjunturais, que oneram os custos dos produtos ou dos serviços, pela obsolescência do nosso parque industrial, pelas técnicas desatualizadas de todo processo produtivo e, principalmente, pelos desperdícios generalizados que já faz parte da cultura brasileira.**
> **(...)**
> **Para eliminar esse problema, dever-se-ia rever todo o processo industrial, investir em máquinas e técnicas mais modernas.**[23] (destacou-se)

Portanto, percebe-se que a visão da realidade econômica apresentada pelos autores reflete a situação do país e preocupa aqueles que desenvolvem um trabalho sério e desejam ver o Brasil acompanhando as demais economias em desenvolvimento, tais como[24]: Chile, México, países do Leste Europeu, entre outros. Naturalmente, estes fatores repercutem em ambiente internacional, dificultando o ingresso de novos investimentos estrangeiros no Brasil.

Por esta razão, identificando-se os anseios da sociedade, entende-se que, além de existir um sistema jurídico que proteja a propriedade industrial e incentive a produção científica, faz-se necessário que políticas públicas sejam implementadas com o escopo de promover o desenvolvimento econômico, permitindo que as ferramentas criadas pelo Direito contribuam com a melhoria da condição humana, com a redução

---

[22] GIAMBIAGI, Fábio. **op cit.,** p. 11.
[23] LIMA, João Evangelista Pereira de; MULLER, Aderbal Nicolas. Custo Brasil: muito além dos suspeitos habituais. **Revista da FAE.** n° 1. jan./dez. 1998, p. 15.
[24] Estes países têm conseguido equilibrar excelentes resultados econômicos com a inclusão social e a redução de desigualdades, o que tanto tem sido defendido no Brasil.

das desigualdades sociais e com o desenvolvimento econômico, tal como pretendido pelo legislador ao dispor sobre a propriedade industrial.

Para comprovar a ligação entre esses aspectos, interessante mencionar que o relatório 2007 da Organização Mundial de Propriedade Industrial (INPI) mostrou que o pedido de patentes do Brasil em relação a 2006 caiu 5,6%, enquanto a Coréia do Sul avançou 24,6% e a China 56,4%. Até a África do Sul superou o número de pedidos de patentes do Brasil[25].

Estes dados contribuem para consolidar o entendimento apresentado no curso deste artigo, pois demonstram – numericamente – que, com as políticas econômicas e sociais adotadas no Brasil, há pouco espaço a materialização dos direitos previstos na Constituição Federal, dentre eles a utilização da proteção da propriedade industrial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Traçadas as diretrizes fundamentais desta análise, pode-se dizer que a sociedade precisa enfrentar a propriedade industrial como mecanismo para assegurar direitos e propiciar a melhoria na condição humana, merecendo ser incentivada a sua proteção. Por outro lado, estes direitos de proteção devem ser assegurados até o limite em que respeitem a finalidade para que foram concedidos. Isto é, uma vez identificado que a sua proteção está sendo utilizada de forma abusiva, trazendo prejuízo para a sociedade, necessário que sejam coibidas estas práticas, utilizando-se os mecanismos que estão previstos no ordenamento jurídico pátrio. Paralelamente, também é necessário que os esforços sociais sejam direcionados para reduzir o impacto dos fatores que impedem o crescimento do país.

Destarte, tanto é necessário o incentivo à propriedade industrial e sua proteção, como também é fundamental que o cenário político, econômico e social contribua com a finalidade proposta.

[25] Fonte: Gazeta Mercantil, caderno A, p.2, Segunda-Feira, 14 de maio de 2007.

REFERÊNCIAS

GIAMBIAGI, Fábio. **Brasil, raízes do atraso: paternalismo x produtividade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIMA, João Evangelista Pereira de; MULLER, Aderbal Nicolas. Custo Brasil: muito além dos suspeitos habituais. **Revista da FAE.** n° 1. jan./dez. 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Viviane Perez de. Exploração patentária e infração à ordem econômica. **Revista de direito público da economia.** n° 1. ano 1. abr./jun. 2003, p. 261-280.

PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 11-34.

POSNER, Richard A. ***Economic Analysis of Law***. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

A CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS: PRIMEIRA PARTE

Allan Rocha de Souza*

RESUMO

O presente artigo trata da construção social dos direitos autorais em sua fase inicial. A análise jurídica pretendida apoia-se numa perspectiva histórica, focando principalmente os acontecimentos relevantes à sua compreensão quando de seu surgimento e construção inicial. Incorporar-se-á aqui as reflexões sobre a fase inicial da proteção nos países estrangeiros relevantes e as teorias justificadoras da proteção concedida no período.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AUTORAL; HISTÓRIA DO DIREITO

ABSTRACT

The present article woks with the social construction of the Author Rights. The legal analysis intended herein is based on a historical perspective, focusing primarily on the relevant occurances to its comprehension when emerging and of its first period construction. There will be taken into account the reflexions on the initial phase of protection in the relevant foreign countries and the justifying theories for the protection conceded during such period.

KEYWORDS: AUTHOR RIGHTS; LEGAL HISTORY

Sumário: 1. Introdução. 2. A trajetória inicial. 3. A prensa e os privilégios. 4. O *copyright* na Inglaterra. 5. O *droit d'auteur* na França. 6. O *copyright* nos Estados Unidos. 7. O direito autoral no Brasil. 8. Conclusões. 9. Referência

1. Introdução

O presente artigo trata da história da proteção jurídica dos direitos autorais. É a primeira parte de uma série de quatro artigos cobrindo as diversas etapas da história jurídica da proteção aos direitos autorais. A análise jurídica pretendida apoia-se numa perspectiva histórica, focando principalmente os acontecimentos relevantes à sua compreensão no Brasil. Incorporar-se-á aqui as reflexões sobre a fase inicial da proteção

* (Doutorando em Direito Civil na UERJ, Mestre e Professor da Faculdade de Direito de Campos; Pesquisador da rede MINDS, no Projeto "Innovation, Intellectual Property and Development:". e-mail: allanrocha@fdc.br)

nos países estrangeiros relevantes e as teorias justificadoras da proteção concedida no período.

Dividiu-se este artigo em sete partes principais, representando cada um dos enfoques. De início busca-se apresentar a trajetória inicial desses direitos, em geral apontado como tendo sido com o advento dos privilégios, mas que porém obtêm alguma forma de proteção anterior. A partir de então, e da invenção e difusão dos tipos móveis de Gutemberg, fala-se então dos privilégios concedidos pelos reinos. Os direitos autorais propriamente ditos vieram a ser concebidos da experiência dos privilégios e foram o resultado dos conflitos do modelo de gestão do material impresso expresso pelos privilégios

Concentrando na Inglaterra, França, Estados Unidos e Brasil, apontar-se-á os acontecimentos relevantes que conduziram à afirmação destes direitos em lugares diversos, e a elaboração de duas formas principais de conceber a estrutura destes direitos, formando dois sistemas gerais sob os quais se enquadram os diversos sistemas nacionais.

2. A trajetória inicial

A espiritualidade da criação, a própria autoria, já havia sido reconhecida e atribuída na Antigüidade assim como sua materialidade, que estariam ligadas à singularidade dos manuscritos.[1] Escribas profissionais existiam desde a Mesopotâmia, indo além dos grupos religiosos.[2] Os gregos já reconheciam a autoria de seus filósofos, que eram geralmente financiados por membros da elite econômica, valorizando a sua condição e status, o que resultaria em retorno econômico com as atividades remuneradas que exerceriam em razão de seus escritos.[3] Pode-se afirmar também que em Roma havia uma produção organizada de múltiplas copias de textos, tendo emergido e expandido no século I. [4]

Em Roma e sobre o sistema jurídico romano, os debates acerca da existência de uma proteção à criação têm uma maior densidade, em virtude da própria complexidade de seu sistema de normas. E quando se discute a proteção literária em Roma, três são as principais teses dos negadores da existência da proteção literária: o silêncio de sua legislação; a inexistência de viabilidade econômica; e razões de ordem jurídica[5].

[1] COLOMBET, Claude. *Propriété Littéraire et Artistique*. Paris: Dalloz, 1997, p. 1-3.
[2] AVRIN, Leila. *Scribes, Script and Books: The Book Arts from Antiguity to the Renaissance*. USA: American Library Association, 1991, p. 75-76.
[3] MAY, Christopher & SELL, Susan K. *Intellectual Property Rights: a Critical History*. Lynne Rienner Publishers, 2005, p. 47-48.
[4] Ibidem, p. 47.
[5] DOCK, Marie Claude. *Etude sur le Droit D'Auteur*. Paris: Pichon et R. Durand-Auzias, 1963, p. 9-19.

A inexistência de uma legislação direta ou especial não é argumento decisivo, pois o silêncio pode ao mesmo tempo servir de fundamentação a teorias adversas. E a verificação de sua existência, nestes casos, deve se dar indiretamente, após uma análise da complexidade do ordenamento sobre o qual incide a questão, buscando identificar a viabilidade dos caminhos possíveis para atingir o objetivo, que seria a própria proteção. E neste sentido, no Direito romano possivelmente podia-se pleitear reparação pelos danos aos direitos morais do autor, através da *actio injuriarium*, com aplicabilidade, por exemplo, em situações de plágio ou uso indevido do nome[6], o que configuraria a proteção da personalidade do autor projetada sobre a obra.

A questão da valoração material em Roma pode ser observada também através do instituto da Acessão, através do qual o autor da obra intelectual obtém a propriedade do objeto móvel físico sobre o qual é expressa, sendo considerado acessório frente à obra criativa.[7]. A existência deste instituto jurídico nos obriga a reconhecer em Roma a concepção da imaterialidade como objeto de proteção. E, neste sentido, se pronunciaram Gaius[8] e Justiniano[9], argumentando a acessoriedade do suporte material frente ao conteúdo intelectual da obra, reconhecendo assim a imaterialidade como bem jurídico protegido, contrapondo-se à material na qual se inscreve.[10] Segundo Moreira Alves:

> "A pictura é a representação de figuras, mediante o emprego de tintas, sobre tela alheia. No direito clássico divergiam os juristas (Gaio, Inst. II, 77-78): uns entendiam que as tintas acediam à tela, e, assim, o proprietário dela se tornava proprietário do quadro; outros eram de opinião contrária – o quadro passava à propriedade do pintor. Justiniano (Inst., I, 33-34) seguiu a segunda opinião."[11]

A inexistência de condições para inúmeras reproduções, que eram trabalhosas e dispendiosas, também não é impeditivo ao reconhecimento de utilidade econômica da obra resultante da criação, basta lembrar do papel dos *bibliopola* e *librarius*, o último responsável pelo equivalente às bibliotecas atuais, e aquele encarnando o papel dos editores e livreiros hodiernos.[12]

---

[6] CASELLI, Piola. *Codigue del Diritto di Auttore – Comentario*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1943, p. 1. *Apud* Netto, José Carlos Costa. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTP, 1998, p. 30.
[7] MAYNZ, Charles. *Cours de Droit Romain.* Paris: A. Durard & Redone-Lauriel, 1886, p. 722. "Justinien a statué, pour la peinture considéreé comme art, que la main d'ouvre l'emporte sur la matière, tandis que la simple opération d'appliquer des couleurs sur une surface ne constitue q'une acession en faveur du propriétaire de la surface."
[8] GAIUS, Inst. II, 12. *Apud* DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 16.
[9] JUSTINIANO, Inst. II, 2 pr. *Apud* DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 16.
[10] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 16-17.
[11] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 299.
[12] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 12-13.

A identificação da autoria já detinha, neste período, amplo reconhecimento. A consciência dos autores dos direitos sobre a criação, porém, ainda que presente na Antigüidade, ampliou-se aos poucos no transcurso da história. Assim, apenas nos espaços onde houve viabilidade econômica para reprodução dos originais estabeleceu-se uma produção e circulação lucrativa de bens culturais sustentáveis – livros, no caso – e a demanda por uma proteção. É equivocado, portanto, falar da inexistência de uma proteção à propriedade literária na Antigüidade, especialmente em Roma. O que parece mais acertado é que as estruturas sociais e econômicas para o seu aparecimento e proteção estavam não só presentes, mas se apresentaram efetivamente, ainda que indiretamente e localizadas.

Por volta do século IV o comércio livreiro começou a cair em declínio, bem como o Império, ao mesmo tempo que o Cristianismo crescia em poder e influência, os escritos antigos caíram em desuso e depois no esquecimento, tendo os escribas, acadêmicos e leitores dedicado-se cada vez mais aos textos cristãos, embora a Igreja tenha sido a maior responsável pela preservação da literatura mais antiga, especificamente dos autores cujos trabalhos haviam sido considerados clássicos.[13]

Durante toda a Idade Média então, a reprodução material se dava principalmente, embora não exclusivamente, nos monastérios, provavelmente sem fins lucrativos, objetivando principalmente a disseminação de temas religiosos. A identificação da autoria não era revelada, pois a elaboração e reprodução da obra era executada dentro do monastério, dificultando ou até impedindo a autoria individual.[14] Pode-se considerar que havia, na organização da produção cultural da Idade Média nestes locais, a estrutura primária das futuras obras coletivas.

Paralelamente, existiam os escritos de conteúdo político, cujo ganho essencial era o reconhecimento da autoria, e sua conseqüente divulgação. Além disso, neste período, têm-se as apresentações públicas de caráter literário e representativo[15], que podem ser descritos como antecessores dos direitos de representação, complemento dos direitos de reprodução na configuração dos direitos patrimoniais. Pode-se identificar, então, um intenso movimento de idéias, ainda que em círculos restritos. E também de uma proteção jurídica

[13] YU, Peter K. *Of Monks, Medieval Scribes and Middlemen*. In Michigan State Law Review, vol 2006:1, p. 5-6. Disponível no endereço eletrônico www.ssrn.com.
[14] STEWARD, Stephen M. *international Copyright and Neighboring Rights*. Londres: Butterworths, 1983. p. 13-14. *Apud* Netto, José Carlos Costa. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTP, 1998, p. 30.
[15] Ibidem, p. 30.

que consiste na concentração de direitos sobre o original e a sua reprodução nas mãos dos Abades, situação esta constante através da Idade Média.[16]

No final da Idade Média, as cidades cresciam em tamanho e a concentração populacional aumentava, ocorreu também a criação das universidades e sua independência da Igreja, este conjunto de fatores levou ao aumento do alfabetismo e conseqüente demanda por livros, levando à ampliação do campo de trabalho dos escribas e apontando para o surgimento de uma indústria da escrita, com ateliês de produção de livros se tornando conhecidos pelo nome de seu artista principal ao final do século 13 em cidades como Paris.[17]

3. A prensa e os privilégios

Já no início da Era Moderna, a invenção da impressora, por Gutenberg em 1436, e do papel, em 1440, possibilitaram a reprodução dos livros em uma escala infinitamente superior ao conhecido então. A facilidade de reprodução, a alfabetização de um maior número de pessoas e uma produção literária mais intensa e diversificada dá origem a um período de eclosão cultural – a Renascença – e, concomitantemente, de uma indústria cultural, destacando-se os impressores e vendedores de livros.[18]

É de fundamental importância a existência destes intermediários (impressores e livreiros) entre o autor e o público, pois aqueles não possuíam meios de divulgação e distribuição, tão-pouco recursos para a impressão. Os privilégios consistiam em direitos de exclusividade na reprodução e distribuição de material impresso, por tempo determinado, porém renovável. Inicialmente de cinco anos, algumas décadas depois estendidos para 10 anos, e posteriormente em perpetuidade[19].

A revolução trazida pela prensa pode ser comparada às mudanças ocorridas em função da substituição da tecnologia analógica pela digital no meio da década de 1980. Ainda assim, naquele período, as funções dos escribas não se extinguiu imediatamente, durou tempo suficiente para que estes profissionais aprendessem sobre a estrutura do novo comércio, alguns se tornando impressores outros design de tipos móveis.[20]

Os primeiros privilégios concedidos na República Veneziana foram unicamente para os editores. O primeiro precedente atribuindo algum reconhecimento aos autores foi de 1486, para Marc'Antonio Sabellico, permitindo-lhe a escolha do editor, e penalizando

[16] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 60-61.
[17] YU, Peter K. *Op. cit.* p. 9-10.
[18] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 65.
[19] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 65.
[20] YU, Peter K. *Op. cit.* p. 11-12.

com multa quem o fizesse sem autorização. Mais tarde, em 1493, um outro precedente autorizou o irmão de um autor, em razão desta condição, a publicação exclusiva de sua obra por 10 anos.[21]

Na França os primeiros privilégios de impressão parecem ter sido concedidos em 1507, embora saiba-se de casos anteriores de disputas entre autores e editores sobre a necessidade de aquisição de novo material para publicação[22], mas nos anos seguintes foram concedidos diversos outros privilégios[23], inicialmente temporários e não necessariamente exclusivos, mas que posteriormente, em meio a disputa de poder, foram estendidos continuamente, tornaram-se posteriormente perpétuos por vontade da realeza.[24]

Na Inglaterra, um alvará concedido pelos monarcas permitiu a criação do *Stationer's Company* em Londres, dando-lhes amplo poderes, inclusive para queimar livros e destruir gráficas ilegais.[25] O sistema era simples e determinava que o direito de cópia (*copyright*) era adquirido através do registro no livro da Companhia, e significava que apenas o titular do registro podia proceder a impressão e comercialização do livro. Estes direitos eram alienáveis, transferíveis e passíveis de sucessão hereditária, eram, enfim, direitos de propriedade perpétua.[26]

Então, a primeira configuração jurídica específica para a proteção dos direitos de criação foram os privilégios concedidos pela Coroa aos livreiros, em razão dos seus investimentos no instrumental de impressão, protegendo-os assim da concorrência alheia,[27] garantindo-lhes o monopólio e também assegurando a possibilidade do desenvolvimento e sustento de editores locais, gerando desenvolvimento no Reino concedente. Um segundo fator de grande relevância é a sua função política, cujo objetivo principal era o de controlar o que era publicado e lido, estabelecendo a censura.[28] Objetivava-se outrossim, neste início, com os privilégios, a divulgação das obras clássicas e a disseminação da erudição.[29]

Em 1578 foram suspensos na França os privilégios sobre obras antigas, que foram consideradas de domínio público, introduzindo, pela primeira vez, este conceito no âmbito

---

[21] Ibidem, p. 15.
[22] ROSE, Mark. *Authors and Owners: The Invention of Copyright*. Londres: Belknap Press, 1995. P. 18-19.
[23] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 64
[24] Ibidem, p. 70-71.
[25] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. *Copyright in 1791*. In Emory Law Journal, vol. 52, 2004, p. 913.
[26] Ibidem, p. 913-914.
[27] ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Lisboa: Coimbra Editora, 1992, p. 13
[28] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 914. DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 66-67. YU, Peter K. *Op. cit.* p. 16-17.
[29] DARRAS, Alcide. *Du Droit des Auteurs & des Artistes dans le Rapport Internationeaux*. Paris: Arthur Russeau, 1887, p. 168-170.

dos direitos sobre os bens resultantes da criação literária, autorizando apenas aqueles sobre obras novas, por período limitado.[30] A concessão dos privilégios apenas às novas obras, além de instituir o domínio público de obras da criação, instigou a consciência dos autores da época, uma vez que os livreiros necessitavam de material original para exercer a sua atividade.

Esta situação teve reveses nas décadas vindouras, com os decretos de 1618 e 1649, instigando um embate entre os defensores do uso livre da obra e os que, com o apoio da realeza, pregavam a perpetuidade dos privilégios, obtida em 1723, o que causou a concentração dos privilégios nas mãos dos livreiros parisienses[31], que apoiavam a realeza, em oposição aos livreiros de outras regiões e defensores da liberdade comercial, inspirados pelo emergente paradigma liberal.

Em 1662, na Inglaterra, foi aprovado o *Licensing Act*, que ampliou os poderes da *Stationer's Company*, tornando uma ofensa a impressão sem o registro, tanto quanto já o era se o material fosse impresso sem o *imprimatur*.[32] Esta regulamentação foi fortemente baseada no *Star Chamber Decree* de 1637, que mais uma vez era um decreto promovido pelos membros do *Stationer's* em seu próprio benefício. O *Licensing Act* era para ser renovado a cada dois anos e, com interrupções, o foi até o ano de 1694, quando deixou de ter qualquer função além da proteção do monopólio dos editores, deixando de ser renovado em 1694, após a Revolução Gloriosa.[33] O debate sobre os direitos dos editores atravessou o século, tanto que, ao fim do século XVII, por ocasião da discussão do *Licensing Act*, Locke apresentou um *Memorandum*, em razão da rediscussão sobre os privilégios, "unindo os argumentos anti-monopolistas com o preocupação iluminista da circulação do conhecimento."[34]

Os privilégios não podem, contudo, ser confundidos com os direitos autorais propriamente ditos, pois as suas funções e justificativas são diversas destes últimos, contra os quais serão opostos por ocasião dos embates nos séculos XVII e XVIII, visando a implantação destes últimos. Suas justificativas econômicas consistem no risco que implicam o investimento de formação de uma gráfica associada a uma estrutura de divulgação e difusão, compondo-se de uma interdição a todos os demais, que não o

[30] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 65-75.
[31] Ibidem, p. 65-75.
[32] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 914
[33] Ibidem, p. 916.
[34] ROSE, Mark. *Nine-tenths of the Law: the English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*. In Law & Contemporary Problems, vol. 66, winter/spring 2003, p. 78.

privilegiado, de imprimir ou vender a obra privilegiada[35], sendo não mais que monopólios econômicos. Os privilégios eram uma instituição de salvaguarda industrial destinados a indenizar os editores dos custos gerais de publicação e dos riscos comerciais da empreitada.[36] Suas justificativas políticas, como vimos acima, remete à censura e o controle do que pode ser impresso, lido e discutido.

Argumenta-se que os privilégios, em um segundo momento, explicavam-se por serem uma constatação oficial de uma situação preexistente, passando, no terceiro momento, a serem pretendidos, pelos editores, como sendo uma graça fundada na justiça.[37]

Estabelecidos os privilégios, que podem ser considerados como direitos editoriais, passam-se às questões da necessidade ou não de sua cessão específica pelo autor-criador. Questionava-se se bastaria a aquisição do original pelos editores para que houvesse a cessão dos direitos de reprodução ou seriam estes últimos independentes do exemplar.[38] Emergia assim a consciência da diferença entre a propriedade real sobre o original e o direito de reprodução do original. Durante o século XVII e início do século XVIII, surgia um outro elemento, ligado ao emergir da sociedade civil, relacionado ao sentimento anti-monopolista e ao emergir da construção dos direitos da coletividade sobre os escritos literários.[39]

Apresenta-se então uma segunda questão, onde debate-se sobre a perpetuidade ou não destes direitos. A intensidade deste debate ultrapassa as elites políticas e jurídicas e abrange a sociedade mais ampla, inclusive os próprios autores e críticos que, na falta de meios eficientes de se fazerem ouvidos pelos círculos do poder, expressavam as suas posições em seus trabalhos e criticismo literário.[40]

Enfim, os conflitos neste período envolvem, em um primeiro plano, os editores e os autores sobre a existência e titularidade dos direitos de reprodução e o modo de sua transmissão, e, em um segundo patamar, os conflitos entre as pretensões destes na perpetuidade destes direitos e os pleitos da emergente sociedade civil em uma limitação a estes direitos.[41] Estes conflitos viriam posteriormente extinguir a existência dos privilégios

[35] DOCK, Marie Claude. Op. cit. p. 65-75.
[36] Ibidem.
[37] DARRAS, Alcide. Op. cit. p. 172
[38] RECHT, Pierre. *Le Droit D'Auteur: Une Novelle Forme de Propriete – Historie et Theorie*. Paris: Librarie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1969, p. 20-21.
[39] ROSE, Mark. *Nine-tenths of the Law: the English Copyright Debates and the Rhetoric of the Public Domain*. In Law & Contemporary Problems, vol. 66, winter/spring 2003, p. 77-78.
[40] ENGLERT, Hilary Jane. *The Work and the Book: Locating Literary Value and Property in Eighteenth-century Britain*. Tese de Doutorado. The Johns Hopkins University, 2002, p. 3-5.
[41] ROSE, Mark. Op. cit, p. 77.

substituindo-os, e, com uma natureza diversa destes, surgia como conceito e, neste momento, ainda apenas pretensão, o direito de autor. Este embate será explorado neste trabalho em dois contextos distintos: na Inglaterra e França, e seus reflexos nos EUA e no Brasil.

4. O *copyright* na Inglaterra

Estes debates tiveram influência no *Copyright Act*, da Rainha Ana, promulgado em 10 de abril 1710, que é considerado o primeiro estatuto de proteção ao autor pelos direitos de reprodução sobre as obras criativas, e o marco inicial do sistema anglo-americano de *copyright*. É estruturado a partir do *Licencing Act*, que por sua vez foi elaborado com base no Alvará de 1556. Este novo estatuto porém altera o conteúdo da proteção, transformando uma legislação de censura desenhada para a supressão do conhecimento em um instrumento de *copyright* cujo objetivo central é o incentivo ao conhecimento, transformando ainda um direito privado editorial em uma concessão pública.[42]

O preâmbulo do *Copyright Act* de 1710 aponta suas justificativas: "*An Act for the Encouragement of Learning, By Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*." O estatuto, ao mesmo tempo que removeu um instrumento de monopólio causou desordem no comércio livreiro, argumentava-se porém que a censura impede o acesso ao conhecimento por razões políticas tanto quanto o mercado o impede por razões de lucro, sendo este agora causado pela desordem no comércio livreiro.[43]

O *Copyright Act* rejeitou duas figuras centrais do *Licencing Act*: a limitação aos membros da associação (*Stationer's Company*) e a sua perpetuidade, mas essa mudança porém foi conseqüência dos esforços dos editores em manter o seu monopólio[44], alterando a sua retórica e fundamentos, em razão da recusa do Parlamento em prorrogar o *Licencing Act*, mas sem alterar os seus objetivos, até porque uma prática comum deste período era a cessão de todos os direitos pelo autor ao editor ou produtor.[45]

Este ato reconhecia os autores como titulares dos direitos e estabelecia limites temporários à proteção, impondo prazos de 21 anos para os livros já impressos e 14 anos para novos livros, com a possibilidade de uma renovação se o autor ainda estivesse vivo ao fim do primeiro termo. Seu conteúdo principal determinava que estes direitos eram sobre a

[42] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 916
[43] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 917.
[44] PATTERSON, L. Ray. *Copyright in Historical Perspective*. USA: Venderbilt University Press, 1968, p. 223.
[45] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 917, nota 22.

impressão e comercialização do produto, originalmente eram concedidos aos autores e deveriam durar por tempo limitado.[46] Além disso prescrevia a obrigação de registro da obra para fins de proteção. Uma das políticas introduzidas no *copyright* com este estatuto é o domínio público, tanto para obras novas como paras as antigas, sendo talvez a sua característica mais revolucionária e congruente com seus objetivos.

Após a promulgação do Ato de 1710, e a partir de 1731, quando expiravam os *copyrights* mais antigos, os editores voltaram diversas vezes ao Parlamento para tentar obter uma extensão, e não obtendo sucesso, foram aos tribunais para atingir os seus objetivos (de monopólio perpétuo), e como resultado dos argumentos o *copyright* como direito natural ou *common law* tornou-se parte da história da matéria, inclusive jurisprudencial.[47]

A estratégia utilizada não era a de repelir o estatuto, inviável então, mas o de provocar o seu desfazimento assegurando o reconhecimento legal de um direito natural de propriedade intelectual, o que iria negar a proteção estatutária concebida pelo Parlamento em 1710. A questão central a ser decidida nos tribunais foi se o *copyright* era um direito natural ou estatutário, se advinha da lei positiva apenas, ou se seu fundamento ultrapassar os limites da legislação positiva.[48]

Dois casos foram marcantes para a efetiva implementação da legislação. O primeiro, *Millar v. Taylor*, em 1769, declarou os direitos de *common-law* dos autores e a sua perpetuidade. Em 1774, *Hinton v. Donaldson*, reverteu a decisão, declarando os direitos autorais como propriedade natural, mas limitando-a aos termos estabelecidos no Ato de 1710.[49] No mesmo ano, um outro caso, *Donaldson v. Beckett*, determinou decisivamente e, na Inglaterra, definitivamente, em favor dos direitos estatutários, ou seja, considerou estes direitos como sendo atribuídos pela legislação, negando a sua categorização como direito natural.[50] Caso a decisão tivesse sido ao contrário, segundo o Lord Camdem, *"our learning would be locked up in the hands of the (booksellers) os the age, who will set what price upon it their avarice chuses to demand, till the public become...their slaves..."*[51]

É de grande interesse notar que os contentores eram todos editores, e nunca os autores, o que reforça ainda mais a concepção de que os argumentos usados tanto na

[46] Ibidem, p. 918.
[47] Ibidem, p. 923-924.
[48] Ibidem, p. 926.
[49] ROSE, Mark. Op. cit, p. 87.
[50] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 925

construção do *Copyright Act* como do *copyright* como direito natural são originados e constituídos por e em favor dos editores, inclusive, deve-se notar, Thomas Beckett era o sucessor de Millar, uma vez que após a morte do último o primeiro adquiriu os direitos em sua posse.[52]

Os direitos de cópia ficam então delineados na Inglaterra, em fins do século XVIII, como sendo de titularidade dos autores, classificado como monopólio para fins de regulamentação do comércio, cujo conteúdo era tópico nevrálgico das discussões e decisões, e limitados no tempo, em razão do interesse da coletividade.

Os argumentos usados para limitar a propriedade neste período provavelmente ecoavam o jurista escocês Lord Kames, que argumentava que o monopólio perpétuo dos livros seria destrutivo ao saber, à literatura e até ao comércio no médio prazo. Porém, além do ilustrado por Lord Kames, os argumentos apresentados por Lord Camdem atacavam a profissionalização e remuneração dos autores, que deveriam contentar-se com glórias futuras, e os livreiros, a quem se referia como "*dirty booksellers*"[53]. Estes argumentos não foram plenamente assimilados no contexto da expansão do liberalismo econômico e intensificação do capitalismo, fomentando reações que pautaram os próximos debates, antecedendo o *Copyright Act* de 1842, que estendeu o termo para 42 anos ou sete anos após a morte do autor.

Nas discussões do *Copyright Act* de 1842, as propostas e justificativas de Talfourd e Wordswoth, que acreditavam em um direito natural do autor e propunham a sua perpetuidade, foram rebatidas por Thomas Babington Macaulay, que resgatou os argumentos anti-monopolistas, combinando-o com o utilitarismo, concluindo que copyright é monopólio e que produz os mesmos efeitos deste, sendo um mal em si mesmo, porém necessário como garantia do provimento dos autores, mas que, portanto, "o mal não deve durar um dia a mais que o necessário para assegurar o bem."[54]

Pode-se identificar então a superação dos debates em torno do conteúdo da proteção jurídica a ser atribuída ao *copyright*. Os debates sobre estes direitos deslocaram-se definitivamente para a questão do monopólio, característica que lhes foi então atribuída, e, considerando as justificativas anti-monopolistas, buscava-se estabelecer a extensão da proteção que os mesmos deveriam possuir, de maneira a equilibrar os interesses das empresas que representam os autores e da coletividade.

---

[51] Ibidem, p. 928.
[52] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 927.
[53] ROSE, Mark. Op. cit, p. 81.

5. O *droit d'auteur* na França

A disputa na França sobre os privilégios tornou-se intensa ao longo do século XVIII, tornando-se particularmente forte entre os livreiros de Paris e os demais, por conta da extensão dos privilégios daqueles, a acabou por fortalecer o pleito dos autores, desejosos por estabelecer como originariamente seus os direitos sobre suas obras, como seus contemporâneos ingleses haviam conseguido.

A grande questão que antecedeu o debate sobre a titularidade original das obras criativas foi sobre a extensão dos privilégios. Debatiam em juízo a questão por iniciativa dos livreiros das provincias e alguns de Paris, todos não privilegiados, em contraposição aos livreiros parisienses, detentores dos privilégios e desejosos por sua perpeteuidade. O advogado dos livreiros de Paris argumentou que seria injusta a pemissão de reprodução de obras que foram adquiridas diretamente do criador, que seria o proprietário original da obra.[55]

Observa-se na França o mesmo padrão de desenvolvimento ocorrido na Inglaterra, quando os livreiros privilegiados passam a apontar o autor como fonte originária destes direitos, e que adquiriram estes direitos dos próprios autores não sendo possível limitar ou anular tais direitos por decretos, por serem estes naturais, mas que agora estão transferidos aos livreiros pelos próprios autores. Foi uma construção retórica bem elaborada e sucedida, ao ponto de ainda hoje utilizarmos o termo direito autoral, quando os verdadeiros detentores destes direitos continuam sendo, de fato, os intermediários.

Bem antes porém pode-se notar a existência de conceitos preliminares indicando uma proteção aos autores. Essa indicação implícita abrange os direitos morais quando garante e obriga a reprodução integral de obras pelo privilegiado,[56] e os direitos patrimoniais quando considera-se relevante e passíveis de proteção as anotações feitas sobre obras antigas, levando a anulação de privilégio por descumprimento do contrato entre o autor e o editor.[57]

A autora aponta três razões para a inexistência de um direito do autor neste período: a) razões econômicas, pois a atenção da regulamentação era voltada exclusivamente ao seu aspecto econômico, e os detentores do capital eram os que monopolizavam as editoras e também a atenção do Poder constituído; b) razões políticas, uma vez que os autores eram os condutores da opinião pública, recebendo retorno por isso, devendo submeter seus

[54] Ibidem, p. 83-84.
[55] DOCK, Claude-Marie. Op. cit. p. 115-118.
[56] DOCK, Claude-Marie. Op. cit. p. 78.

desígnos aos interesses do Estado; c) razões psicológicas, que justificam-se pela inexistência de um direito pré-existente sobre o qual fundamentar as suas razões, principalmente o silêncio do direito romano.[58]

A construção do conceito de que a autoria era atributiva de direitos, ainda que inicialmente tivesse a forma de privilégio encontrou eco nos tribunais e no Conselho do Rei. O caso Crébillion, decidido pelo Conselho em 1749, apontava que o autor tinha direito de retirar proveito econômico da utilização de suas criações e que estas emanavam de sua personalidade, devendo os livreiros com isso pagar uma quantia continua sobre o seu uso,[59] que pode-se dizer equivalente aos royalties atuais. Outras decisões foram produzidas em favor dos autores e seus herdeiros, em 1761, 1770 e 1777,[60] sem que seus resultados contudo sejam equivalentes ao real direito autoral a ser perfeccionado no século vindouro, embora pudessemos dizer que de fato este direito já existia então.[61]

A discussão aqui também foi sobre a inserção destes direitos como sendo ou não de propriedade, como sendo ou não direitos naturais. Em seis de setembro de 1776, o Rei Luís XVI, reconhecia a precedência do autor sobre o livreiro, mas o mantinha como privilégio. No dia 30 de agosto de 1777, o Conselho do Rei determina a precedência do autor, reiterando a perpetuidade destes direitos. O preâmbulo da determinação, fortemente influenciado pela carta de Luís XVI reconhecendo os autores como proprietários, afirma que "os privilégios de impressão são uma graça fundada na justiça", com o objetivo de remunerar os autores pelos seus trabalhos.[62]

É interessante notar que embora a precedência em matéria de direitos autorais, na Europa Continental, seja atribuída à França, Carlos III, da Espanha havia, em 1763 (14 anos antes da França) consagrado a titularidade exclusiva do autor ou seus herdeiros, em perpetuidade.[63]

Os embates também se davam entre artistas de diversas categorias e, por exemplo, entre os autores do texto e os atores que encenavam suas peças. Esta disputa foi resolvida em favor dos primeiros, e reafirmada na legislação francesa posterior à Revolução.[64]

---

[57] Ibidem, p. 79.
[58] Ibidem, p. 83-84.
[59] Ibidem, p. 118-119.
[60] Ibidem, p. 120-122.
[61] Ibidem, p. 121.
[62] Ibidem, p. 127-128.
[63] JESSEN, Henry Francis. Direitos Intelectuais. Rio de Janeiro: Edições Itaipu, 1967, p. 17. *Apud* NETTO, José Carlos Costa. Op. cit. p. 34.
[64] SURWILLO, Lisa. *Copyright and context: the intellectual property of nineteenth-sentury Spanish theater*. Tese de Doutorado. Universidade da Califórnia, Berkeley, 2002.

A Revolução Francesa veio a abolir todos os privilégios,. tanto os dos autores quanto o dos livreiros. No entanto, após passadas as emoções e transcorrido o período de exaltação foram estabelecidos os direitos autorais, sob o nome de direito de autor, "que dependem não mais de uma concessão arbitrária dos poderes públicos, mas da ordem natural e procedente do fato da criação intelectual.[65]

Em 19 de janeiro de 1791 foram assegurados os direitos de representação e em 24 de julho de 1793 são consagrados os direitos de reprodução; ambos pilares dos direitos patrimoniais. Nas palavras de Le Chapelier, ao relatar o projeto que veio a se tornar o decreto de 1791: "a mais sagrada, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensar do escritor".[66] Os direitos de representação foram garantidos aos autores, por toda a sua vida e aos herdeiros por 5 anos após a sua morte. Os direitos de reprodução, que não mais estavam limitados aos livros, mas a todas as criações artísticas, duravam toda a vida dos autores e por 10 anos após a sua morte. O século que se iniciou trouxe a extensão desta proteção e a regulamentação de novas situações, como sobre as obras póstumas, em 22 de março de 1806, e sobre as obras publicadas no exterior, de 30 de março de 1852.

Estes desenvolvimentos, na França e na Inglaterra, deram origem, respectivamente, aos sistemas jurídicos do "*Droit d'Auteur*" e "*Copyright*". Neste período superaram-se o conceito de privilégio concedido pelos monarcas para uma situação em que os direitos autorais foram enquadrados como propriedade natural, cujo conteúdo são os direitos de representação e reprodução, onde o titular é o criador de qualquer obra artística.

O limitação temporal do exclusivo sobre estes direitos representa a proteção dos interesses da sociedade civil, com preocupações com o engrandecimento cultural e justificativas anti-monopolistas, isso em um ambiente sócio-cultural de consideração dos direitos de propriedade como absolutos e ilimitados.

Entretanto, a lei francesa de 14 de julho de 1866 estendeu o prazo de proteção de 5 ou 10 anos para 50 anos após a morte do autor, prazo que figurou na Convenção de Berna, duas décadas depois, passando a influenciar a legislação dos demais países, estabelecendo também a categoria de limites atemporais, já determinados no sistema anglo-saxão, através do *fair use*.

---

[65] DESBOIS, Henry. *Cours de proprieté litteraire, artistique et industrielle*. p. 35. Apud DOCK, Claude-Marie. Op. cit. p. 150.
[66] DOCK, Claude-Marie. Op. cit. p. 151-152.

6. O *copyright* norte-americano

O primeiro ato de formação do *copyright* americano foi uma resolução do Congresso Continental, que congregava os estados até então independentes uns dos outros. Antes dele estatutos estaduais foram instituídos. Isso ocorreu nos anos que antecederam a Constituição Americana, de 1787. As quatro condições para o monopólio sobre os direitos no Estatuto da Rainha Ana foram mantidas, sendo então a proteção limitada a: a) trabalhos publicados; b) os autores de novas obras; c) direito de imprimir e vender cópias do trabalho; d) por tempo limitado.[67] A Resolução do Congresso Continental, de 1783, sugerindo a todos os estados que adotassem uma medida de proteção, continha todos os elementos do Estatuto inglês, com exceção da necessidade de cidadania americana para obter a proteção, o que demonstra cabalmente sua inspiração.[68] O interesse na Resolução indica não só a profundidade do interesse dos membros pelo aprendizado como também a convicção de que *copyright* promoveria o aprendizado.[69]

Havia treze Estados então, e, na época da Resolução, três (Connecticut, Massachussets e Maryland) adotaram legislação própria anterior, os demais (com exceção de Delaware, que não o fez) a adotaram até 1786, com Nova York sendo o último. Todos os Estados incorporaram os mesmos princípios do estatuto Inglês de 1710 e da Resolução.[70] Todos os Estados que implementaram estatutos próprios, com exceção de três (Massachussets, New Hampshire and Rhode Island) concederam ao autor a "propriedade" sobre o seu trabalho, os demais nove concederam apenas o direito de reprodução e comercialização. Todos, sem exceção, condicionaram a proteção à publicação (atualmente comunicação ao público). O significado disso é a rejeição da teoria do direito natural e a aceitação do *copyright* como regulamentação do mercado, com um benefício temporário aos autores para o benefício a médio e longo prazo da sociedade como um todo.[71]

A Convenção Constitucional decidiu com clareza a necessidade de uma legislação nacional de *copyright*, e assim, unanimemente e sem debates, a partir de duas propostas

---

[67] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 931.
[68] Ibidem, p. 932. A Resolução: "Resolved. That it be recommended to the several States, to secure to the author's or publishers of any new books not hitherto printed, being citizens of the United States, and to their executors, administrators and assigns, the copy rights of such books for a certain time not less than fourteen years from the first publication; and to secure to the said authors, if they shall survive the term first mentioned, and to their executors, administrators and assigns, the copy rights of certain books for another term of time not less than fourteen years, such copy or exclusive right of printing, publishing and vending the same to be secured to the original authors, or publishers, their executors, administrators and assigns, by such laws and under such restrictions as to the several States may seem proper."
[69] Ibidem.
[70] Ibidem, p. 933.
[71] Ibidem, p. 934-936.

convergentes, foi aprovada a cláusula constitucional que permite ao Congresso Nacional a aprovar uma legislação nacional sobre o assunto: "*To promote the Progress of Science and the Useful Arts, by securing for limited Times, to Authors and Inventors, the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*".[72] As condições que devem ser obedecidas pelo Congresso ao elaborar uma legislação nacional são similares o suficiente – quase idênticas – ao Estatuto inglês de 1710 que impede uma conclusão de elaboração independente.

Em 1790, o primeiro *Copyright Act* americano, foi aprovado pelo primeiro congresso da nova nação, em sua segunda sessão, e foi intitulado "*An Act for the encouragement of learning by securing the copies of maps, charts, and books, to the author and proprietors of such copies, during the times therein mentioned.*" O objetivo da lei era claro: direito limitado reconhecido por um período limitado, sujeito à condições específicas e à necessidade de cidadania. Fora isso não havia proteção. Então a principal proteção é concedida não ao detentor dos direitos mas ao público em geral em aprender com o material.[73]

Por fim, restringido o campo de ação legislativo, de forma a impedir a perpetuidade dos direitos concedidos, ou a sua concessão sem que o material seja divulgado, ou ainda que os direitos fossem originalmente concedidos à terceiros que não o próprio criador, restava impedir que os direitos de *copyright* fossem usados como forma de censura, como haviam sido os privilégios.

A solução encontrada para tal no nascente sistema jurídico foi a introdução da *Bill of Rights*, concluída em 1789, logo após a ratificação da Constituição e o clamor pelos estados de uma declaração de direitos dos homens e mulheres, e tendo sido ratificada em 1791, onde constava a proibição de regulamentar a imprensa com a *Free Press Clause* do *Bill of Rights*.[74]

O sistema protetivo americano inicial, toda a evidência aponta para isso, entendeu o *copyright* como um conceito regulatório e não proprietário, reconhecendo que a detenção do direito de cópia deveria ser por tempo suficiente para justificar mas não excessivo ao ponto de derrotar a regulamentação, sendo três as políticas de *copyright* constantes na Constituição Americana: a) promover o aprendizado (*promote learning*); b) prover acesso

[72] Ibidem, p. 937.
[73] JOYCE, Craig P. & PATTERSON, L. Ray. Op. cit. p. 940.
[74] Ibidem, p. 942-944.

público (*provide public access*); e c) proteger o domínio público (*protect the public domain*).[75]

7. O direito de autor no Brasil

Já no Brasil, a Constituição do Império nada estipulou sobre os direitos autorais nem na carta de Constituição de 1824 ou no ato adicional de 1837, embora tenha protegido os direitos dos inventores na primeira, em seu artigo 179, XXVI: "Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação."

A Lei que "Crêa dous Cursos de sciencias jurídicas e sociaes, um na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda", de 11 de agosto de 1827, em seu artigo 7 º estabelece que:

"Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accordo com o systema jurado pela nação, estes compêndios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém a approvação da Assembléia Geral, e o governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez annos."

A comentar a lei que instituiu os cursos de direito do Brasil, Bittar conclui que "foram os lentes os primeiros criadores contemplados expressamente com a exclusividade de exploração – embora ainda sobre a forma de privilégio e não com o caráter de 'direito' – de suas obras."[76] Cumpre notar o atraso jurídico da concessão de privilégios, tendo a doutrina e legislação internacional já superado esta fase quanto aos direitos autorais.

O Código Criminal de 1830 estatui a proteção penal aos direitos autorais, e suas respectivas penas, em seu artigo 261[77]

Mesmo não tendo obtido proteção específica na legislação civil, exceto para os Lentes na forma de privilégio, a especificidade do artigo 261 do Código Criminal do

[75] Ibidem, p. 945-946.
[76] BITTAR, Carlos Alberto. 2. ed. Revista, atualizada e ampliada de conformidade com a Lei 9610/98, por Carlos Eduardo Bianca Bittar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 90.
[77] "Imprimir, gravar, lithografar ou introduzir quaisquer escriptos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brazileiros, em quanto estes viverem, e dez annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. Penas: Perda de todos os exemplares para o autor ou o traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta d'eles, do seu valor e outro, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a proibição de imprimir, gravar, lithografar ou introduzir durará somente por espaço de dez annos."

Império nos força a reconhecer a existência destes direitos também no plano civilista, ainda que indiretamente, pois admite que o contrafator esteja violando um direito, que portanto existe. Finalmente, é possível observar a superação do conceito destes direitos como privilégios. Este entendimento corrobora a conclusão de Teixeira de Freitas, que afirma que há proteção da imaterialidade.[78] Neste mesmo sentido figura Tobias Barreto, embora ressaltando sua insuficiência, dizendo que "Além da sancção penal referir-se sómente a uma ordem de factos, que não abrange a totalidade dos casos possiveis, resta sempre de pé a questão de saber, de que natureza é o direito que o codigo alli garantiu."[79] Acrescenta, o mesmo autor, mais adiante, sobre o alcance destes direitos, que:

> "o direito de autor é garantido entre nós pela lei penal; o que cahe no dominio da lei civil, é simplesmente a indemnisação do mal causado pela violação desse direito, e isto nada tem a vêr com a personalidade, mas sómente (tem que ver) com o *quanti interest*, com as relações economicas do autor[80]."

Tobias Barreto destaca ainda a importância de se determinar "qual a posição que elle deve occupar no systema da sciencia juridica[81]." E em resposta à própria indagação, propõe que:

> "a importancia dada ao interesse real, ás relações econômicas do autor, não supre nem compensa o que ella tem de erroneo. A theoria tomou outra feição e chegou-se enfim a conceber o direito autoral como uma derivação da pessoa, como um direito classificavel entre os direitos pessoaes.
> Neste pé se acha a questão. Os diversos modos de encaral-a e resolvel-a têm todos ainda os seus representantes. Entretanto me parece que a verdade está do lado dos que seguem o último ponto de vista. O direito autoral, diz Bluntschli, pertence á classe dos direitos geraes humanos. A obra é uma expressão do espírito pessoal do autor, um pedaço da sua personalidade."[82]

Data de então, através de alguns trabalhos de Tobias Barreto, a introdução no Brasil da visão de que os direitos autorais submetem-se aos direitos da personalidade. Com relação à natureza jurídica dos direitos autorais, e seu enquadramento na estrutura de Direito Civil, Tobias Barreto discorda de Teixeira de Freitas, que enquadra sob a teoria da propriedade a natureza dos direitos autorais, como podemos notar quando explica que "o direito de propriedade com aplicação comprehensiva, isto é, aos objetos intangíveis – *res que tangi non possunt* – que *in jure consistunt* (embora visíveis) é o vero direito de propriedade."[83]

---

[78] FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Il Garnier, Livreiro Editor, 1896. Nota 1 ao artigo 884.
[79] BARRETO, Tobias. *O que se deve entender por direito autoral*. In Estudos de Direito. Sergipe: Edição do Estado do Sergipe, 1926. Obras completas, v.2, p. 152-153.
[80] Ibidem, p. 159.
[81] Ibidem, p. 153.
[82] Ibidem, p. 157.
[83] FREITAS, Augusto Teixeira de. Op. cit.

A existência de decisões judiciais reconhecendo estes direitos[84] é outro fator indicativo de sua proteção no ordenamento jurídico nacional do Império, ainda que sem especificidade. Esta proteção jurídica então teria, a partir da análise civilista do Código Criminal, a seguinte configuração: (a) apenas os autores brasileiros estariam protegidos; (b) o autor teria proteção por dez anos; (c) os herdeiros seriam beneficiados por 10 anos após a morte do Autor; (d) caberia ao Autor o direito exclusivo de utilização econômica da obra; (e) a pessoa jurídica poderia ser titular, ainda que derivado, dos direitos autorais, pelo prazo de 10 anos, a partir de sua comunicação ao público.

No fim do Império, com o influxo de novas idéias sobre os direitos autorais, os debates eram intensos e diversificados. Disputava-se sobre a categoria jurídica ao qual devem pertencer os direitos autorais, se era um direito de propriedade, ainda que especial, ou um direito pessoal.

No Brasil, o primeiro Código Penal da República, promulgado pelo Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, tratou, em seu Capítulo V, "Dos Crimes Contra a Propriedade Litteraria, Artistica, Industrial e Comercial", nos artigos 342 até 355. Especificamente com relação aos direitos autorais, então denominados propriedade literária e artística, protegia criminalmente os direitos de reprodução e representação, defendendo-os tanto contra a contrafação como contra o plágio, conforme disposto em seus artigos. O prazo de proteção manteve-se em dez anos após a morte do autor e as penas eram pecuniárias, com perda dos exemplares e pagamento de multa em favor do autor, como podemos observar em seu artigo 345[85], que constitui a sua essência.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, ao contrário da anterior, no Título IV, "Dos Cidadãos Brasileiros", Seção II, "Declaração de Direitos", em seu artigo 72, inciso 26, dispõe que: "Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-Ias, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar." Garante assim na primeira Constituição Republicana a existência dos direitos autorais, a duração durante toda a vida do autor, a transmissão *causa mortis* por tempo determinado, que, em razão da legislação infra-constitucional penal vigente, é de 10 anos. Por fim, a garantia constitucional se refere

[84] ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 2 ª Edição, refundida e ampliada, p. 11.

[85] "Art. 345. Reproduzir, sem consentimento do autor, qualquer obra litteraria ou artistica, por meio da imprensa, gravura, ou lithographia, ou qualquer processo mecanico ou chimico, emquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade e dez annos mais depois de sua morte, si deixar herdeiros: Penas – de apprehensão e perda de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor."

explicitamente a um direito exclusivo, concebendo este direito não como propriedade mas sim como exclusivo comercial sobre os direitos de reprodução, mesma posição adotada anteriormente pelos países de *common law*, como os Estados Unidos, em quem se inspiraram os constituintes de então.

Em 1º de agosto de 1898, promulgou-se a Lei nº 496, baseada no projeto de autoria de Augusto Montenegro, que veio a ser denominada Medeiros e Albuquerque, em homenagem ao seu relator e autor efetivo[86], que foi o primeiro estatuto civil regulamentando os direitos autorais do Brasil. Antes desta, alguns projetos objetivando a proteção dos autores haviam sido propostos, mas não lograram êxito. Em 1856, Aprigio Justiniano da Silva Guimarães apresentou o primeiro projeto ao parlamento. Logo após, em 1858, Gavião Peixoto fez o mesmo, e "a quem o primeiro acusou implicitamente de plágio, com boas razões".[87] E em 1875, José de Alencar apresenta um novo projeto, também sem obter sucesso.[88] Bittar aponta mais dois projetos nos anos de 1861 e 1893, almejando a regulamentação do assunto, sem, contudo, indicar os seus autores.[89] Outro projeto da era republicana de autoria de Pedro Américo foi apresentado, também sem lograr continuidade, e sem data especificada.[90]

Esta Lei foi baseada na Lei Belga de 22 de março de 1886, "representava texto compatível com o estágio evolutivo da ocasião"[91], "que honra a nossa cultura, adiantada como era a época de sua elaboração."[92] Inovadora, ao proibir as modificações não autorizadas e instituir o direito de nominação, "esse diploma tratou do assumpto, cerca de trinta annos antes do apparecimento das leis que tem disciplinado o direito moral, embora nenhuma vez usasse expressamente este nome."[93] Embora progressista a Lei, o ordenamento jurídico nacional era conservador e copiador, e assim teve a Lei 496 duração limitada, "eis que fermentava a idéia de codificação dos direitos privados"[94].

O advento da República no Brasil constitucionalizou assim como especializou a proteção, que foi inserida na primeira Consttuição da República bem como organizada em lei ordinária especializada, a Lei 496 de 1898, além da assinatura de alguns tratados

[86] ASCENSÃO, José Oliveira. Op. cit. p. 12.
[87] Ibidem, p. 13.
[88] CHAVES, Antônio. *Direito de Autor I: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 28.
[89] BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 4a ed., 2003, p. 12-13.
[90] AZEVEDO, Philadelpho. Op. cit. p. 148.
[91] Ibidem, p. 148.
[92] Ibidem, p. 148.
[93] Ibidem, p. 148.
[94] Ibidem, p. 94.

internacionais, bilaterais e multilaterais, sobre o assunto. O próximo momento ocorre a partir da entrada em vigor do Código Civil pátrio, em 1917.

Durante a discussão do projeto, ocorreram debates sobre sua inclusão em categoria especial, enquanto monopólio ou como propriedade, perpétua ou não, sendo aprovada esta última. Neste documento optou-se assim pelo enquadramento destes direitos como propriedade, nomeando-os de propriedade literária, científica e artística, e ateve-se aos fundamentos da codificação francesa, voltando sua regulamentação unicamente para a faceta patrimonial, o que pode ser visto como um retrocesso doutrinário. Ao código seguiu-se uma grande quantidade de leis extravagantes regulamentando aspectos ignorados pelo código mas que faziam-se necessários para a almejada efetivação plena destes direitos e adequação ao desenvolvimento tecnológico do período.

8. Conclusões

As conclusões principais deste trabalho são então, primeiro, o apontamento da existência de elementos da proteção normativa e valoração social dos autores aos bens intelectuais artísticos ou literários deste tempos remotos, como na Grécia, no Império Romano e na Idade Média.

A partir dos privilégios, envoltos em uma reação ao absolutismo reinante e o crescente individualismo, pode-se concluir também que a construção da idéia de autor no período do surgimento da proteção foi uma elaboração retórica dos livreiros de então, intermediários entre os autores e o público, ávidos em garantir a perpetuidade de sua exclusividade de reprodução, abraçando inclusive as teses naturalistas.

Tendo iniciado como regulamentação do comércio, por razões econômicas e políticas, de garantia de monopólio, censura política e religiosa, desenvolvimento local e regional, esta conformação teórica encontrou um contraponto na perspectiva de serem estes direitos naturais e proprietários, com pretensões de perpetuidade.

Destaca-se outrossim que, mesmo em tempos também individualistas e patrimonialistas, lograram êxito os esforços de inoculação do interesse público na proteção autoral. Os fundamentos baseavam-se no direito de acesso, seja ao mercado (pelos agentes de comércio), à cultura, à educação, à informação, à livre expressão. Limitaram temporalmente seu alcance, em alguns casos condicionaram-lhe a proteção jurídica à publicação, mantiveram espaços de uso livre incondicionado, pela relevância dos interesses coletivos.

A compreensão dos processos históricos no período formativo destes direitos deve certamente auxiliar, pelo menos assim espera-se na solução dos debates sobre os limites desta proteção jurídica e a determinação de usos livres das obras protegidas, que interesses têm a função de proteger, a quem deve esta beneficiar, por que e em que medida, o conteúdo e funções do domínio público, a legitimidade da expansão da proteção, e a validade e conseqüências das teorias justificadoras utilizadas.

PROPRIEDADE INTELECTUAL EM BIOTECNOLOGIA: O ALCANCE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS MATERIAIS BIOLÓGICOS ISOLADOS DA NATUREZA

Charlene Maria Coradini de Ávila Plaza[*]

Fernanda de Paula Ferreira Moi[**]

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega[***]

RESUMO

O Brasil é um pais de grande potencial em diversidade biológica. Considerado no âmbito da biodiversidade, dono da maior variedade de espécies do planeta, desfruta de uma posição privilegiada para explorar os recursos naturais na busca por novas tecnologias. Neste contexto, os produtos advindos da biodiversidade, como capital natural, através da expansão do conhecimento pela ciência biotecnológica, motivou o interesse da valoração econômica em níveis globais, agregando, assim, valor aos produtos nela contidos.

Em contrapartida, o aproveitamento destas riquezas provenientes da biodiversidade seriam melhores aproveitados se as pesquisas relacionadas à utilização destes recursos naturais, bem como seus produtos e processos decorrentes, pudessem ser avaliados como ativos passíveis de proteção pelo instrumento patentário, adequando ao ritmo acelerado das novas biotecnologias, enquanto elemento essencial de suporte à vida e enquanto reserva de valor futuro.

Por outro lado, o desenvolvimento de produtos naturais e da biotecnologia está sendo cada vez mais intenso, ampliando-se cada vez mais, em vários setores econômicos e industriais. Entre os nichos mais promissores, estão os fitoterápicos e cosméticos derivados dos ingredientes da nossa biodiversidade.

O binômio biodiversidade, como representativo de um patrimônio imensurável, juntamente com a biotecnologia enquanto forma e processo de conhecimento de exploração de vida, são importantíssimos, caracterizando como um marco regulatório para os acontecimentos da era pós-moderna nos âmbitos sociais, científicos e econômicos.

Desta feita, o presente artigo pretende analisar o regime de patentes e sua possível ampliação e proteção dos bens *in natura*, bem como a repercussão da biotecnologia referente às novas tecnologias retiradas dos elementos da biodiversidade.

[*] Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (UNAERP)
Advogada associada do Escritório de Advocacia CARRARO S/S (Goiânia-GO)
Pesquisadora-Núcleo de pesquisa em propriedade intelectual e inovação tecnológica-NUPATTE-GO

[**] Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (UNAERP)
Professora das Universidades: UFG (Universidade Federal de Goiás) – UCG (Universidade Católica de Goiás-GO)
Pesquisadora – Núcleo de pesquisa em propriedade intelectual e inovação tecnológica –NUPATTE-GO

[***] Mestre e Doutora pela PUCC (Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP)
Professora da Universidade Federal de Goiás-GO

PALAVRS-CHAVE: BIODIVERSIDADE, PROPRIEDADE INTELECTUAL, PATENTES, INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

ABSTRACT

Brazil is a country of great biological diversity potential. Considered in the biodiversity field the country with larger species' variety in the world, Brazil is on a privileged position to explore its natural resources as it looks for new technologies. In this context, the products resulting from the biodiversity, as natural capital, through the expansion of the biotechnological science knowledge, have motivated the global interest in the economical valorization, hence aggregating value to its products.

Contrarily, the utilization of the riches originated from the biodiversity would improve if the research for a better use of these natural resources, as well as its products and following processes, could be evaluated as assets protected under patent law, being adjusted to the accelerated rhythm of the new biotechnologies, while essential component of life support and reserve of future value.

On the other hand, the development of natural products and biotechnology has become more and more intense, growing among several economic and industrial sectors. Among the most promising niches, are the phytotherapeutics and cosmetics derived from ingredients from our biodiversity.

The binomial biodiversity, as representative of immensurable assets, along with biotechnology, as a way and knowledge process of life exploration, are of uttermost importance, characterizing themselves as a regulatory landmark for the events of the post-modern era in the social, scientific and economic environments.

This way, the present article intended to present the patent regimen and its possible amplification and protection of assets *in natura* and the repercussion of the biotechnology referring to the new technologies taken from the elements of the biodiversity.

KEYWORDS: BIODIVERSITY, INTELECTUAL PROPERTY, PATENTS, TECHNOLOGICAL INOVATION

INTRODUÇÃO

O índice de transformação de uma sociedade aumentou de tal maneira que a nossa imaginação não mais consegue acompanhá-la. Milênios e séculos são passados e a tecnologia de inovação se faz presente, havendo uma mudança de paradigmas evolucionais, onde o mundo do capitalismo industrial antes fixados em leis determinadas, passou da teoria fixas cartesianas ao dinâmico mundo darwiniano, com a reformulação da natureza humana.

Hoje com a ajuda da engenharia genética, o nascimento pode ser planejado e a morte adiada, onde a velha seleção natural de Darwin cede lugar a seleções “não naturais” praticadas em laboratórios de todo mundo.

Desde 1996, em se tratando de engenharia genética, foram introduzidos no planeta várias dezenas de organismos geneticamente modificados, os famosos OGMs (Organismos geneticamente modificados), tanto vegetais como animais, sendo que sua grande maioria é produzida, patenteada e comercializada por empresas transnacionais, tornando-se um mercado em plena efervescência.

Milhares de novos espécimes criados em laboratórios destas instituições esperam ser patenteados para gerarem produtos inovadores no mercado globalizado.

Com a bioinformação, reside o forte desejo do homem de controlar o futuro, fechando a porta do imprevisível e comandar o destino da humanidade, sendo que a possibilidade tanto técnica, quanto política de inventar e fabricar algo vivo, é a porta aberta do biopoder no século XXI.[1]

Conforme mudam as práticas e os embasamentos que sustentam o biopoder, também há uma transformação das verdades e das formas jurídicas que as sustentam.

No mundo contemporâneo, a vida passou a ser comercializada como um produto, uma invenção humana, no mercado global.

Apesar das resistências isoladas, a corrida para patentear os produtos da biodiversidade está se convertendo em uma disputa das mais acirradas neste século, passando assim, a biodiversidade a ser questão não só ecológica, ou científico-tecnológica, como também para assumir uma dimensão geopolítica, onde a informação e a privatização da vida constituem duas facetas desse mesmo processo.

A intervenção na vida de outras espécies, para colocá-las a serviço do homem e na vida da espécie humana, para protegê-la contra riscos à sua sobrevivência, é de fato intrínseca à natureza humana. Única espécie a compreender a natureza, explicá-la por meio de leis universais que regem seu funcionamento, e transformá-la em seu benefício, caberá,

[1] SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico, corpo, subjetividade e tecnologias digitais.** Rio de Janeiro: Dumará publicações ltda, 2002.

evidentemente, ao ser humano também a responsabilidade de regulamentar as ações e conseqüências de sua atividade, codificando leis e normatizando comportamentos.

Trata-se de processo dinâmico, cuja velocidade é derivada do ritmo da expansão do conhecimento pela ciência e de sua aplicação em processos industriais que agregam valor aos produtos.

Novas técnicas permitem a manipulação do código genético de organismos vivos, com a finalidade de introduzir-lhes características desejáveis, que anteriormente não expressavam, presentes em outros organismos. Tais modificações não seriam possíveis pelos métodos tradicionais de transmissão hereditária ou seleção genética clássica, técnicas, além disso, muito demoradas, demandando trabalhos com várias gerações de seres vivos a elas submetidos.

Com a engenharia genética, a intervenção biológica passou a ser mais efetiva e possível em escala industrial, abrangendo uma vasta gama de produtos, demonstrando o vigoroso desenvolvimento da biotecnologia moderna e sua aptidão para resolver problemas econômicos.

Para tanto, o domínio e uso da biotecnologia moderna requerem acesso às tecnologias avançadas já existentes em países desenvolvidos. E inviável conceber estratégicas eficientes para investimentos nesse campo de conhecimento, sem recorrer à cooperação internacional. Nesse sentido é que a proteção dos direitos de propriedade intelectual, via proteção patentária, e uma legislação adequada ao ritmo acelerado das novas biotecnologias, tornam-se fatores primordiais por fazer parte da infra-estrutura de um país.

A propriedade intelectual no campo da biotecnologia, particularmente a proteção pelo instrumento patentário, alimenta intensa discussões em todo mundo, envolvendo diversos segmentos da sociedade. A idéia de patentear seres vivos confronta-se com ponderações de natureza ética, socioeconômica e cultural que em muito ultrapassam o ambiente da invenção e inovação.

A priori, o presente artigo, analisará perfil da propriedade intelectual voltada para a biotecnologia, através do instrumento patentário, visando à proteção dos produtos e processos advindos da biodiversidade.

***** As polêmicas relativas às proteções biotecnológicas envolvendo os componentes da biodiversidade, partindo da Lei 9.279/96 que trata da Propriedade Intelectual, respectivamente no que concerne aos artigos 8º, 10º e 18º, III, utilizando o estudo comparativo entre diversas legislações, para suscitar os seguintes questionamentos:

*****A não proteção de patentes de microorganismos *in natura*, não os elevando à categoria de invenções, uma vez que pela lei brasileira são consideradas descobertas assim, não passíveis de patentes.

***** Questionar a possível ampliação dos requisitos das patentes de invenção, quais sejam: novidade, utilidade industrial e descrição plena, relativa à biotecnologia, por se tratar de grandes obstáculos quando o assunto é estabelecer um divisor comum entre o que é descoberta e o que é invenção, uma vez que a biotecnologia opera sobre materiais vivos preexistentes na natureza.

***** E finalmente, discutir a problemática do termo microorganismo na atual lei patentária, analisando se constitui ou não um paradoxo a distinção feita entre microorganismos encontrados na natureza e os microorganismos transgênicos.

1. BIODIVERSIDADE E SEU DUPLO SIGNIFICADO: RESERVA DE VALOR NO MERCADO X ELEMENTO ESSENCIAL A VIDA

A questão da biodiversidade através do avanço da fronteira científico-tecnológico propiciada pela biotecnologia gerou uma motivação determinante de caráter estratégico no mundo atual, uma vez que através dos componentes da biodiversidade como capital natural à biotecnologia manipula a vida ao nível genético, transformando estes recursos em um duplo significado: enquanto elemento essencial à vida e enquanto reserva de valor futuro.A biodiversidade engloba todos os recursos vivos da terra, sendo considerada como um conjunto de riquezas, tanto para a humanidade como para a economia de mercado que reconheceu seu potencial econômico.

Definida pela Convenção da Diversidade Biológica (CDB) como sendo “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens compreendendo, dentro outros ecossistemas terrestres, marinhos e outros aquáticos e os complexos ecológicos de que

fazem parte, compreendendo ainda a diversidade dentre espécies, entre espécies e de ecossistemas".[2]

Assinada em 1992 por mais de 120 países, revolucionou diversos temas relacionados ao desenvolvimento sustentável dos recursos biológicos e sua conservação "*in situ* e *ex situ*", além de tecnologias relevantes, biossegurança e repartição dos benefícios entre as comunidades tradicionais e empresas nacionais e internacionais.

A importância no contexto econômico da biodiversidade se deu devido a grande demanda na área da biotecnologia por parte das empresas em prospectar a matéria prima de sua diversidade natural, para vários produtos, com atenção em especial nos farmacológicos.

A valoração econômica é apenas mais um valor da biodiversidade. Existem outros valores intrínsecos, relacionados a ela, como o cultural, o moral e o ético. Todos estes valores, inclusive o econômico são relevantes para o processo de tomada de decisão e devem ser levados em consideração, uma vez que o Brasil representa 20% de toda a biodiversidade existente no planeta.

A crescente demanda por produtos tanto na área química quanto na área farmacológica, auxiliaram o interesse sobre a biodiversidade. A indústria farmacêutica recentemente retomou o entendimento de que a cura de milhares de enfermidades humanas podem estar nos produtos extraídos dos recursos da biodiversidade.

Mas espera-se que o país, além de importante exportador de matéria prima, se converta em agente principal de uma nova economia mundial, baseada na sustentabilidade da biodiversidade e de seus recursos biológicos e genéticos, agregando assim, valor para os diversos setores produtivos da sociedade.

Para que este fato aconteça é preciso investir intensamente no conhecimento e na tecnologia de inovação. Com isto, a utilização da biotecnologia constitui uma opção viável e uma ferramenta fundamental, tanto para o uso sustentável como também para a agregação de valor, estabelecendo uma base científica e tecnológica capaz de revolucionar o tratamento de muitos desafios impostos em todas as áreas emergentes, permitindo o rápido e preciso desenvolvimento de plantas, animais e microorganismos melhorados, além de processos industriais mais eficientes.

[2] Artigo 7º Convenção da Diversidade Biológica – Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento-Rio -(92)

2. PROPRIEDADE INTELECTUAL: CONCEITO E CARACTERÍSTICA

Propriedade intelectual é o conjunto da criatividade humana e da proteção. São as idéias, invenções e expressões criativas, que são essencialmente o resultado da atividade privada; e também é público no sentido de dar *status* de propriedade a essas invenções e expressões. A proteção vai desde o *trade secret*, patentes, *copyright*, marca, *mask work* (expressão do desenho de elementos de um *chip* semicondutor, fica inserido entre a patente e o *copyright*) como também desenhos industriais, direitos do autor e outras[3].

Quer dizer que, o termo "propriedade intelectual" contém tanto o conceito de criatividade privada como o de proteção pública para resultados daquela criatividade; em outras palavras, a invenção, a expressão criativa, mais a proteção, são iguais à propriedade intelectual.

Seria útil aplicar o termo "produtos da mente" ou "bens intelectuais" as idéias, invenções e expressões criativas como um todo.

Os produtos da mente têm uma vida independente de sua proteção legal. Tanto antes de ser concedida uma patente a uma invenção, como depois que a patente se expira, existem as idéias que levaram àquela invenção. Até onde a proteção não existe ou é fraca, ainda assim existem os produtos da mente.

Portanto, propriedade intelectual é "o direito associado aos bens e valores imateriais produzidos pela inteligência do homem" os quais são constituídos dos bens criados pelo intelecto humano. Sugere Maria Helena Tachinardi[4] que, no século XIX surgiram, os chamados direitos naturais, segundo os quais, o homem tem o direito natural sobre suas idéias e estas não podem ser apropriadas pelos outros, sem que em troca lhe seja dado qualquer valor.

Boa parte da doutrina econômica refere-se a "propriedade" como "monopólios" originários do Direito Alemão, onde o Estado é o garantidor para que o titular da patente ou

[3] SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. São Paulo: Edusp, 1992.
[4] TACHINARDI, Maria Helena. **A guerra das patentes: o conflito Brasil X EUA sobre propriedade intelectual.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

marca, possa a ter uma espécie de monopólio de uso de sua tecnologia ou de seu signo comercial, diferindo do monopólio estrito senso, pelo fato de ser apenas a exclusividade legal de uma oportunidade comercial (uso da tecnologia), e não um monopólio autêntico (exclusividade de mercado).

O estatuto da propriedade tende a ser um dos conjuntos mais estáveis de normas de um sistema legal, permitindo a formulação de políticas de longo prazo, aumentando a segurança dos investimentos, e direcionando a evolução tecnológica para objetivos que a comunidade elegeu como seus. Segundo a Constituição Federal brasileira vigente, a propriedade resultante das patentes e demais direitos intelectuais, não é absoluta, ela só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.[5]

A terminologia "propriedade artística, científica e literária", era regulamentada pelo Código Civil de 1916, Livro II "Do Direito das Coisas", cap. IV, onde o artigo 649 à 673 dispunha que "o autor de obra literária, científica e artística, pertence o direito exclusivo de produzi-las".[6]

Foram revogados pela Lei 5.988/73, de 14.12.73, que disciplinava os direitos do autor no que se refere aos aspectos morais e patrimoniais de obras artísticas e científicas.

Por sua vez está mesma lei foi revogada pela Lei 9.610 de 19.02.98, que altera e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

O novo Código Civil, em seu Título II que trata dos Direitos Reais suprimiu as disposições acerca da propriedade artística, científica e literária.

De acordo com Del Nero em sua obra propriedade intelectual: tutela jurídica da biotecnologia diz que a locução 'propriedade imaterial' é a forma de propriedade cujo objeto não é de ordem material ou corpórea, e sim de ordem abstrata, sem formas materiais, que não possui existência tangível[7].

Segundo Fran Martins:

---

[5] BRASIL. Constituição Federal**.** Art. 170, III. (Org.) Yussef Said Cahali. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[6] DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[7] DEL NERO, Patrícia Aurélia. op. cit.

> Entende-se por propriedade industrial o conjunto de direitos resultantes das concepções da inteligência humana que se manifestam ou produzem na esfera da indústria. Como um dos elementos incorpóreos do fundo de comércio, a propriedade industrial é protegida pela lei, efetuando-se mediante a concessão de privilégios de invenção, de modelos de utilidade, dos desenhos e modelos industriais e pela concessão de registro, dando a seu titular a exclusividade de uso das marcas de indústria, de comércio e de serviço, além de expressões ou sinais de propaganda. Adquirindo, assim, o privilégio de qualquer um desses elementos, a lei assegura a sua propriedade, garantindo o uso exclusivo e reprimindo qualquer violação a esse direito.[8]

Importante salientar também, a amplitude da caracterização de propriedade industrial que Aurélio Wander Bastos[9] pronuncia:

> a propriedade industrial é todo um conjunto de normas que tem por objetivo regular os direitos sobre patentes de invenção, modelos de utilidade, modelos e desenhos industriais, marcas de produtos e/ou serviço. Entretanto, devemos considerar também a grande diversidade de regras que um sistema de proteção à Propriedade Industrial apresenta, na qual devemos observar duas grandes categorias de direitos, que incidem sobre as invenções e signos distintivos. Existe, ainda, no campo do chamado Direito Econômico, normas, cujo objeto representa áreas afins à propriedade industrial, incidindo, paralelamente, e muitas vezes, de forma complementar, a esta legislação. Neste sentido, diversos autores, também como algumas legislações, incluem, nesse mesmo grupamento de direitos, as normas que versam sobre concorrência desleal, indicações de procedência e denominações de origem, e, inclusive, situações especiais do Direito do Consumidor e da legislação anti trust que, em diversas situações, não só norteiam a sua aplicação, como também limitam eventuais abusos dos direitos decorrentes de sua tutela. Devemos considerar, ainda, o estudo das disposições que versam sobre transferência de tecnologia, em função dos diversos pontos interface que possui a propriedade industrial, e pelo seu procedimento administrativo através da aplicação da legislação anti-trust pelos órgãos competentes da administração responsáveis pela defesa da livre concorrência.

A propriedade intelectual tem duas dimensões: a primeira são as idéias, invenções e expressões criativas (produtos da mente), que são essencialmente o resultado da atividade privada, e a segunda é o desejo do público de dar *status* de propriedade a essas invenções e expressões.[10]

---

[8] FRAN, Martins. **Curso de Direito Comercial** Rio de Janeiro: Forense, 1998. p 503-504.
[9] BASTOS Aurélio Wander. **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 230-231.
[10] GRAU, Eros Roberto. **A propriedade na nova constituição:** o patrimônio imobiliário do poder público. São Paulo: Cadernos Fundap, 1989.

Hoje a propriedade intelectual é vista como verdadeira mercadoria, vendável, envolvendo aspectos econômicos, jurídicos e sociais.

O direito tomou conhecimento de uma nova classe de bens de natureza imaterial que se ligavam à pessoa do autor ou inventor da mesma forma que alguém detém um direito exclusivo sobre as coisas materiais, que lhe pertencem. Esse direito foi concebido como um direito de propriedade, tendo por objeto bens imateriais. Fundamentalmente, o trabalho criativo é de um só tipo, seja no campo das idéias abstratas, das invenções ou das obras artísticas. O que se protege é o fruto dessa atividade, quando esta resulta numa obra intelectual, ou seja, uma forma com unidade suficiente para ser reconhecida como ela mesma.

Com a aceleração da informação bem como o desenvolvimento da economia industrial passou a exigir, desde o Renascimento, a criação de uma nova categoria de direitos de propriedade, uma vez que não existe um conceito inflexível de propriedade.

O conceito de propriedade modifica-se em decorrência das transformações econômicas, políticas, sociais, em face aos avanços tecnológicos, quanto aos objetos e processos sobre os quais reporta-se uma vez que a concepção de tradição romanística clássica admitia como objeto de apropriação somente coisas corpóreas, tangíveis.

Esta questão torna-se delicada quando se trata de definir o direito de propriedade no campo dos produtos da inteligência e criatividade humana, notadamente no que se refere à propriedade intelectual e de processos, métodos e meios de criações e invenções transcendendo a idéia clássica da coisa em si.

A propriedade imaterial recai sobre objetos abstratos, sem forma material concreta. São “bens” que não possuem existência tangível. Quanto à biotecnologia, a propriedade intelectual recai sobre a pesquisa e sua aplicação, ou seja, recai sobre processos dessa área do conhecimento que irão possibilitar novos produtos, a serem lançados na escala industrial.

Outra definição bastante abrangente é a da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), a qual define:

> propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas, científicas, às interpretações dos artistas e intérpretes e às

> execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e as emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual no domínio industrial, científico, literário e artístico.

A OMPI, como se pode perceber, unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão, existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores, em duas categorias: direitos de autor e conexos e propriedade intelectual.

Portanto, direitos de propriedade intelectual são concedidos em reconhecimento à contribuição intelectual pela autoria das obras, pela invenção de novos produtos e processos ou pela obtenção de novos cultivares, com o propósito de criar incentivos e estimular o desenvolvimento de inovações tecnológicas, de modo a se obter retorno financeiro pelos investimentos realizados.

3. PATENTES BIOTECNOLÓGICAS: SEUS QUESTIONAMENTOS

Não é novidade para ninguém que as patentes norte americanas foram a primeira a revolucionar o mundo biotecnológico.

A primeira invenção que transformou a ciência no campo biotecnológico diz respeito a dois cientistas, *S. Cohen e H. Boyer*, pesquisadores das Universidades de *Stanford* e Califórnia, para o corte e inserção de seqüências genéticas, unindo a experiência de inserção em plasmídeos com o conhecimento de enzimas de restrição, a dupla conseguiu enxertar em um plasmídeo bacteriano um gene proveniente de um DNA estranho àquele plasmídeo. O plasmídeo foi então inserido em um organismo vivo, um sapo, que se tornou uma "fábrica" capaz de produzir a proteína desejada em quantidades ilimitadas. O pedido de patentes tramitou durante sete anos no Escritório de Patentes Norte-americano (United States Patent and Trademark Office – USPTO), até ser finalmente concedido em dezembro de 1980 sob o nº US 4.237.224, sob o título *Process for producing biologically functional molecular chimeras.*[11]

[11] ASSUMPÇÃO, Eduardo. **Nota sobre patentes e biotecnologia.** Rio de Janeiro: INPI, 2001, p.5.

Em 1980, o caso *"Diamond X Chakrabarty"*, revolucionou o entendimento sobre patenteamento de formas de vida, com a descoberta da bactéria *Pseudomonas*, manipulada geneticamente, com a finalidade de degradar hidrocarbonetos poluidores, provenientes de petróleo.

Famoso no mundo todo, o processo percorreu todas as instâncias judiciais e administrativas. A Suprema Corte Americana manteve a patenteabilidade da bactéria supra mencionada, obtida artificialmente, anulando as determinações iniciais do escritório de patentes, que dizia que coisas vivas não podiam ser patenteadas e que deveriam ser protegidos por um sistema *sui generis* de plantas e suas variedades.

Neste caso, o trabalho de sistema de patentes foi o de traçar um divisor comum entre o que era produto da natureza e produto de obras do homem.

Daí por diante, abriu-se um precedente na história do patenteamento de seres vivos, onde ao anunciar sua nova diretriz para o assunto a Organização de Marcas e Patentes passa a considerar organismos vivos multicelulares, desde que não humanos passíveis de serem considerados como matéria patenteável. A distinção normalmente feita entre descoberta e invenção (que abordaremos mais adiante) é irrelevante para o Escritório de Patente norte Americano. De fato, esta instituição recusa *in limine*, a proteção a tudo aquilo que seja considerado encontrado na natureza, porquanto descobertas. Desta forma, no sentido estrito de descoberta como percepção de fenômenos naturais, o USPTO (United States Patent and Trade Office) vai ao encontro das posições de todas as demais organizações de propriedade intelectual ao negar amparo a eventuais pedidos de patentes dessa categoria. No entanto, é perfeitamente possível a concessão de patentes quando a invenção possua como ponto de partida, descobertas.

Neste sentido, seqüências genéticas são passíveis de patenteamento, mesmo em se tratando de descobertas, sob o argumento de que a descoberta pode ser patenteada quando satisfizer os requisitos técnicos.

Ao utilizar a palavra descoberta, a Constituição norte-americana autorizou a concessão de patente para a pessoa que inventa ou descobre uma composição de matéria nova e útil. A descoberta de um gene pode, assim, ser a base para uma patente referente à composição genética isolada de seu estado natural e processada por etapas de purificação.

Portanto, para ser patenteadas as seqüências genéticas, é necessário à presença de dois elementos – chave, “isolamento e purificação”. Parafraseando as palavras da Suprema Corte Americana “tudo que há embaixo do sol, feito pelo homem, é patenteável”.

Aparentemente, a ordem mundial está carente de um consenso no tocante a patenteabilidade de seres vivos e o ordenamento jurídico brasileiro se equilibra entre duas vertentes – A lei norte americana e a européia, embora ainda tenda a seguir o modelo europeu.

As questões que envolvem biotecnologia podem significar nosso desenvolvimento ou aumento irreversível da dependência tecnológica.

Interesses econômicos e políticos, nacionais e internacionais interferiram no processo elaborativo da Lei 9.279/96, principalmente interesses comerciais, uma vez que as discussões sobre leis patentárias foram feitas no âmbito do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), quer dizer, em foro comercial e não da OMPI, que trata das questões administrativas.

Os lucros financeiros obtidos a partir do patenteamento induzem a uma forma de poder, à medida que o conhecimento é poder através da informação.

Àqueles que opõem razões éticas ao patenteamento de organismos vivos em qualquer nível, cabe recordar que o recurso amplo e intensivo à biotecnologia é premissa indispensável para o desenvolvimento dos países, sobretudo no que concerne aos benefícios imediatos para suas populações, como saúde, alimentação.

Neste sentido, impedir qualquer forma de proteção intelectual de seres vivos, significa impedir o acesso e o uso de biotecnologia, protelando irresponsavelmente o processo de desenvolvimento e aplicação desta tecnologia em áreas de extrema relevância social – o que sem dúvida acarretaria questionamento de natureza ética ainda maior.

O INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual), revela que recursos naturais são poucos aproveitados pelo Brasil, que como já mencionado país da maior diversidade do planeta, infelizmente vê que estes recursos vêm sendo explorados quase que exclusivamente por grandes laboratórios multinacionais.

Para se ter uma idéia dos investimentos internacionais em biotecnologia, 97% dos pedidos de patente desta área apresentados ao INPI, nos últimos quatro anos são estrangeiros.

Esta realidade é o que mais chama atenção no Relatório de Atividades relativa aos anos de 2000/2001, divulgado pelo INPI (Instituto Nacional de Propriedade Intelectual), que apesar de ter um apoio a iniciativas acadêmicas e ter núcleos de patenteamento em universidades e centros de pesquisa, lamenta que nos 24.565 pedidos de patentes apresentados ao instituto em 2001, a participação das universidades brasileiras foi apenas de 0,2%, o que, segundo o relatório "revela claramente a falta de uma cultura de propriedade intelectual nas instituições universitárias".

Em seu relatório, o INPI cita algumas aberrações, como o fato de um laboratório europeu ter a patente sobre a secreção de um sapo da Amazônia utilizada para a fabricação de analgésico, técnica de há muitos conhecidas pelas comunidades indígenas, ou ainda de japoneses serem hoje proprietários da patente de um remédio estomacal feito a partir da erva brasileira conhecida como "espinheira santa".[12]

Relata Mário Luís Possas[13] em uma de suas obras que um dos principais óbices que os agentes econômicos envolvidos com a pesquisa biotecnológica enfrentam refere-se a dificuldades de definição de um arcabouço institucional impreciso cujas determinações são de diversas origens, como por exemplo, o termo microorganismo que constitui um paradoxo da lei patentária, até mesmo impactos ambientais, risco dos mais variados, e aspectos de cunho ético e religioso.

A regulamentação da biotecnologia no Brasil, ainda tem um longo caminho pela frente a percorrer, não somente porque deve buscar se adequar aos objetivos da sociedade brasileira, que ainda muito precisa conhecer da realidade biotecnologica e do papel estratégico do Brasil no contexto mundial, principalmente porque deverá servir de instrumento eficaz à realização de um Direito que, de fato, atenda a estes objetivos.

[12] INPI – Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. Relatório de atividades. 20002001.
[13] POSSAS, Mário Luís.**O processo de regulamentação da biotecnologia.** Brasília: IPEA, 1994.

4. O MATERIAL BIOLÓGICO ISOLADO DA NATUREZA: DESCOBERTA OU INVENÇÃO?

Doutrinariamente invenção é uma criação industrial que tem por objeto a patente de invenção, temporariamente protegida, que por sua vez gera um invento.

O artigo 10 limita-se a detalhar o que não é invento:

> Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
>
> I- Descobertas, teorias científicas e métodos matemáticos;
>
> II- Concepções puramente abstratas;
>
> III- Esquemas, planos, princípios ou métodos comerciais, contábeis, financeiros, educativos, publicitários, de sorteio e de fiscalização;
>
> IV- As obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;
>
> V- Programas de computador em si;
>
> VI- Apresentação de informações
>
> VII- Regras de jogo
>
> VIII- Técnicas e métodos operatórios ou cirúrgicos, bem como métodos terapêuticos ou de diagnóstico, para a aplicação no corpo humano ou animal; e;
>
> IX- **O todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.**[14]

Ficam, pois, excluídos da proteção patentária as chamadas "criações industriais abstratas".

A descoberta pertence ao âmbito da ciência e tem sido, ao longo do tempo, considerada como obrigatoriedade difundida, de modo que seus conhecimentos amplos e irrestritos, tidos como bem da humanidade, pudesse dar origem e alavancar o mundo da tecnologia.

Algumas vezes, contudo, a fronteira entre ciência e tecnologia é difusa. Informações científicas poderiam ser sonegadas, por suposta natureza tecnológica, isto é, toda às vezes que os resultados de pesquisa científica se aproxima da atividade industrial, tais

[14] BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 9.279 de 14.5.96. Disciplina os direitos e obrigações relativas à propriedade intelectual, Brasília, 1996.

informações, assumem um significativo e imediatos valores econômicos, fazendo, com que seus detentores clamem por esta relação efetiva.

A biotecnologia, inserindo-se nesse contexto de estreita e íntima relação com a atividade científica, é o melhor e mais surpreendente exemplo.

Esclarece Pontes de Miranda[15], com relação à descoberta que:

> A descoberta revela apenas o que ainda não se conhecia: é a atividade do *Homo sapiens*; a invenção, do *homo faber*, se bem que, por vezes, por trás dele, esteja o *homo sapiens*, ou os dois se entrosem na mesma psique.Quem inventa dá ao mundo novo objeto utilizável, ou meio para se chegar a novos objetos utilizáveis, ou a novas aplicações úteis. Toda a descoberta permanece no campo da teoria, ainda quando se trate de influxo da técnica na natureza. Se a descoberta é tal que envolve revelação de processo novo ou de aplicação nova, é preciso que se invente essa utilizabilidade do processo ou da aplicação.

A descoberta é, assim, mera revelação daquilo que já existia; resulta do espírito especulativo do homem, na investigação de fenômenos e leis da natureza.

Através da descoberta, o homem por seu espírito especulativo, começa a entender acerca do mundo físico, onde a descoberta por sua vez não satisfaz nenhuma necessidade de ordem prática, nem soluciona nenhum problema de ordem técnica.

João da Gama Cerqueira[16] afirma que "a invenção e descoberta são duas noções que não se confundem. A separação entre dois conceitos baseia-se na não existência da primeira antes da intervenção humana e na preexistência da segunda, antes oculta e que passa a ser revelada".

Ao se estabelecer esta distinção, resta claro que a descoberta ocorre pela identificação de algo na natureza por acaso, ou mediante busca, pesquisa, observação ou dedução. A invenção, por sua vez, ocorre quando são colocadas em práticas as informações obtidas com a descoberta.

A título ilustrativo, podemos citar como exemplo: a produção de princípios ativos com a aplicação potencial em medicamentos, que, normalmente, tem início com o

[15] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado.** 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.270.
[16] CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade intelectual.** 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.78.

isolamento, identificação e caracterização de nova molécula contida em plantas, fungos ou animais.

Todavia, até mesmo antes do isolamento das novas moléculas, é possível que se verifique a existência de uma atividade biológica interessante na mistura com aplicação potencial em medicamentos ou outros empregos. Nesta hipótese, pode-se já ter uma invenção.

Os processos de isolamento de substâncias ativas e as substâncias ativas, isoladas, também são, geralmente consideradas invenções.

Apesar de divergências entre as leis de diversos países, a maioria, a exemplo da norte-americana, considera que, enquanto um produto existente na natureza não é necessariamente patenteáveis, o isolamento, bem como a purificação deste produto da natureza, pode transformá-lo em produto "manufaturado" patenteáveis.[17]

Contudo, em se tratando de princípios ativos isolados de plantas, este mecanismo (isolamento e purificação), ainda não é aceito no Brasil para a concessão de patentes, segundo preceitua o artigo 10, IX da Lei 9.279/96[18], sendo patenteável, apenas a composição farmacêutica que contenha o extrato ou o princípio ativo.

Contudo, atualmente várias jurisprudências internacionais tem levado a proteção do material de *per se*, quando puder ser nitidamente caracterizado por sua estrutura ou por sua característica, e por considerar que apesar de preexistentes, tais materiais não estariam "disponíveis" na natureza, isto é, tais materiais não eram preexistentes na forma pura e isolada.

---

[17] MACEDO, Maria Fernanda Gonçalves de MULLER, Ana Cristina, MOREIRA Adriana Campos. **Patenteamento em biotecnologia:** um guia prático para os elaboradores de pedidos de patentes. Brasília, DF. EMBRAPA, 2001, p.22-23.

[18] Artigo 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
IX- o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

Portanto, analisando o artigo 10, inciso IX da Lei 9.279/96, conclui-se que não é patenteável qualquer substância isolada da natureza, exceto se sofresse alguma alteração pós-isolamento ou alguma alteração estrutural que a difere daquela presente *in natura*.

O fato é que, mesmo que o isolamento de material pré-existente na natureza se faça através de procedimento que implique atividade inventiva, apresente novidade e inclua na aplicação industrial, requisitos intrínsecos da patenteabilidade, tal material isolado não terá proteção patentária pela atual lei brasileira, o que deveras constitui-se de um absurdo sem precedentes e um ato lesivo a tudo aquilo que se considera como criatividade do intelecto humano.

Com relação ao artigo 18, alínea III, da mencionada Lei de propriedade intelectual, cabe mencionar que embora prevaleça no âmbito internacional o entendimento de que as células animais e vegetais em cultura possam ser consideradas como microorganismos, pela atual lei brasileira de propriedade intelectual é vedada sua patenteabilidade, mesmo que atendam aos requisitos supra mencionados, isto é, novidade, aplicação industrial e descrição plena.

Resta salientar ao nosso ver que, a estrutura gramatical deste artigo é bem imprecisa e paradoxal no que concerne a microorganismos encontrados na natureza, caracterizando-os como descobertas com exceção aos microorganismos transgênicos.

Inquestionavelmente os microorganismos são organismos, entidades biológicas, capaz de reproduzir, transferir material genético e mais, a caracterização desses microorganismos são realizada por intermédio da engenharia genética, que por construção normativa nos remete a categoria biológica. Em sendo seres vivos, os microorganismos são consideradas invenções passíveis de patenteamento desde que sejam manipulados em sua construção genética, em sua estrutura molecular, mas continuam sendo seres vivos, a exceção tornou-se regra.

Isto posto, afirmamos que decisões desta natureza devem fluir de debates nacionais, visando o desenvolvimento do país com estratégias nacionais de promoção e inovação, desenvolvimentos científicos e tecnológicos, principalmente uma mudança emergencial no âmbito institucional, exigindo para tanto uma mentalidade social e jurisdicional isentas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o efeito da globalização, precisamos encorajar a troca de informações se quisermos que o desenvolvimento científico ocorra, uma vez que há uma série de questões delicadas relacionadas ao balanço que existe entre o conjunto de conhecimento público e os direitos exclusivos sobre uma informação científica que deve ser legitimadamente embutido em uma patente.

As patentes, apesar de não serem absolutamente eficazes, e de não serem o único meio de apropriabilidade, tem sua importância associada à variedade de usos possíveis na estratégia do desenvolvimento científico, cultural, tecnológico e econômico de um país.

Por outro lado, as patentes ainda são a melhor forma de incentivar a pesquisa e desenvolvimento de novos produtos e processos, como também garantir a disponibilização das inovações no mercado, principalmente quando se levam em consideração os custos e riscos envolvidos em áreas biotecnológicas, entretanto o Brasil ainda está muito aquém da política pró-patente com relação a garantir os direitos de propriedade intelectual em se tratando de componentes isolados da natureza.

Com estas práticas, emergem para o campo biotecnológico imensas discussões sobre vários aspectos, envolvendo diversos segmentos da sociedade, restando uma certa resistência em compreendê-la e assimilá-la, uma vez que a biotecnologia tem revolucionado uma série de conceitos em suas pesquisas científicas, trazendo a baila também questionamentos acerca de sua proteção intelectual, para processos e produtos advindos da biodiversidade.

Contudo, a ciência tem que ter sua evolução sistêmica, não podendo ser barrada sob pena de cairmos em defasagem tecnológica.

A questão da patenteabilidade dos desenvolvimentos biotecnológicos é polêmica, uma vez que não há como as igualar em termos de proteção a uma invenção que não atua em organismos vivos, pelo simples fato de conter em certos aspectos áreas indefinidas, como por exemplo, a polêmica em torno do que seria uma invenção ou mera

descoberta em termos de pesquisa biotecnológica perante a lei brasileira de propriedade intelectual (Lei 9.279/96).

Neste sentido existem opiniões discrepantes entre diversos escritórios de patentes do mundo e em específico a atual lei brasileira que não concede o privilégio desta natureza, por não considerá-la invenção e sim descobertas, mesmo que estes produtos sejam isolados e purificados de seus habitats naturais.

De qualquer forma é importante uma maior reflexão sobre o assunto por aqueles que alegam questões de natureza ética, uma vez que, as conseqüências éticas seriam bem maiores em não se permitir à proteção desta natureza de produtos.

A maioria dos países, incluindo o Brasil, regrou em sua legislação patentária o conceito de invenção na forma negativa, ou seja, dispõe o que não é patenteável, sem fornecer subsídios claros sobre as matérias patenteáveis.

Segundo este raciocínio, no Brasil, a lei de propriedade intelectual é relativamente nova e porque não dizer, engessadora, em certos artigos, no que concerne ao progresso tecno-científico e econômico.

Outra situação que agrava esta questão são as que dizem respeito às decisões administrativas e judiciais que são incipientes no sentido do entendimento entre o que seja matéria biológica patenteável e o que não seja patenteável.

Portanto, conclui-se:

O futuro do desenvolvimento da biodiversidade no Brasil depende da forma como serão administradas suas potencialidades, conciliando equilíbrio ecológico, desenvolvimento sustentável, melhoria da qualidade de vida voltada à sociedade, crescimento econômico, avanço tecnológico e principalmente parceria e integração na economia nacional e mundial.

O Brasil por sua vez, pode tirar proveito do instituto das patentes na área biotecnológica, desde que capacite no entendimento das regras a propriedade intelectual a nova temática e situação biotecnológica, capacitem recursos humanos nas esferas administrativas e judiciárias, para melhor aproveitar os recursos genéticos da biodiversidade e a tecnologia gerada no país.

BIBLIOGRAFIA

ASSUMPÇÃO, Eduardo. **Nota sobre patentes e biotecnologia.** Rio de Janeiro: INPI, 2001.

BASTOS Aurélio Wander. **Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BRASIL. Constituição Federal. (org) Cahali, Said Y. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei 9.279/96. Brasília, 1996.

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado de propriedade intelectual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CONFERÊNCIA SOBRE O MEIO AMBIENTE. Rio de Janeiro, 1992.

DEL NERO, Patrícia Aurélia. **Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRAN, Martins. **Curso de direito comercial.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A propriedade na nova Constituição: o patrimônio imobiliário do poder público.** São Paulo: Cadernos FUNDAP, 1989.

INPI. Instituto Nacional de Propriedade Intelectual. **Relatório de atividades.** Rio de Janeiro, 2000/2001.

MACEDO, Maria Fernanda, MOREIRA Adriana C. **Patenteamento em biotecnologia: um guia prático para os elaboradores de pedido de patentes.** Brasília: Embrapa, 2001.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

POSSAS, Mário Luís. **O processo de regulamentação da biotecnologia.** Brasília: IPEA, 1994.

SIBILIA, Paula. **O homem pós-orgânico, corpo, subjetividade e tecnologias digitais.** Rio de Janeiro: Dumará, 2002.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico.** São Paulo: Edusp, 1992.

TACHINARDI, Maria Helena. **A guerra das patentes: o conflito X EUA sobre propriedade intelectual.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

CONTROLES SOCIAIS EXTRÍNSECOS DO EXERCICIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL: ANTITRUSTE COMO TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Marcelo de Lima Assafim*

RESUMO

Este artigo considera a importância da legislação de livre concorrência como disciplinadora da economia de mercado, essencial à sua manutenção e cuja ausência ou deficiência pode levar ao colapso do conseguinte sistema. Com fundamento no Direito Constitucional Econômico e nos Direitos Fundamentais, o autor descreve a disciplina como Direito das Limitações da Liberdade de Concorrer. Inaugura análise específica das mudanças legislativas e políticas mais recentes no Brasil com epígrafe que procura delimitar o âmbito de aplicação da norma (Lei num. 8884/1994), elencando categorias de acordos e atos. Indica as principais medidas do Governo iniciadas em 2000 para revisão ou possível reforma do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência (SEAE-MF, SDE-MJ e CADE). Nas mudanças legislativas já implantadas indica uma série de institutos, alguns inovadores, como o acordo de leniência, penas para recusa de informações, limitações do compromisso de cessão, a não obrigatoriedade de sigilo, entre outros. Por ultimo, reúne elementos com o fim de indicar uma perspectiva de revisão da política de concorrência, antevendo-se uma maior atenção às condutas, incluindo cartéis, práticas concertadas e restrições em acordos verticais – com menção às franquias e aos contratos de transferência de tecnologia.

PALAVRAS-CHAVES: CONCORRENCIA, LIBERDADE, EXCLUSIVIDADE, TECNOLOGIA, PROPRIEDADE INTELECTUAL, INVENÇÕES, PATENTENTES, INOVAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, LIBERDADE DE EMPRESA, ACORDOS VERTICAIS, LIVRE CONCORRENCIA, ANTITRUSTE, DIREITOS FUNDAMENTAIS

* Diretor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes; Professor Adjunto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela na Área de *Derecho Mercantil* com Revalidação pela Universidade de São Paulo – USP (Dep. Direito Comercial) com financiamento (bolsa) CAPES para Doutorado no Exterior; Beneficiário do Programa conjunto PERT/95, CNPq (MCT) e Itamaraty (MRE); Professor do Curso de Graduação em Direito do Instituto UCAM Ipanema; Diretor de Estudos da Associação Brasileira do Agentes da Propriedade Industrial – ABAPI e Diretor de Estudos da *Licensing Executives Society Brazil* (*LES-Brazil*); Advogado Militante no Rio de Janeiro

ABSTRACT

This article considers the competition law as a fundamental support of the market economy and the absence or failure of its enforcement conduce the system to a collapse. The author reviews its basis on the economic constitutional law and the fundamental rights to describe the antitrust discipline as the "limitations of the freedom to compete" right. The text introduces a specific analysis of the last legislative and political changes in Brazil with a preliminary discussion about delimitation of the competition law enforcement scope. The author describes new institutions as the Brazilian leniency program to fight cartels and discuss the perspective of announced changes in competition policy, including cartels, concerted practices, vertical agreements and particular mention to franchise and technology transfer contracts.

KEYWORDS: COMPETITION, FREEDOM, EXCLUSIVITY, TECHNOLOGY, INTELECTUAL PROPERTY, INVENTIONS, PATENTS, INOVATION, DEVELOPMENT, VERTICAL AGREEMENTS, FREE COMPETITION, ANTITRUST, FUNDAMENTAL RIGHTS.

INTRODUÇÃO

A concorrência tem sido uma preocupação mais constante entre os juristas brasileiros após a catalisação de um certo consenso entre acadêmicos e outros autores, no sentido de que, uma economia de mercado institucionalmente consagrada, a disciplina jurídica das relações de consumo não resolve o problema preço em situações de monopólio ou em mercados caracterizados por elevados níveis de concentração. Nesse caso, o custo do preço de monopólio é pago pelo consumidor, o que deverá implicar na piora na sua qualidade de vida: seja pela escassez, ou pelo sobre-preço. E se isto é assim, em setores caracterizados pela liberdade de empresa ou de iniciativa, tende a ser um fenômeno mais intenso no âmbito dos, assim denominados, serviços de interesse geral. Principalmente, se neste ultimo caso, em decorrência das barreiras à entrada que, em um modelo regulatório interpretado aquém dos seus fundamentos concorrenciais (quando previstos pelo Legislador), tais características costumam vigorar por mais tempo do que o socialmente conveniente. Monopólios e *trusts* sempre foram considerados

como um problema político e também econômico[1], especialmente porque tendem a subtrair a liberdade de negociar entre partes (*interaction between sellers and buyers*).

A disciplina jurídica da concorrência remonta ao final do século XIX, e apresenta traços marcantes da sociedade que demandou tal solução legislativa: falamos, em primeiro lugar, da sociedade americana e da Lei Sherman. Após isso, já no inicio da segunda metade do século XX, o enfoque europeu de um direito instrumental da concorrência a serviço da integração econômica têm a relevância de representar uma resposta contundente do Direito continental europeu (de raiz romano-germânica) a essa demanda social e aos objetivos da política de integração com fundamento do Tratado Constitutivo das Comunidades Européias[2].

Em ambos os casos, resalvadas as discrepâncias entre os sistemas *comon law* e romano-germânico[3], foram desenvolvidas categorias dogmáticas que, a luz dos precedentes, indicam e agregam determinadas restrições à livre concorrência que, uma vez incidindo no mercado tendem a ter efeitos potencializados em um ambiente caracterizado por determinados níveis de concentração, notadamente, aqueles considerados mais intensos. Nesse sentido, durante algum tempo, as autoridades empregaram largamente um critério informado por determinadas escolas da análise econômica do direito, designado pela tríade "estrutura – conduta – desempenho" para análise antitruste. Isso não significa que todas as categorias de infração contra ordem econômica (*antitrust violation*) estejam vinculadas à tarefa de "diagnóstico da concentração" estrutural do mercado em uma situação estática. Nem por isso tal critério implica na existência de uma discricionariedade absoluta e irrestrita para o recebimento de representações (*antitrust suits*) ou para as decisões de mérito. Ao contrário, a doutrina apresenta parâmetros para a interpretação do que em nosso sistema parece ser uma aleatória presunção legal.

---

1 SULLIVAN, E. T., "The Foundations of antitrust", in: SULLIVAN, E. T., The Political Economy of Sherman Act – The First One hundred Years, New York / Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 3-19, p. 6. "The monopolies and trusts were considered a political as well as an economic problem. "

2 Especialmente com a finalidade de alcançar os diversos objetivos enumerados no art. 2o do TCE. Korah, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 6a.Ed., Oxford, Hart, 1997, pp. 10 e ss. Para más informaciones, v. Frignani, Aldo & Waelbroeck, Michel, Derecho europeo de la competencia, Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1998.

3 Para uma análise do sistema alemão de proibições e isenções v. Straub, Wolfgang, 15 GWB als Generalklausel des Rechts geegen vertragliche Wettbewerbs-beschränkungen, München, Florentz, 1986.

Não obstante, a fotografia do mercado relevante em um determinado momento (análise estática em modelo de concorrência perfeita) pode não ser o elemento mais relevante para a análise antitruste em determinadas circunstâncias dinâmicas. Ao contrário, existem diversas situações onde uma violação antitruste (ou, no Brasil, infração contra a ordem econômica) deriva de uma conduta ou determinadas categorias de condutas que na dinâmica do mercado foram ou são capazes de engendrar uma alteração estrutural no sentido da concentração. Essa situação é mais evidente nos mercados caracterizados pela inovação, onde tecnologias alternativas ou concorrentes podem ser mais úteis ao direito de escolha do consumidor e à estrutura dinâmica dos mercados do que a existência de produtos homogêneos com base tecnológica comum[4].

A inovação, por demandar determinados níveis de investimento, implica em um regime de proteção com fundamento em direitos exclusivos, como por exemplo, aquele da patente para as invenções (criações técnicas de fundo com aplicação industrial) e aquele do direito de autor sobre programa de computador para o *software*, e, também, mediante direitos não exclusivos empregados para proteger o investimento, como por exemplo, obrigações contratuais (restrições de comercialização – cláusulas de exclusividade, não concorrência, restrição à exportação, etc.- sigilo e cláusulas penais privadas) e institutos de repressão à concorrência desleal[5]. Setores da doutrina entendem haver interface entre ambos os ramos do direito (propriedade intelectual e antitruste), haja vista o fato de que enquanto uma previsão afasta, a outra defende a concorrência. Defender a concorrência implica na manutenção da situação de plena interação entre fornecedores e adquirentes, de maneira a não falsear o livre jogo do processo de formação de preço. Portanto, há uma série de categorias de acordos que têm sido objeto de análise em matéria *antitrust*, de parte da doutrina, além de decisões administrativas e judiciais dos mais importantes sistemas, e, especialmente, aqueles cujo objeto integra bens imateriais protegidos por direitos exclusivos.

4 Em que pese a favor destes o efeito das externalidades de rede. Nesse sentido, um produto que materializa ou incorpora uma tecnologia precedente pode ter mais valor relativo para seus usuários que uma tecnologia mais recente em função do número de usuários. Assim, portanto, um aparelho de fac-símile, por exemplo, é mais útil ao seu usuário a medida que incrementa o número de pessoas tem também o utilizam. Essa mesma tecnologia perderá importância relativa a medida que, após o surgimento de tecnologias alternativas mais avançadas, os usuários da tecnologia de última geração aumentem em número e na medida em que estes venham substituindo o uso da tecnologia precedente em favor daquela.

5 V. art. 195 da Lei num. 9279, de 14 de maio 1996.

Entre estas determinadas categorias encontram-se aquelas que nascem a partir exercício dos direitos absolutos (*erga omnes*) concedidos pelo Ordenamento aos titulares de bens imateriais protegidos por propriedade intelectual[6] (direito de uso exclusivo e direito de exclusão de terceiro), seja pela exploração direta ou indireta (através de licenças a terceiros). No caso de exploração indireta dos direitos de propriedade intelectual, o titular do direito, ao licenciar, costuma a adotar restrições que o protejam do risco de eventual concorrência do adquirente de sua própria tecnologia transmitida com a licença (inicialmente para o mercado de destino) no mercado de origem. De outro lado, o adquirente, costuma lutar por uma gama mais ampla de faculdades que permita a compensação de seu investimento local e assunção de riscos em um novo mercado (riscos comerciais, cambiais, tributários, etc.).

Notadamente, o exercício de tais direitos[7] e o direito protetor da livre concorrência representam um ponto importante para análise sistemática. Nesse sentido, um autor anglo-saxão indica com Propriedade: *§ 2 of the Sherman Act prohibits monopolization and attempting to monopolize. In contrast, the grant of a patent is a grant of a 17 – year monopoly*[8]. Não obstante, não consideramos a questão do possível choque entre patente (como outras categorias de propriedade intelectual) e direito de concorrência neste labor, como veremos a seguir, no item III *infra*[9].

---

6 A doutrina alemã designa tal regulamento de TechTransGFVO, mediante o qual se estabelece um Regulamento de isenção (da proibição geral do artigo 81.1 do TCE) para determinada categoria de acordos de transferência de tecnologia, na forma do artigo 81.3 do TCE. Neste sentido, Helmut Lutz (*Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzvertrage im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft*, Abril de 1996, págs. 269-272): "*Die Komission der Europaischen Gemeinschaften hat nunmehr die lange erwartete Verordnung uber die Gruppenfreistellung von Technologietransfer- Vereinbarrungen (TechTransGFVO)*". As restrições não isentas individualmente ou em bloco da aplicabilidade do art. 81.1. do TCE são consideradas nulas de pleno direito.

7 Para obter um importante estudo sobre os limites intrínsecos e extrínsecos dos direitos de autor e industriais veja Oliveira Ascensão, José de, "Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade", Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.

8Sobel, Gerald, "Antitrust and Technology", in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982, págs. 191–220.

9Com relação ao amparo constitucional da propriedade intelectual, considerando as liberdades individuais, veja, Barbosa, Denis Borges, "Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual", Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 16-39.

Assim, a catalisação dos objetivos do antitruste em determinado sistema é imprescindível para formação de políticas públicas de concorrência, e afetam a dimensão do âmbito de aplicação do direito material de que se trata. Entre tantos outros objetivos do antitruste a enumerar, como por exemplo, o bem estar do consumidor (objetivo social), a eficiência econômica (objetivo econômico), a tutela das liberdades (objetivo político), i.e., ao fim e ao cabo, tutelar o interesse coletivo no somatório patrimonial que integra a ordem publico – econômica. Neste ultimo aspecto, devemos destacar um ponto especial: o **desenvolvimento**[10] e o **empreendedorismo**, necessários ao fim maior de melhora da qualidade de vida dos cidadãos, e as conseqüências da eficiência na distribuição de renda. Contrario senso, a concentração pode provocar escassez artificial e subjugar vontades e liberdades[11]. Trata, portanto, o controle social sobre a concorrência de um instrumento de tutela da dignidade humana: fim da ordem econômica e pedra angular da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, dado o interesse coletivo, garante-se a legitimidade da sociedade civil para demandar respostas mais concretas dos poderes públicos[12].

Na eventual inércia de determinadas políticas concretas, o posicionamento de entidades de classe torna-se um fator relevante, seja para o desenvolvimento de estudos específicos (a partir da capilaridade da demanda social), ou seja, para cooperação entre sociedade civil e o agente de políticas públicas. Esse é o caso dos acordos verticais, e, notadamente, os acordos cuja transmissão de propriedade intelectual integra seu objeto, que devem atender aos ditames do inciso XXIX do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

---

[10] Para um conceito de desenvolvimento econômico, v. SOUZA, Nali de Jesus, *Desenvolvimento Econômico*, São Paulo, Atlas, 1999, págs. 20 e segs.

[11] Para informações sobre os direitos fundamentais como direitos subjetivos expressos mediante a categoria jurídico dogmática das liberdades, vide CANOTILHO, J.J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 5ª Ed., Coimbra, Almedina, 1997, págs. 1243 e segs.

12 Neste ponto está a importância do estudo constitucional das competências a luz da limitação dos poderes políticos. Pois se, de um lado, agentes públicos eventualmente excederem os limites constitucionais e legais de suas competências, de outro lado, a atuação aquém dessas competências pode implicar em omissão. No caso de constrição de liberdades, este aspecto conceitual fica tradicionalmente ligado aos direitos de defesa perante o Estado (o direito de defesa seria um Abwehrrecht). V. GOMES CANOTILHO, op. cit., págs. 1243 e segs. De outro lado, a omissão pode caber ao Legislador infra-constitucional. Nesse sentido, veja os estudos em matéria de inconstitucionalidade por omissão.

1 Preocupação de entidades de classe

A questão abordada com profusão na literatura e políticas públicas em outros sistemas, não tem sido muito prestigiada no Brasil. Em grande medida pelas prioridades políticas em setores considerados mais prementes (como por exemplo, o combate a acordos horizontais, especificamente, cartéis, boicote, etc.), como também um certo receio de setores organizados da sociedade civil em incrementos dos níveis de intervenção estatal.

Essa percepção tem mudado sob a vista de determinadas entidades de classe. A Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI) aprovou sua Resolução de núm. 68[13], de 15 de dezembro de 2005. A Resolução tem importância simbólica à medida que implica no reconhecimento de parcela representativa da sociedade civil sobre a necessidade de normas de defesa da concorrência como instrumento de controle social sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual. Também consagra um marco democrático de colaboração entre a sociedade civil e agentes públicos encarregados das políticas de concorrência. Como um passo importante nesse sentido, a Resolução foi remetida à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE)[14] e à Coordenação do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE)[15] da SDE. Não obstante, a formação do grupo de trabalho subseqüente ainda pende de outros fatores.

Os trabalhos foram iniciados, através da Comissão de Estudos de Direito da Concorrência, em 2004, partindo de uma preocupação fundamental e duas outras derivadas. A primeira preocupação é a segurança jurídica, em menor grau, as duas outras subseqüentes são tanto a delimitação de competências de organismos públicos, como também, os procedimentos aplicáveis[16].

13 A Resolução foi firmada pelo presidente da ABPI, Gustavo Leonardos, pelo Relator, Cláudio R. Barbosa, pelo Coordenador da Comissão de Estudos, José Carlos Vaz e Dias e pelo Vice-Coordenador, ora no papel autor, João Marcelo de Lima Assafim.
14 Na pessoa do Secretário de Direito Econômico, Daniel Krepel Goldberg.
15 O DPDE foi representado, na interlocução realizada entre a ABPI e a SDE pela, então Coordenadora Bárbara Rosenberg.
16 Atualmente, os procedimentos estão previstos em Portaria SDE num. 4, de 5 de janeiro de 2006. Vide http://www.sde.gov.br

A preocupação primeira, acerca da segurança jurídica, justifica-se a partir da perspectiva e de efetivas mudanças em matéria de política da concorrência no Brasil[17]. Assim, a perspectiva (e em alguns casos a realização) de nova interpretação administrativa em *leading cases* preocupa os agentes econômicos que participam de mercados estruturalmente mais concentrados, e em muitos casos, as empresas que investem em inovação funcionam em mercados com essas características.

Mudanças que se iniciaram a partir de importantes mudanças legislativas em 2000 e, foram revigoradas em 2003, com a então mudança de governo. Assim, a atenção do poder público, antes com enfoque quase exclusivo nas estruturas de mercado (atos de concentração de empresas) passa a considerar a importância das chamadas condutas. I.e., a partir de 2000, com as Medidas Provisórias de núms. 2055[18] e 2056 surge importante reforma de direito adjetivo com vistas ao reforço dos instrumentos de prevenção e repressão de acordos e condutas uniformes horizontais tanto em regime de liberdade de empresa (livre iniciativa) como em setores regulados, como por exemplo, a distribuição de derivados de petróleo no varejo. Concomitantemente, a aprovação de um decreto presidencial, de 11 de agosto de 2000, criou grupo de trabalho para a reforma do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência. O objetivo era, além da reforma orgânica para a criação de um tribunal da concorrência, a reforma do direito material da concorrência no Brasil. O projeto de lei derivado deste grupo de trabalho ainda está em tramitação no Congresso nacional. Trata-se do Projeto de Lei núm. 5.877/2005.

Ainda que o referido Projeto não tenha sido consagrado com sua aprovação, algumas relevantes modificações, inicialmente introduzidas por medida provisória do poder executivo, foram absorvidas pela Lei num. 10.149/2000[19]. Esta norma reforma a LDC mediante a introdução de institutos inovadores na disciplina da concorrência brasileiro, como acentuado destaque para o combate de acordos horizontais, como por exemplo, o acordo de leniência

17 Para mais informações, veja nosso ASSAFIM, João Marcelo de Lima, "Aspectos do Direito de Defesa da Livre Concorrência Brasileiro: a Lei no 10.149/2000 e Perspectiva de Nova Política, Revista da ABPI no. 68, jan./fev. de 2004, pp. 55-68.

18 A Medida Provisória no 2.055, de 11 de agosto de 2000, com apenas quatro artigos com força de lei, modifica diversas disposições da Lei de Defesa da Concorrência, a Lei no. 8.884, de 11 de junho de 1994 que, para efeitos deste artigo, doravante designaremos de LDC. A MP, no texto do seu artigo 1o, altera e amplia a redação dos artigos 2o, 26, 30, 35 e 53 da LDC. Tais novos dispositivos ingressaram definitivamente no Ordenamento com a aprovação da Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 200018, que alterou a LDC.

19 DOU de 22 de dezembro de 2000.

(delação premiada); proibição de extinção de punibilidade mediante compromisso de cessação para determinadas infrações (práticas e acordos horizontais); e incremento das penas aplicáveis aos atos de obstrução à investigação ou à instrução de procedimentos administrativos[20]. Por último, o incremento de precedentes em matéria de acordos horizontais traz como tema da hora, reflexões sobre a matéria.

A segunda preocupação está na aparente concorrência de competências na análise dos contratos de transferência de tecnologia (CTT). Sendo o CTT, na verdade, um grupo de contratos socialmente típicos e formais (licença de patente, licença de marca, assistência técnica e transmissão de conhecimentos técnicos ou *know-how*), a inscrição em registro público como requisito essencial de forma *ad probationem* é de competência (ou atribuição, como prefeririam os processualistas) exclusiva do INPI. Se de um lado, o INPI já fez uso da regulação impositiva para um controle social *formalistic* da averbação dos CTT, mas de conteúdo com inocultável inspiração antitruste no passado (v. Ato Normativo num. 15, de 1975), a interpretação atrofiada administrativa do art. 54 da LDC a luz de influências anglo-saxônicas (que a supostamente afastam dos fundamentos de sua identidade – e origem genética - com o antigo Regulamento 17 da CEE), acaba por deixar um vazio de omissão administrativa em uma matéria interdisciplinar. Nesse vazio, depreende-se que, como um movimento natural, outras políticas setoriais ocupem o espaço regular ou irregularmente omitido pela política da concorrência. Não obstante, isso deixa implicações nas zonas cinzentas, onde existe controvérsia sobre a exata delimitação de competências de agentes públicos. Se de um lado, a Administração não deve servir a atos viciados de legalidade e, portanto, não deve estar limitada no exercício da função de administrar, de outro, a superposição de "tráfegos procedimentais" em única via, sem a devida "separação de pistas de mão e contra-mão", pode causar "desastres" (uma analogia ao termo empregado na tecnologia da informação). Além disso, a delimitação do poder político é matéria de sede constitucional. Acredita-se que um protocolo de cooperação entre o INPI e a SDE pode, ao mesmo tempo, evitar tais "desastres" (mora na análise, exigências sucessivas, falta de transparência de critérios, etc) e coibir agentes de má fé em função do risco de análise pela SDE

20 O conteúdo desta norma abrange os seguintes itens: A-1) Da Legitimidade Passiva de Sucursais; A-2) Das Penas para recusa de informações; A-3) Da não Obrigatoriedade de Sigilo; A-4) Dos Prazos Processuais; A-5) Da Inspeção e da Busca e Apreensão; A-6) Das Limitações do Compromisso de Cessação; A-7) Do Acordo de Leniência; A-8) Das Custas e Emolumentos. Vide. Assafim, J.M.L., Aspectos..., cit., pp. 58 e ss.

e julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois as penas previstas nos artigos 23 e 24 da LDC são elevadas (a multa pode chegar a 30 por cento do faturamento no exercício financeiro de que se trate).

Assim, em função da nossa participação na vice-coordenação na comissão de estudos, procuramos, já no início das discussões (marcada por pontos de vistas sempre muito discrepantes) reunir elementos para análise dos aspectos jurídicos e econômicos da propriedade intelectual. O resultado deste estudo fundamentou a justificativa da minuta aprovada pela comissão, especialmente, no que tange à relação entre a proteção jurídica da inovação e o desenvolvimento. Assim, vejamos o disposto a seguir.

2 ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS GERAIS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

O amparo científico da doutrina econômica e jurídica permite-nos concluir que a inovação representa um importante vetor de desenvolvimento econômico[21]. Várias teorias já consagradas, como por exemplo, a nova teoria do desenvolvimento econômico, coloca a inovação ao lado dos demais fatores de produção tradicionais (capital, trabalho e insumo) como relevantes para o ambiente empresarial, bem como os instrumentos empregados direta e indiretamente pelos poderes públicos para incentivar o progresso tecnológico[22].

Em primeiro lugar, o progresso tecnológico é incentivado indiretamente nas economias de mercado, mediante a proteção de determinadas inovações (consideradas de maior valor)

21 O simples acumulo de fatores de produção como capital e trabalho não são suficientes para explicar o crescimento econômico, como por exemplo, aquele ocorrido nos Estados Unidos nos anos 1920. SOLOW, Robert, "Technical Change and the Aggregate Production Function", Review of Economics and Statistics, vol. 39, 1957, pp. 312 e ss.

22 Não obstante, existem estudos econômicos que comprovem que, indistintamente, em todos os setores, a decisão de investir em inovação não seria tomada na hipótese de inexistência de um sistema de patentes. V. LEVIN, R, Empirical Studies of Innovation and Market Structure, in: SCHMALENSEE, R, Handbook of industrial Organization, v.2, Elsevier Science, 1989. Merece destaque o estudo do conhecido microeconomista Edwin Mansfield (A New Look at the Patent System, American Economic Review, , v. 76, 1986, pp. 196 e ss.). Para um estudo jurídico, v. SILVA, M. M. Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência, Almedina, 2003, pp. 55 e ss. V. nosso ASSAFIM, J.M. L., A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual, Lumen Juris, 2005.

através institutos específicos que atribuem direitos exclusivos[23] (mediante a outorga de direitos de propriedade intelectual) e não exclusivos (mediante instrumentos de repressão à concorrência desleal); em segundo, através de políticas de fomento em setores específicos (financiamento e linhas de crédito para pesquisas de base e aplicada[24], benefícios fiscais, ou, ainda, isenções antitruste).

Nessa primeira perspectiva, o progresso tecnológico se desenvolve através da divulgação de criações do espírito humano que, introduzidas em empreendimentos ubicados ao longo da escala produtiva (indústria e comércio), permitem diferenciar o produto ou serviço aperfeiçoado dos produtos ou serviços concorrentes ou mesmo tornar mais eficiente os modos de produção. Daí surge uma das vantagens da inovação que determina a sua abordagem como elemento central do fenômeno da concorrência. A diferenciação reduz as possibilidades de substituição.

Não obstante, a concepção de inovação é mais ampla, e abrange, entre outros, determinados aspectos relativos às artes, eventualmente não confinados em si mesmos, e, indo além de sua concepção original, atingindo um funcionamento mais amplo e reverberando para alguma das várias formas de exploração industrial. Entre as criações do espírito humano que integram a noção de inovação estão as obras artísticas (e demais criações a elas equiparadas) e as criações de fundo (invenções e modelos) e de forma (desenhos) com aplicação industrial. De outro lado, os sinais distintivos têm importância mais destacada para o trafego jurídico em âmbito comercial.

Os direitos de propriedade intelectual outorgam ao seu titular direitos exclusivos quanto ao uso de determinada criação intelectual (e/ou exercício dos conseguintes direitos de exclusiva) que afetam as atividades econômicas de maneira impactante, no sentido de que tais exclusivos são instituídos com a finalidade de criar um incentivo especial para o desenvolvimento de inovações que, ao fim e ao cabo, deverão contribuir para o progresso tecnológico da comunidade.

Por esta razão, o inovador, criador do bem imaterial protegido pelas regras do direito da propriedade intelectual (tanto no âmbito da indústria com no das artes) fica resguardado contra a

---

23 LEHMAN, Michael, "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Rights", IIC, v. 16, 1985, pp. 524 e ss.

24 Sobre o processo gerador de tecnologia V. ASSAFIM, A Transferência..., cit. p. 17 e ss..

concorrência de copiadores que não se sujeitaram aos custos de pesquisa e desenvolvimento que integram a nova tecnologia (*free riders*) inerente ao processo criativo com aplicação industrial. Os custos de uma linha de pesquisa *ex ante*, tão somente serão suportadas mediante a contrapartida de uma expectativa de resultados *ex post*.

O inventor ou titular fica protegido contra a reprodução de sua concepção inventiva pelos concorrentes, que não tiveram que suportar os custos de pesquisa e desenvolvimento e/ou os riscos de comercialização de novo produto.

Esse **direito subjetivo patrimonial** que nasce da apropriação dos bens imateriais pelos institutos de proteção da propriedade intelectual se aproxima dos **direitos reais** (na concepção romana de propriedade para as coisas – bens materiais corpóreos) à medida que constitui um direito **erga omnes** ou **absoluto**, não obstante, discrepam de tais categorias, pois os exclusivos são integrados, ao mesmo tempo, tanto por **faculdades ainda mais amplas** do que aquelas típicas dos direitos reais sobre bens materiais corpóreos (como, p.ex., intervenção na propriedade de outrem), e, como estão **limitados material e temporalmente**.

Tais características decorrem dos objetivos da propriedade intelectual. Assim, concomitantemente, dois objetivos são perseguidos: fomentar o progresso tecnológico incentivando a realização de inovações; e, salvaguardar o acesso do público às inovações e aumentar o patrimônio de conhecimento disponível à sociedade.

A questão do **exercício dos direitos** de propriedade intelectual na **circulação econômica** abrange o **uso da tecnologia** pelo **seu próprio titular** ou através da transmissão de determinadas faculdades a terceiros mediante **acordos de licença**. Estes acordos costumam implicar na adoção de **restrições contratuais** ou **unilaterais** com o fim de **proteger os investimentos** na **criação, fabricação e distribuição** de bens materiais que **incorporam tecnologia** e, assim, **fomentar a atividade empreendedora**. Provavelmente, sem tais garantias legais e contratuais, o titular não se sentiria incentivado a disponibilizar temporariamente sua tecnologia a um concorrente potencial ou efetivo[25], o que implicaria em redução do número de empreendimentos. A titularidade de direitos de propriedade intelectual implica na **outorga de exclusividades** que, no curso da atividade econômica pertinente, deve gerar condições favoráveis à compensação *ex*

25 O que limita o aproveitamento social da tecnologia, seja pela não divulgação, não exploração empresarial, seja pela sujeição do consumidor a menos uma alternativa de escolha.

post do investimento e redução do risco assumido *ex ante* com a pesquisa aplicada e na introdução de novo produto, considerando, ainda, que as eventuais restrições que os exclusivos possam eventualmente introduzir diminuindo o enfretamento entre **produtos** potencialmente concorrentes com objetivo de diminuir os riscos de entrada de novo produto no mercado, não significa que o exercício de tais direitos exclusivos seja prejudicial à concorrência entre tecnologias. Ao contrário, esses direitos criam condições para gerar concorrência dinâmica entre tecnologias diferentes[26]. Não obstante, o exercício de direitos de propriedade intelectual com o objetivo de proteger uma atividade não empreendedora deve ser reprimido.

Essas características da inovação, protegida pela propriedade intelectual, indicam a importância dos fatores tradicionalmente incluídos na análise levada a cabo pelo Direito da concorrência no âmbito dos incentivos à inovação, especialmente, barreiras à entrada, a elasticidade das substituições da oferta e da demanda, o lapso temporal necessário à entrada de novos concorrentes e os níveis de concentração do mercado. Não obstante, estes elementos de análise estática podem não atender às necessidades específicas do controle social próprio da concorrência de tecnologias, caracterizada pela dinâmica que permite "criar" e "destruir" produtos e processos[27].

3 NOVO ENFOQUE DA INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E COMPETITIVIDADE PELAS AUTORIDADES ANTITRUSTE

A preocupação da sociedade civil torna oportuna no Brasil a reflexão sobre um tema um tanto esquecido, seja pela doutrina comercial seja pelos agentes de políticas públicas: o impacto da inovação na concorrência. Nesse sentido, merece recuperação a evolução da questão em sistemas mais avançados neste tipo de análise. Desde meados dos anos noventa, amplo debate que congregou a doutrina econômica e jurídica, bem como empresários e autoridades de vários países (principalmente nos Estados Unidos e União Européia), analisou-se a relevância do

26 Como ocorre, por exemplo, na indústria de tênis esportivos, com as distintas tecnologias de redução de impacto.

27 Para informações sobre a teoria evolucionária, veja WITT, Ulrich, *How Evolutionary is Schumpeter´s Therory of Economic Development?*, Industry and Innovation, Vol. 9, Num. 1/2, April / August 2002, págs. 7-22, pág. 7.

crescente impacto da inovação na concorrência[28]. Durante as audiências públicas nos Estados Unidos, conduzidas pela FTC, procurou-se enquadrar a aplicação do direito *antitruste* diante do fenômeno considerado como um novo tipo de concorrência.

Esse debate refletiu rapidamente nas políticas da União Européia, principalmente com a elaboração do Relatório da Comissão de 1996, e culminou com a aprovação de um novo Regulamento de isenção por categorias de acordos de transferência de tecnologia, que veio substituir seus precedentes em matéria de licença de patente e licença *de know-how*[29].

Assim, a inovação sai da posição de aspecto relevante, mas não primordial, para ocupar a posição de questão prioritária, tanto na União Européia como nos Estados Unidos. De igual maneira, reconhece-se o papel primordial da transferência de tecnologia no progresso tecnológico e na competitividade dos empresários em um mercado com tendências de incremento das trocas comerciais globais. Essa mudança de prioridade suscitou uma releitura da maneira como o direito da concorrência deve encarar a inovação. Como reflexo, identificam-se casos como o da Microsoft, que ocupou autoridades norte-americanas, européias e, também, brasileiras, sobre os problemas decorrentes do impacto concorrencial de certas práticas de inovação e difusão de tecnologias. Portanto, um Brasil que tem por meta ser competitivo no mercado mundial não deve ignorar a importância de sua política da concorrência na defesa da inovação[30], considerando que está é uma das pedras angulares do crescimento econômico que conduz ao desenvolvimento.

Não obstante esse caráter de agente fomentador da concorrência dinâmica que ostenta a propriedade intelectual, o exercício de tais direitos na circulação econômica dos bens portadores de tecnologia, reconhecidamente, tem especial relevância para estudos em matéria de práticas restritivas e de abuso de posição dominante.

---

[28] v. FTC, FTC – *Staff Report, Anticipating the 21st Century: Competition Policy int the New High Tech, Global Market Place*, Vol. I, Washington DC, May 1996

[29] Regulamento CE núm. 240 / 1996, de 31 de janeiro. Este regulamento foi substituído pelo Regulamento CE núm. 772/2004.

30 Para efeito deste labor, as inovações consideradas são aquelas com aplicação industrial, i.e., a tecnologia industrial, a biotecnologia e as tecnologias da informação e comunicação. Além disso, do ponto de vista do bem-estar social, a inovação isoladamente não é o mais importante, senão a sua difusão, o uso da tecnologia inovadora pelo seus potenciais adquirentes ou consumidores.

Algumas dessas restrições não implicam em análise antitruste, outras, embora incluídas no âmbito das proibições legislativas antitruste, podem ser autorizadas ou isentas individualmente, ou em grupo, mediante a adoção de procedimentos administrativos sumários, já aplicados para outras categorias, desde que observadas determinadas compensações consideradas "pró-competitivas", i.e., que representam ganhos de eficiência e benefícios para a concorrência, tanto de produtos como de tecnologias.

Tanto as principais categorias de restrições (e de práticas não restritivas) como também as conseguintes compensações devem ser objeto de reflexão e opinamento das autoridades antitruste, com o objetivo de (1) garantir a proteção efetiva da concorrência (2) e oferecer as empresas a segurança jurídica adequada[31].

O trafego jurídico de tecnologia e de tecnologia incorporada em produtos pode ocorrer mediante atos e acordos horizontais e verticais. Não obstante, a peculiaridade do objeto, ainda deve-se considerar a importância da diferenciação de critérios para análise entre acordos verticais e horizontais, recomenda o tratamento e análise sob a égide de único quadro disciplinador e regulatório, que possa abranger os atos e acordos sobre tecnologia, considerados os objetivos e as peculiaridades da proteção jurídico institucional da inovação mediante propriedade intelectual.

A evolução do quadro regulatório concorrencial, em outros países, tem demonstrado tanto as necessidades de simplificar os critérios de análise como, ao mesmo tempo, promover uma releitura dos critérios tradicionais. Com isso, dedica-se menos ao elenco de cláusulas e acordos sujeitos à proibição, insistindo em maior medida na definição das categorias de acordos que estão autorizados até determinados níveis de poder de mercado. Ainda, procurar-se especificar aquelas cláusulas e acordos que não devem figurar em tais acordos sem uma análise individual. Essa concepção tem se mostrado mais coerente com o enfoque econômico que dá lastro ao labor de avaliar os impactos de tais acordos nos mercados de referencia (de produto e de tecnologia).

Nesse mesmo sentido, a distinção entre acordos e atos entre/de competidores e não competidores converge com dito enfoque, dado o fato de que um acordo de transferência de tecnologia entre não competidores tende a ser pró-competitivo e admite níveis de concentrações

[31] Para um estudo econômico acerca do papel do Estado a luz da teoria evolucionária, veja BURLAMAQUI, Leonardo, *Evolutionary Economics and the Economic Role of State*, in: BURLAMAQUI, CASTRO e CHANG, Institutions and the Role of the State, Cheltenham (UK) / Northampton, MA, Edward Elgar Pub. (USA), 2000, págs. 27-52.

mais elevados convivendo com determinadas restrições contratuais à concorrência. Fica claro que não há lugar para proibições per se, não obstante, a atitude anti-empreendedora deverá ser punida pelo controle social em defesa da livre concorrência, como por exemplo, um investimento em inovação que não tenha justificativa econômica, nos moldes da inovação predatória.

Em grande medida, a circulação econômica de tecnologia ocorre mediante a conclusão de contratos de transferência de tecnologia, não obstante outras determinadas categorias de contratos podem incorporar tecnologia em seu objeto, em caráter principal ou acessório, como por exemplo, os contratos de franquia e de distribuição.

Os contratos de transferência de tecnologia, a seu turno, têm como prestação essencial a concessão de licenças de tecnologia ou de direitos da propriedade industrial. Em caráter geral, este tipo de acordo costuma contribuir para o aperfeiçoamento da eficiência econômica e, por conseguinte, para a concorrência. Entre os aspectos positivos, podem-se agrupar os seguintes: a redução de situações de pesquisa e desenvolvimento duplicados, o reforço dos incentivos para inovação mediante pesquisa e desenvolvimento iniciais, a facilitação da difusão dessas tecnologias e a contribuição para o incremento da concorrência no mercado de produtos.

Assim, a probabilidade de incidência dos efeitos pró-competitivos, i.e., efeito que melhoram a eficiência e são benéficos para a concorrência, é maior, e deve prevalecer sobre aquela hipótese de incidência de efeitos contrários a concorrência devido às restrições contidas em acordos de transferência de tecnologia.

Para que se possa alcançar os objetivos e causa dos contratos de transferência de tecnologia, os benefícios eventualmente proporcionados por aplicação de uma política concreta, deve ter sua aplicação estendida às disposições e acordos contidos nos contratos de transferência de tecnologia que, mesmo não constituindo objeto primário ou prestação essencial de tais acordos, mas que estão diretamente relacionados com a aplicação da tecnologia licenciada.

4. Perspectiva de Revisão da Política de Defesa da Livre Concorrência

Parte da expectativa acerca de mudanças criada em 2002 não se concretizou. A mudança de governo em 2002 representou uma natural mudança também na condução da política vigente

até então (como também com relação às prioridades do GTI instituído no mandato precedente), não obstante, em 2007 continuam algumas das mesmas preocupações quanto a eficácia da LDC e das recentes modificações legislativas. Identidade que não se constata, por exemplo, no entendimento acerca dos novos rumos a serem tomados pelo "Sistema" - seja quanto a sua possível reforma orgânica, seja quanto à reforma legislativa pretendida (pelo menos na forma até então pretendida) ou mesmo quanto aos critérios de análise e descentralização de análise. O projeto de Lei no 5.877/2005, parece não ir muito mais além da reforma estrutural que transforma o CADE em um conjunto de órgão, englobando um Tribunal de Defesa da Concorrência, importado parte substancial do direito material da LDC, salvo o sistema de isenções pensado pelo Legislador no artigo 54 da LDC.

A atuação conjunta da SDE e da SEAE, desde o primeiro momento, indicou que seria o prenuncio de nova política da concorrência, e por vezes chegou a dar impressão de execução imediata, principalmente mediante atos de regulação compartida (como a Portaria Conjunta 849). Não seria, assim, impróprio concluir, tanto pelos sinais exteriores do exercício regular das competências administrativas (execução da função de administrar)32 como por declarações e pronunciamentos das conseguintes autoridades, tendem a não abraçar integralmente os entendimentos que fundamentaram a política de concorrência nos governos precedentes.

Em primeiro lugar, a SDE e a SEAE têm sinalizado que propostas como a de criação de uma agência ou mesmo a menos ambiciosa (mas não menos polêmica) criação de uma superintendência instrutória única perdem espaço para o que seria uma atuação administrava com "repartição de competências", com o fito de evitar o que o Governo entende ser

[32] Particularmente a atuação da SDE e SEAE no primeiro semestre de 2003, que intensificou o número de decisões em matéria de acordos horizontais e um sensível incremento na instauração de averiguações preliminares e processos administrativos em matéria de condutas. *Vide*, por exemplo, no caso desta ultima categoria, interessante parecer exarado pela **Secretaria de Acompanhamento Econômico (**SEAE) no âmbito dos Processos Administrativos n° 53500.001821/2002; 53500.001823/2002; e 53500.001824/2002, protocolado no CADE em 18 de setembro de 2003, referentes à denúncia apresentada pela **Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A.** (EMBRATEL) e pela **Intelig Comunicações S.A.** (INTELIG) em face das empresas **Telecomunicações de São Paulo S.A. – Telesp** (TELEFONICA), **Telemar Norte-Leste S.A. (**TELEMAR) e **Brasil Telecom Participações S.A.** (BRASIL TELECOM), no sentindo de que estas estariam incorrendo na prática restritiva vertical de elevação dos custos dos rivais através de discriminação de preços do insumo "*interconexão para o acesso local*" ou de subsídios cruzados no segmento de Sistema de Telefonia Fixa Comutada – STFC para Longa Distância – LD.

"superposição de competências"33. Nesse sentido é que, provavelmente, o legislador transfere as competências instrutórias da SDE em matéria de concorrência para Superintendência-Geral.

Em linha de conseqüência, esse primeiro aspecto deverá afetar um segundo aspecto, que constitui o ponto nevrálgico do direito da concorrência: a revisão da delimitação do âmbito de aplicação da normativa pela Administração34, na forma do artigo 31 do Projeto, que remete ao artigo 20 da LDC.

Infere-se, então, agora, a partir do Projeto, a possibilidade de confirmação do entendimento de que a SEAE deverá ocupar-se predominantemente (no que tange a análise sócio-econômica) com a aplicabilidade da norma sobre os atos de concentração, e, por conseguinte, depreende-se que a Superintendência-geral poderá dispor de mais recursos para dedicar-se à análise de uma categoria um pouco esquecida: as condutas. Nesse sentido é que se infere a mais lídima e oportuna preocupação da Superintendência-geral, que tem externado a importância da análise das condutas e doravante deverá voltar o foco de atenção da Administração para tais fenômenos (que não estão restritos aos acordos e práticas concertadas horizontais). Como se sabe, as condutas não estão restritas ao cartel. Além deste típico acordo horizontal existem outros acordos que podem prejudicar seriamente o funcionamento dos mercados com a proliferação de restrições potencialmente anticompetitivas mediante, por exemplo, uso de práticas restritivas de negócios (restrictive business practices)35 em acordos verticais36 – entre outras restrições. As restrições que "surgem" em um determinado negócio (a

[33] Cabe ressaltar que as competências da SDE estão fixadas em lei, particularmente no artigo 14 da LDC. Entre tais competências fixadas pelo legislador está aquela de *proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica , a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo.* (v. inc. III do art. 14 da LDC). O exercício da competência é poder-dever da Administração, sendo-lhe defeso exercê-la aquém ou além do determinado pelo legislador, sob pena de configurar abuso ou omissão, conforme o caso.
[34] Que, ainda que paute o processo decisório administrativo, não vincula o poder judiciário.
[35] V. FIKENTSCHER, W., *Wirtschaftsrecht – Weltwirtschaftsrecht und europäisches Wirtschaftrecht*, C. H. Beck, München, 1983 e, do mesmo autor, "*The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology: A Study in Third World Development* ", IIC Studies, vol. 4, 1980.
[36] COMISIÓN EUROPEA, Libro verde sobre las restricciones verticales en la política de la competencia comunitaria, Bruselas, 22.01.1997.

principio vertical), se não compensadas por um efeito pró-competitivo concreto37, entre outros efeitos deletérios, têm o potencial de "contaminar" rapidamente todo o mercado e assumir a feição de uma grande conduta uniforme entre competidores – sem um poderoso difusor de ineficiência, em prejuízo final, por óbvio, do consumidor.

Neste ponto, o que chamamos de prenúncio de revisão de política da concorrência, considerando-se que as políticas assumem mundialmente certo protagonismo nas pesquisas acadêmicas em matéria antitruste, e em nosso País não se vislumbra exceções38 nesse aspecto. Seria oportuno, por conseguinte, tomar conhecimento, então, de relevantes declarações do *policy maker* na aurora do atual Governo. A SDE em mais de uma oportunidade39, anunciou que o até então paradigmático emprego do critério de análise fundado na velha tríade estrutura-conduta-desempenho pode não ser o método inequivocamente mais adequado para análise de condutas. Ou seja, nem toda restrição depende diretamente (de determinados níveis de concentração) da estrutura de dado mercado relevante. Assim a ordem dos fatos, considera-se que, mediante tal assertiva, além de outras coisas, esse dado significa que uma conduta restritiva da livre concorrência, para ser caracterizada como causadora de um desempenho anticompetitivo (e por conseguinte uma infração contra a ordem econômica), não depende, como uma relação de causa e efeito, de uma estrutura concentrada. Nesse sentido, reiteramos que, ao contrário, determinadas restrições em determinadas categorias de contratos e acordos podem contaminar todo o mercado e propiciar uma conduta uniforme em bloco por parte de concorrentes potenciais e/ou efetivos, ou, proporcionar ineficiências na alocação de recursos e impondo prejuízos meta-

[37] Como por exemplo, o acesso a determinada tecnologia (como a que introduz no mercado novo produto ou novo serviço), a qual, sem o emprego da restrição em acordo contratual não estaria disponível no mercado nacional.

[38] WESTON, G. E., "*New Trends in the U.S. Antitrust Law: The Patent-Antitrust Interface as an Example*", IIC, vol. 15, 3(1984), págs. 269-292.

[39] Como por exemplo, em recente palestra do Secretário de Direito Econômico, Daniel Kreppel Goldberg, em simpósio aberto realizado (em 19 de setembro de 2003 – com a presença de palestrantes ilustres como o Vice-Presidente da FIRJAN e o ex-Conselheiro do CADE, Ruy Santa Cruz) no auditório de importante escritório no Rio de Janeiro (Siqueira Castro Advogados).

individuais através divisão de mercados (limitações quantitativas a livre circulação de bens e serviços na Federação)40.

Não exsurge evidente, por ora, a dimensão concreta desta política e se reverberará em uma segunda reforma legislativa mais ou menos intensa41. O que se depreende, isto sim, é que o número de averiguações preliminares e processos administrativos sobre condutas tendem a sofrer um incremento, seguindo a tendência de aumento do número de investigações. Assim demonstradas as coisas, estamos convencidos de que seria oportuno concluir, então, que, ante a preocupação da Administração com as chamadas condutas, a luz da experiência dos sistemas que já se debruçaram mais intensamente sobre a matéria, deverá estar na ordem do dia, a análise das restrições ubicadas em determinadas categorias de contratos específicos, como distribuição exclusiva, de transferência de tecnologia42 (licença de patentes, licença de marcas, know-how e assistência técnica)43 e franquia. Não obstante, a revogação do artigo 54 significará um retrocesso para a possibilidade de uma política *ex-ante* para análise de contratos.

Neste ponto, mais uma vez, remete-se a questão ao método de descentralização de análise, pois os recursos humanos e financeiros são sabidamente escassos. Caso todos os contratos firmados no País fossem objeto de consultas ou notificação seria o colapso do Sistema. Não obstante, a atrofia injustificada do âmbito de aplicação engendra perdas irreparáveis para o

---

[40] Para mais informações a respeito v. FRIGNANI, A. & WAELBROECK, M., *Derecho europeo de la competencia*, (Vol. 4 del Comentario J. Mégret), Tomos I y II (versión española por I. Sáenz-Cortabarría y M. Morales), Barcelona, Bosch, 1998.

[41] Se de um lado, divulgação da questão pelos órgãos oficiais e na imprensa indicam o interesse na reforma legislativa, de outro, não mostra indicadores da abragencia. No Portal do Cidadão (sítio na rede do Ministério da Justiça, v. http://www.mj.gov.br/), reproduz o seguinte texto: *O governo pretende ainda alterar a lei 8.884 para tornar mais seletivo os atos de concentração que hoje precisam ser submetidos à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência. Pela lei, qualquer fusão ou* ***aquisição*** *que resulte em participação de 20% do mercado ou em que um dos participantes da operação tenha faturamento anual de R$ 400 milhões precisa ser aprovada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Além disso, a análise dos atos passaria a ser feita antes da operação e não depois, como acontece hoje.*

[42] Não se trataria, por tanto, de incrementar ou diminuir atribuições da inscrição em registro público no INPI, senão, a atenção do Sistema nacional de defesa da concorrência a essas determinadas categorias. V. ASSAFIM, João Marcelo de Lima, *La transferência de tecnologia en Brasil (aspectos contractuales de propiedad industrial)*, Tesis Doctoral, Universidade de Santiago de Compostela (ESP), 2003, págs. 368 e sigs.

[43] LUTZ, H., *"Technologie-, Patent- und Know-how-Lizenzverträge im EG Recht"*, RIW, 4(1996), págs. 269-272.

patrimônio coletivo que constitui a ordem econômica. Diante de tais perspectivas, novos estudos e linhas de pesquisa acadêmica poderiam, quem sabe, auxiliar na superação deste novo trajeto, e nesse aspecto o estudo instrumental de outros sistemas pode representar uma contribuição no mínimo relevante para o desenvolvimento de um método de descentralização que não represente desvio da Administração na execução de competências.

Em outra linha de considerações, deverá continuar existindo uma legítima preocupação das empresas quanto à segurança jurídica de contratos e cláusulas. A solução mais conhecida, deste aspecto em particular, estaria na transparência da fixação de critérios e na divulgação sistemática dos precedentes que contribuem para catalisar a cultura antitruste e a visibilidade das interpretações administrativas. As empresas e seus consultores jurídicos ou econômicos, cabe-nos aqui ressaltar, não têm tido, e, pelo que se depreende do Projeto, continuarão não tendo à sua disposição uma base analítica juridicamente segura para o estudo dogmático. São várias as dificuldades (já indicadas por nós em outros momentos), e, entre elas, podemos ressaltar aqui algumas preliminares: 1) quais restrições estariam fora do âmbito da proibição geral; 2) quais restrições estariam dentro deste âmbito de proibição geral; e, neste caso; 2.1) quais restrições à livre concorrência merecem uma autorização ou isenção por seu caráter pró-competitivo; ou, ao contrário, 2.2.) quais restrições à livre concorrência representam uma infração contra a ordem econômica; e, por último, 2.3.) quais restrições merecem uma análise caso a caso. Finalmente, em caso de isenção, como saber se a excepcionalidade seguiria em vigor independentemente do incremento do *market share* da empresa cuja restrição foi isenta ou autorizada, e, caso a decisão não seja perene, outro problema seria inferir quais os riscos da perda de efeito da decisão administrativa. Se, por hipótese, o Sistema preferir simplesmente isentar determinadas restrições, igual o que ocorria na Europa dos anos 1960 e 1970, sem ter que disciplinar de maneira transparente a matéria mediante a análise administrativa de méritos, nenhuma das questões supra indicadas poderá ser respondida se o método (e hermenêutica) contemplar um mínimo de rigor científico.

Pode-se descentralizar a análise sem perda de segurança jurídica ou expor cidadão a uma furtiva ausência de tutela de suas liberdades. Isso depende, naturalmente, do arcabouço

institucional e da política que possa dirigir seus destinos. Não obstante, uma análise administrativa transparente e bem catalisada permite a análise em grupos de condutas, cláusulas e contratos, onde a reunião de precedentes individuais permitiria, ainda, não só a redação de diretrizes, como também, se for o caso, de verdadeiras isenções por categorias. Nessa hipótese, poder-se-ia, então introduzir uma verdadeira política de *minimis*[44] e não a mera generalização imprópria dos critérios aplicáveis ao abuso de posição dominante para categorias outras.

Em nossas atividades de pesquisa, temos considerado, em outras ocasiões, que a identidade do direito material pátrio com a normativa do TCE permite a realização de um paralelo interessante, a partir do qual é cabível concluir que, a dogmática do sistema europeu não seria incompatível com o nosso sistema pátrio um sistema dessa natureza. Ao contrario, mostra-se inequívoca a inspiração do Legislador pátrio no arcabouço jurídico-institucional Europeu, dada a inequívoca coincidência entre os textos legais. A prescrição legal do inciso I do artigo 20 da LDC (mantida no artigo 31 do Projeto), preliminarmente, tem os seus fundamentos assentados nos mesmos princípios informadores do chamado Direito Continental europeu, e remete, em grande medida, a sua interpretação dogmática àquela do artigo 81.1 do TCE (proibição geral). Com isso, fica assente que o estudo comparado não só procede como tem indubitável utilidade para a Administração e profissionais especializados, ainda que seja do ponto de vista instrumental e guardadas as peculiaridades de cada sistema. Como elemento adicional, a doutrina não refuta a idéia de que o Regulamento (CE) n. 17 evidencia-se como um congênere do artigo 54 da LDC, cujo âmbito de aplicação tornou-se atrofiado em decorrência da interpretação administrativa (e possivelmente, com morte decretada pelo Projeto). Essa impropriedade hermenêutica não contribui para o aperfeiçoamento do Sistema, já que existem mecanismos próprios para descentralização da análise. Em outra linha de considerações, a

[44] Isto é, qual o teto de quota de mercado uma empresa pode ocupar para fazer juz ao benefício da isenção automática por categoria, superada a quota teto no mercado relevante, sujeita-se a empresa ao regime geral de isenção individual. Na UE este teto tem sido fixado em 5% para determinadas categorias de acordos verticais. V. Regulamento (CE) 2790/1999. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., "*El Reglamento (CE) 2790/1999, de 22 de septiembre de 1999, sobre limitaciones verticales*", Actas de Derecho Industrial (Instituto de Derecho Industrial da Universidad de Santiago de Compostela), Tomo XX, Madrid – Santiago, Marcial Pons, 1999, págs. 1467-1473.

obrigatoriedade de notificação “ex ante” seria um elemento importante, pois evitaria a “irreversibilidade” de atos consumados.

Mais que isso, a estrutura dogmática e institucional do Sistema nacional não só estaria afeita a um controle mais intenso das condutas em geral, como, até mesmo justificaria a adoção de uma espécie sistema de isenção por categoria de acordos como ferramenta de descentralização de análise antitruste, nos moldes do artigo 81.3 do TCE e do Regulamento 17 da Comissão das CE e, por exemplo, poder-se-ia instituir resoluções como o que ocorre com o advento do Regulamento (CE) 240/96, haja vista a possibilidade de autorizações ou isenções de maneira análoga mediante o emprego combinado do artigo 27 com outras disposições da LDC.

Talvez seja esse um caminho natural a ser considerado para fins de estudos dogmáticos especializados, e possivelmente, um instrumento que contribua para reduzir a banalização de outros instrumentos que, a seu turno, foram usados por profissionais do direito no intento de substituir a “ausência” da disciplina da concorrência para determinadas categorias, até então, entendidas como menos relevantes pela Administração. Este seria ocaso, por exemplo, encontrado no Estado do Rio de Janeiro, que tem usado as disposições do CDC[45] como instrumento equivalente ao que seria um instituto de disciplina do funcionamento dos mercados (provocando assim um inchamento excepcional do âmbito de aplicação do CDC ao contemplar determinadas relações estritamente inter-profissionais como relações de consumo), o que só tem contribuído para banalizar o instituto e reduzir o caráter pedagógico da multa que, por ora, depreende-se incapaz de coibir parte substancial das infrações contra os direitos básicos do consumidor[46].

[45] Lei n. 8.078/1990.
[46] Art. 6º do CDC.

5. Conclusão

Uma reavaliação de rumos na política de concorrência vem sendo esperada desde a estabilização monetária proporcionada pelo plano real, e incrementada a partir de 2002. A grande mudança ainda não se concretizou, em que pese os avanços. Não obstante, o Projeto de Lei num 5.877/2005 indica uma aproximação de mudanças no horizonte. Como em 2001, ainda não existe precisão quanto à dimensão e real teor desta reavaliação política, não obstante, aventa-se uma ostensiva preocupação dos *policy makers* sobre a eficácia da LDC, até então, um tanto restrita aos atos de concentração.

O Projeto prevê uma reorganização institucional do sistema. Perde força o entendimento que levou a constituição do GIT na legislatura precedente, i.e., a instituição de uma eventual agência que arque com as atuais atribuições previstas nas normas de proteção e defesa da concorrência. Prevalecerá, por todo o exposto, o entendimento acerca da conveniência de matizar o que o Governo chama de "superposição de atribuições". Com isso, a SEAE tenderá a ocupar-se mais da análise sócio-econômica de atos de concentração e setores específicos (como os regulados e neo-regulados), enquanto a SDE, transformada em Superintendência-geral, e como órgão do CADE (e não mais do Ministério da Justiça), tenderá incluir no âmbito de aplicação da interpretação administrativa as, assim chamadas, condutas e dos atos de concentração. De antemão, pode-se concluir que sob a nomenclatura de "condutas" encontram-se mais elementos do que a paradigmática categoria de acordos horizontais dos cartéis.

Não se sabe, ainda, quais as implicações das normas adjetivas instituídas por medida provisória e já consagradas pela aprovação da Lei n. 10.149/2000 ou daquelas que estão por vir, por ocasião dos resultados futuros que advirão das conclusões dos pensadores da nova política, e, quiçá, da nova Lei. Mas, parece-nos que a perspectiva de não introdução de modificações de grande envergadura no âmbito do direito material vem se consolidando.

Outrossim, mais uma vez, não ficou previsto, *ab initio*, uma função de administrar que possa orientar o mercado e fomentar a segurança jurídica dos negócios efetuados no Brasil ou

que nele produza efeitos, como p. ex., no caso da edição de *Guidelines* ou Diretrizes de Isenção por Categoria. Ainda que tais diretrizes não limitem a análise judicial, contribuem para a formação de uma cultura antitrute e engendram um ambiente seguro para o empresário perante a Administração, mais que isso, constituem ferramenta útil para os profissionais da área e funcionam a serviço do consumidor.

BIBLIOGRAFIA

ASSAFIM, J.M. L., A Transferência de Tecnologia no Brasil: Aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual, Lumen Juris, 2005.

ASSAFIM, João Marcelo de Lima, "Aspectos do Direito de Defesa da Livre Concorrência Brasileiro: a Lei no 10.149/2000 e Perspectiva de Nova Política, Revista da ABPI no. 68, jan./fev. de 2004.

BARBOSA, Denis Borges, "Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual", Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002.

FRIGNANI, Aldo & Waelbroeck, Michel, Derecho europeo de la competencia, Vol. 4 del Comentario J. Mégret, Tomo I, Barcelona, Bosch, 1998.

KORAH, Valentine, An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice, 6a.Ed., Oxford, Hart, 1997, pp. 10 e ss.

LEHMAN, Michael, "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual and Industrial Rights", IIC, v. 16, 1985.

LEVIN, R, Empirical Studies of Innovation and Market Structure, in: CHMALENSEE, R, Handbook of industrial Organization, v.2, Elsevier Science, 1989. Merece destaque o estudo do conhecido microeconomista Edwin Mansfield (A New Look at the Patent System, American Economic Review, v. 76, 1986.

LUTZ, Helmut. Technologie-, Patent- und Know-how Lizenzvertrage im EG-Recht, Recht der Internationales Wirtschaft, Abril de 1996.

Oliveira Ascenção, José de, "Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade", Revista da ABPI, núm. 59, jul./ago. de 2002, págs. 49-49.

SILVA, M. M. Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência, Almedina, 2003.

Sobel, Gerald, “Antitrust and Technology”, in: Bender, D., Patent Antitrust, New York, Practising Law Institute, 1982.

SOLOW, Robert, “Technical Change and the Aggregate Production Function”, Review of Economics and Statistics.

STRAUB, Wolfgang, 15 GWB als Generalklausel des Rechts geegen vertragliche Wettbewerbs-beschränkungen, München, Florentz, 1986.

SULLIVAN, E. T., “The Foundations of antitrust”, in: SULLIVAN, E. T., The Political Economy of Sherman Act – The First One hundred Years, New York / Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 3-19, p. 6. “The monopolies and trusts were considered a political as well as an economic problem.”

A PROTEÇÃO DE PLANTAS PELO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL, ESTADOS UNIDOS E EUROPA

Kelly Lissandra Bruch[*]

Fabíola Wust Zibetti[**]

RESUMO

O presente estudo apresenta como propósito apresentar uma análise atual a respeito da internalização dos principais acordos internacionais que tratam da proteção das plantas pelos direitos de propriedade industrial, pelos Estados Unidos da América, Europa e Brasil. Este artigo baseia-se especificamente nas Atas da União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas, a UPOV/1978 e UPOV/1991, e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS). A partir desta análise tem-se que, enquanto nos Estados Unidos e na Europa essas normas implicaram na modificação e adaptação das normas internas, no Brasil houve a necessidade da criação de um marco normativo para a proteção de plantas no âmbito da propriedade intelectual. Essa situação resultou em significativas mudanças na regulamentação e adequação institucional, como os regimes e o alcance da matéria de proteção, adotados pelos distintos ordenamentos internos entre si e em correspondência aos tratados internacionais.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; PROTEÇÃO DE PLANTAS; VARIEDADES VEGETAIS.

ABSTRACT

This study proposes an analysis related to the internalization of the main international agreements on intellectual property protection of plants, by the United States of America (USA), Europe and Brazil. The present article is based on the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV), 1978 Act and 1991 Act of the UPOV Convention, and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). According this analysis, it is understood that, while in USA and Europe the internal rules were adapted and modified, in Brazil was

[*] Advogada; Doutoranda em Direito Privado - PPGD/UFRGS; Mestre em Agronegócios - CEPAN/UFRGS; Especialista em Direito e Negócios Internacionais - UFSC; Professora de Direito e Coordenadora de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia do Escritório de Inovação da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

[**] Advogada; Mestranda em Direito, área de Relações Internacionais – CPDG/UFSC; Especialista em Direito Empresarial - UFSC; Diploma de Direito de Propriedade Industrial e de Análise Econômica do Direito - Universidade de Buenos Aires, Argentina.

created a new legal framework of intellectual property protection for plants. This situation result important changes in the institutional structure and rules, such as the scope of the intellectual property protection, adopted by these different juridical systems, internally and internationally.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; PLANT PROTECTION; VARIETIES OF PLANTS.

1 INTRODUÇÃO

A proteção de plantas por meio dos direitos de propriedade intelectual, especialmente no Brasil é resultado da internalização de tratados internacionais. Muito se discute sobre tratados internacionais, bem como sobre são internalizados ou passam a fazer parte dos ordenamentos jurídicos dos Membros signatários dos tratados. Segundo Pellet et al,[1] as maneiras como os países determinam seu direito interno é livre, desde que de conformidade com o tratado. Contudo, verificar a abrangência desta conformidade pode exigir certo detalhamento.

Neste sentido, a finalidade deste trabalho é analisar como ocorre a conformação entre as ordens jurídicas internacionais e sua internalização pelos seus membros signatários, no que se refere à proteção de plantas pelos direitos de propriedade intelectual. Esta relação é abordada sob o aspecto material, analisando como os Estados Unidos da América (EUA), as Comunidades Européias (CE) e Brasil introduziram em sua ordem jurídica interna os acordos internacionais que regulam a matéria, especificamente as regras da Atas da União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV) e do Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS).

Esta análise é realizada mediante a apresentação das distintas formas pelas quais os EUA, CE e Brasil determinaram suas normativas internas que tratam da proteção de plantas, seja por meio da proteção de variedades vegetais[2] (cultivares), seja pelo regime de patentes, seja por ambos. Com este estudo se permite considerar as

[1] PELLET et al, 2003, p. 234.

[2] Entende-se cultivares e variedades de vegetais ou variedades de plantas como sinônimos. Uma variedade ou cultivar é uma variação de uma determinada planta dentro de uma mesma espécie vegetal. Por exemplo: há um espécie que se denomina *vitis vinífera* e dentro desta podem haver diversas variedades ou cultivares passíveis de proteção, como *merlot, malbec, cabernet sauvignon, tannat*, etc.

significativas diferenças na adoção e adaptação dessas normativas.

Para isso, trata-se inicialmente dos referidos acordos internacionais que regulam a proteção de plantas, passando-se a abordar a legislação vigente nos EUA, CE e Brasil, e, ao final, apresentam-se breves considerações.

2 – AS NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS À PROTEÇÃO DE PLANTAS

Diversos são os tratados internacionais que regulam a propriedade intelectual. Contudo, o presente trabalho aborda aqueles que tratam especificamente da proteção das plantas: as Atas da União Internacional para a Proteção de Novas Variedades de Plantas (UPOV, em francês) e o Acordo sobre os Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo TRIPS, em inglês).

A UPOV trata-se uma organização intergovernamental, com sede em Genebra, estabelecida por meio da Convenção para a Proteção de Novas Variedades de Plantas em 1961, em Paris, tendo sido revisada em 1972, 1978 e 1991. Ela tem como objetivo a proteção de novas variedades de plantas por meio de direitos de propriedade industrial e o desenvolvimento de novas variedades vegetais em benefício de toda a sociedade (UPOV, 2006). Atualmente se encontram vigentes dois tratados relativos à UPOV: a Ata de 1978 (UPOV/1978) e a Ata de 1991 (UPOV/1991).

De forma geral, a UPOV/1978 trata das formas e condições de proteção, como vigência, gêneros e espécies botânicas a serem protegidos, direitos conferidos, extensão de sua proteção e limitações. Em relação à UPOV/1991, este documento apresenta exigências mais limitadas à proteção de novas variedades vegetais, restringindo a sua proteção a apenas um regime,[3] ou seja, por patente ou por um sistema *sui generis* (art. 2, UPOV/1978). Para sua proteção devem ser cumpridos os requisitos de novidade, distingüibilidade, homogeneidade, estabilidade e denominação própria.[4] Além disso, pela UPOV/1978 não se obriga à proteção de cultivares de todas as espécies vegetais. O Brasil é signatário desta Ata.

A UPOV/1991 trata das exigências previstas na UPOV/1978, abordando os

[3] Esta proibição de acumular a proteção de cultivares com a proteção de patentes sobre um e o mesmo gênero ou espécie botânica, seguiu a linha da Convenção Européia de Patentes. (CORREA, 2000, P. 183)
[4] Art. 6 e 13, UPOV/1978.

pontos supracitados, contudo, ela vai além delas permitindo a proteção de cultivares por ambos os regimes concomitantemente. Ademais, ela exige a proteção de todos os gêneros e espécies botânicas. Os EUA e as CE são signatários deste documento.

No que tange ao Acordo TRIPS, ele foi consolidado no âmbito da Organização Mundial do Comércio, no Anexo 1.C de seu Acordo Constitutivo. Este Acordo estipula uma proteção mínima da propriedade intelectual em nível mundial, buscando uma harmonização do nível de proteção em todos os Membros e garantindo esta proteção mediante procedimentos judiciais pré-determinados que sejam ágeis e efetivos.[5] O referido Acordo, em suas exigências, não entra em conflito com as disposições previstas nas Atas da UPOV. Em seu texto, dentre outras disposições, o TRIPS determina que haja a proteção de variedades vegetais, seja mediante patentes, seja mediante um regime *sui generis*,[6]como no Brasil e nas CE, sejam por ambos os regimes, como nos EUA e na Austrália. Entretanto, ele permite explicitamente a exclusão da patenteabilidade de plantas pelos Membros em suas normas internas, de forma a permitir a possibilidade de proteção por apenas um regime *sui generis*.[7]

Em linhas gerais, estas são as principais disposições destas normativas internacionais no que tange às formas de proteção plantas pelos tratados internacionais referidos neste estudo. Para sistematizar estas disposições, e fazendo menção a outros elementos que constam nos referidos tratados apresenta-se a seguir o Quadro 1, que se refere a um quadro comparativo entre as disposições da UPOV/1978, da UPOV/1991 e do Acordo TRIPS.

Quadro 1. Comparativo entre as disposição da UPOV/1978, UPOV/1991 e Acordo TRIPs

Categoria	UPOV/1978	UPOV/1991	TRIPs
Gêneros e espécies protegidas	Cultivares selecionadas, Gêneros e espécies listadas.	Obrigatoriedade de proteção de todos os gêneros e espécies vegetais.	Todas as espécies de plantas e tecnologias adequadas, exceções.
Requisitos para concessão	Nova; distinta; homogênea; estável; denominação própria. Descrição completa.	Nova; distinta; homogênea; estável; denominação própria. Descrição completa.	Novo; atividade inventiva, aplicação industrial. Suficiência descritiva.

[5] PIMENTEL e DEL NERO 2002, p. 47-50.
[6] Art. 27, 3, b, Acordo TRIPS.
[7] Vide comentários de CORREA, 2000, p. 183

Direitos Conferidos:	Proibir (material multiplicação) a) produção para fins comerciais; b) oferecer à venda; c) qualquer comercialização.	Proibir: (material multiplicação) a) produção ou reprodução; b) acondicionar para fins de reprodução; c) oferecer à venda; d) qualquer comercialização; e) Exportação e importação; g) Detenção para fins comerciais.	Proibir: (todo) a) Uso de produto e ou processo patenteado, extensivo para material colhido. b) Produzir ou usar; c) oferecer à venda d) Comercializar; e) Importar.
Duração da Proteção	Não inferior a 15 anos, para as espécies em geral, e a 18 anos para árvores e videiras, a partir da concessão do direito do obtentor.	Não inferior a 20 anos, para as espécies em geral, e a 25 anos para árvores e videiras, a partir da concessão do direito do obtentor.	Não inferior a 20 anos da data do depósito.
Cultivares Derivadas	Não há previsão.	Proteção de uma cultivar essencialmente derivada.	Não há previsão.
Dupla proteção	Não menciona	Não menciona	Permite – *sui generis* e patente.
Exceções aos direitos dos obtentores	A autorização não necessária: a) utilização da cultivar como fonte inicial de variação com finalidade de criar outras cultivares, b) comercialização destas.	Restrição ao direito do obtentor: (obrigatório) a) atos de caráter privado, sem fins comerciais, b) atos praticados a título experimental, c) atos praticados com a finalidade de criar cultivares.	Não trata expressamente.
Exaustão dos direitos	a) Material de reprodução u multiplicação da cultivar. b) Pode se conceder ao obtentor direito mais amplo, podendo este se estender até o produto comercializado.	a) Material de reprodução ou multiplicação da cultivar; b) exportação do material de material da cultivar que permita sua reprodução para um país que não proteja esta cultivar, exceto para consumo final.	Exime-se de tratar deste tema expressamente.
Restrições ao exercício do direito	Interesse público, remuneração eqüitativa.	Interesse Público, Remuneração eqüitativa.	Licença compulsória, remuneração equitativa
Regulação da comercialização	O direito do obtentor independe das medidas que regulam a produção, certificação e comercialização de sementes e mudas. Mas não devem obstruir a aplicação destes direitos.	O direito do obtentor independe das medidas que regulam produção, fiscalização, comercialização, importação ou exportação das cultivares. Mas não devem obstruir a aplicação destes direitos.	Não trata expressamente.

Fonte: Elaborado com base em BRUCH (2006) e BRUCH & ZIBTTI (2006).

3 OS DISTINTOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS INTERNOS

Os Membros signatários de um tratado internacional ao internalizarem suas disposições em seu ordenamento interno atuam de forma autônoma em relação aos demais Membros. Assim, as normativas internas dos países, como o Brasil e os Estados

Unidos, e a normativa comunitária, no caso das Comunidades Européias, são distintas tanto no que se refere ao que pode ser protegido e em que condições, quanto em relação às formas de proteção das plantas. Neste sentido, este estudo aponta as distinções em relação aos EUA, CE e Brasil, complementando-se a análise com o Quadro 2, que apresenta uma síntese comparativa entre as disposições normativas dos respectivos países e CE.

3.1 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os EUA, signatários da UPOV 1991, adotaram para a proteção de plantas distintas e cumulativas formas de proteção por meio de direitos de propriedade intelectual. A proteção de plantas pode ser feita mediante a proteção de variedades de plantas (PVP - *Plant Variety Protection*), no caso de plantas sexuadas e tubérculos; a proteção por meio de patente da planta (*Plant Patent*), para plantas assexuadas; e/ou por patente de utilidade (*Utility Patent*) que abarca todas as espécies de plantas.

O *Plant Variety Protection Act*, que regula a proteção de variedade de plantas nos EUA, foi publicado em 1970 e revisado em 1994 para adaptar-se à UPOV/1991. O *Plant Variety Protection Office – PVP*O (USPVPO), agência do Departamento de Agricultura dos EUA, é responsável pela administração e concessão dos pedidos. Na proteção de variedade de plantas, as cultivares são protegidas segundo as espécies descritas pelo USPVPO, que em 2006 chegava a um total de 220 espécies, por 20 anos para as espécies em geral e de 25 para árvores e videiras, a contar da concessão da proteção. Esta proteção confere a seu titular direito de excluir terceiros da comercialização, do acondicionamento ou estoque, oferta à venda ou reprodução, importação, exportação ou uso para produzir um híbrido ou uma cultivar diferente, ou qualquer outra forma de transmissão da posse da cultivar, havendo certas exceções e limitações ao exercício[8] desses direitos.[9]

No que tange às patentes de plantas, o *Plant Patent Act*[10] criado em 1930 e

[8] Há exceções relativas a esta proteção. A primeira trata da possibilidade do agricultor salvar as sementes de cultivares protegidas para uso próprio (Vide Caso *Asgrow Seed Co. vs. Winterboer* 513 US 179 de 1995), mas esta exceção não permite que o agricultor transfira a propriedade desta semente salva para outras pessoas. A segunda trata da possibilidade dos pesquisadores utilizarem a cultivar protegida para melhoramento de plantas ou outras pesquisas. (STRACHAN, 2004).
[9] USPVPO, 2006.
[10] Veja-se *Unites States Code – USC Title 35 – patents*, em seu Capítulo 15 e no *Code of Federal Regulation – CFR Title 37 – Patents, Trademarks and Copyrights.*

posteriormente adaptado à UPOV/1991 que regula a matéria. O instituto responsável pelo depósito e concessão desta proteção é o USPTO (*United State Patent and Trademark Office*), havendo a participação e acompanhamento do Departamento de Agricultura dos EUS. Para sua concessão devem ser cumpridos os requisitos de novidade e distingüibilidade, e deve haver suficiência descrita do pedido, destacar a descendência da planta, apresentar desenhos que demonstrem os descritores novos. Além disso, é necessário o depósito de um exemplar da planta. Esta proteção também é aplicável às cultivares híbridas, mutantes e cultivadas, e sua vigência é de 20 anos a contar da data do depósito.[11]

Quanto à patente de utilidade, esta existente desde 1790 e tem sua atual conformação desde 1985. Ela é regulada pelo *Unites States Code* (USC), *Title 35: Patents* e pelo *Code of Federal Regulation* (CFR) *Title 37: Patents, Trademarks and Copyrights patents*. O USPTO é responsável pela concessão deste direito.

Importa ressaltar que a possibilidade de se proteger plantas por este regime não foi pacificamente estabelecida nos EUA, que somente após a decisão do caso J.E.M Ag. Supply v. Pioneer Hi-Bred[12], em 2001, que a Suprema Corte dos EUA decidiu em favor da proteção de inovações em plantas mediante o *Utility Patent*. Assim, o USPTO passou a conceder esta forma de proteção.[13]

Para sua concessão a invenção deverá atender aos requisitos de novidade e não obviedade. Além disso, há obrigatoriedade da publicidade da descrição da aplicação industrial e da melhor forma de sua execução, bem como do depósito do material. A patente pode abarcar uma cultivar, genes de uma planta, vetores de transferência de genes e processos para produção de plantas, dentre outros elementos. A proteção tem vigência de 20 anos contados da data do depósito.

3.2 COMUNIDADES EUROPÉIAS

Com relação à proteção de plantas no âmbito da propriedade intelectual, as

[11] USPTO, 2006.
[12] Neste caso a J.E.M. foi questionada pela Pioneer por estar violando um direito de patente desta. Em resposta a J.E.M. questionou a validade da existência de uma patente sobre uma planta, tendo em vista que havia uma forma específica para a proteção desta, no caso o *Plant Variety Protection Act*. A Suprema Corte dos EUA decidiu que o *Utility Patent* autorizava a proteção de plantas mediante patentes. Para maiores detalhes vide: *J.E.M Ag Supply v. Pioneer Hi-Bred Int'l, Inc.* 122 S. CT. 593 (2001), 122 S. Ct. 1600 (2002). (JANIS; KESAN, 2002, p. 1161 – 1164).
[13] JANIS; KESAN, 2002.

CE adotaram distintas formas para sua proteção. As normativas comunitárias que regulam a matéria são: a Convenção Européia de Patentes (CEP) de 1973, o Regulamento n. 2.100/94 do Conselho de 27 de julho de 1994, relativo à proteção de cultivares, e a Diretiva n. 44 do Parlamento Europeu e do Conselho de 06 de julho de 1998 (Diretiva 44/1998), que trata de patentes biotecnológicas. Ressalta-se que as CE aderiram em 2005 à UPOV/ 1991.

No âmbito das CE, o Regulamento n. 2.100/94 (Reg.) trata da proteção de cultivares, determinando que elas possam ser depositadas nos Estados-Membros das CE de forma individualizada (em cada país) ou no Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (ICVV), que é a agência européia que gere o sistema comunitário de proteção de cultivares.

Os requisitos para sua concessão são: distinção, homogeneidade, estabilidade e novidade.[14] A sua proteção é de 25 anos, para as espécies em geral, incluindo-se os híbridos[15], e 30 anos, para as videiras e plantas de uso em florestas[16], ambos contados a partir do ano subseqüente à data de sua concessão. Esta proteção confere ao titular a possibilidade de excluir terceiros no âmbito europeu, de: produção ou multiplicação, acondicionamento para efeitos de multiplicação, colocação à venda, venda ou colocação no mercado, exportação, importação, armazenagem para todos os fins. As exceções se encontram no artigo 14 e 15 do Reg. 2.100/94[17].

No que se refere à proteção por patentes, é proibida a concessão de patentes para espécies vegetais e para processos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais.[18] Contudo, há duas exceções a esta regra previstas no Regulamento n. 2.100/94, anteriormente analisado, e na Diretiva n. 44/1998, que trata de patentes biotecnológicas.

Na Europa um pedido de patente pode ser depositando em cada um dos

[14] Arts. 6, 7, 8, 9 e 10, do Reg.
[15] Art. 13, do Reg.
[16] Art. 19, do Reg.
[17] Segundo o artigo 14 do Reg. 2.100/94, os agricultores podem utilizar, para fins de multiplicação nas suas próprias propriedades, o produto da colheita que tenham obtido por plantação em sua propriedade de material de propagação de uma cultivar que não seja um híbrido ou uma cultivar artificial, que tenha proteção comunitária. Contudo, esta possibilidade se aplica somente às plantas forrageiras, cereais, batatas, plantas oleaginosas e fibrosas descritas no referido artigo. A exceção disposta no art. 15 do Reg. 2.100/94 determina que esta proteção não abranja: os atos praticados a título privado e com objetivos não comerciais, os atos praticados para fins experimentais, e os atos praticados para criar, descobrir e desenvolver outras cultivares.
[18] Art. 53, CEP.

escritórios nacionais de propriedade industrial ou uma única vez, com validade comunitária nos países escolhidos pelo depositante, por meio do Escritório de Patentes Europeu[19]. No âmbito do direito comunitário de patentes, a CEP define as invenções patenteáveis[20] e o que não é considerado invenção[21], determinando a duração dessa proteção por 20 anos a contar da data do depósito do pedido.[22]

Quanto à Diretiva 44/1998, esta trata das patentes biotecnológicas, determinando como patenteáveis as invenções que sejam novas, apresentem atividade inventiva e sejam suscetíveis de aplicação industrial, mesmo que se trate de matéria biológica ou que contenha matéria biológica ou sobre um processo que permita produzir, tratar ou utilizar matéria biológica.[23] Entretanto, não são patenteáveis as espécies vegetais, cultivares, bem como processos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais. Observa-se que as invenções que tenham por objeto vegetais, são patenteáveis se a exeqüibilidade técnica da invenção não se limitar a uma determinada espécie vegetal. Ressalte-se que estas proibições não alcançam processos microbiológicos ou outros processos técnicos ou ainda produtos obtidos mediante esses processos.[24] Como as demais, esta também impõe certas limitações[25].

3.3 BRASIL

No Brasil a proteção de plantas é realizada por meio de um sistema *sui generis* de proteção de cultivares, com base na UPOV 1978. Esta proteção foi instituída

[19] EPO, 2006. O EPO é um braço executivo da Organização Européia de Patentes, um organismo intergovernamental, cujos membros participantes das CE são contratantes desta Convenção. Desta maneira, a legislação que irá regular as patentes de invenção pode ser do país onde esta seja depositada ou sob os termos da Convenção Européia de Patentes.
[20] Art. 52, CEP.
[21] Art. 53, CEP.
[22] Art. 63, CEP.
[23] Art. 3º, da Diretiva.
[24] Art. 4º, da Diretiva.
[25] As exceções constam nos artigos 10, 11 e 12 da Diretiva 44/1998, em que a proteção não abrange a matéria biológica obtida por reprodução ou multiplicação de uma matéria biológica colocada no mercado europeu pelo titular da patente ou com o seu consentimento, se a reprodução ou multiplicação resultar necessariamente da utilização para a qual a matéria biológica foi colocada no mercado, desde que esta não seja usada em seguida para outras reproduções ou multiplicações (artigo 10). Segundo o artigo 11 da Diretiva, a venda ou outra forma de comercialização pelo titular da patente ou com o seu consentimento, de material de reprodução vegetal para um agricultor, para fins de exploração agrícola, implica na permissão do agricultor utilizar o produto de sua própria colheita para proceder, ele próprio, à reprodução ou multiplicação deste material. Conforme o artigo 12, quando um obtentor não puder obter ou explorar um direito de obtenção vegetal sem infringir uma patente anterior, este pode requerer uma licença obrigatória para a exploração não exclusiva da invenção protegida pela patente, mediante o pagamento de uma remuneração adequada. Esta exceção também é válida para o titular de uma patente relativa a uma invenção biotecnológica.

pela Lei n. 9.456 de 25 de abril de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 2.366, de 5 de novembro de 1997. Esta proteção alcança a nova obtenção vegetal, que seja distinguível de outras cultivares e espécies vegetais por um conjunto mínimo de características morfológicas, fisiológicas, bioquímicas ou moleculares, herdadas geneticamente. Estas características, denominadas descritores, devem se mostrar homogêneas e estáveis através das gerações sucessivas.[26] Por essa forma permite-se a proteção das sementes provenientes de melhoramentos genéticos.

Os pedidos de Proteção de Cultivares, que engloba novas cultivares e cultivares essencialmente derivadas, são feitos junto ao Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC), órgão do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA)[27]. Exige-se para a concessão desta proteção: distingüibilidade, homogeneidade e estabilidade da cultivar a ser protegida. Importa ressaltar que somente as espécies que tenham todos os seus descritores já estabelecidos e sua proteção já autorizada pelo SNPC são passíveis de proteção mediante proteção de nova cultivar ou de cultivar essencialmente derivada. A duração dessa proteção é de 15 anos, como regra, e de 18 anos para videiras, arvores frutíferas, árvores florestais e árvores ornamentais - não abrangendo a planta como um todo, mas apenas o material de reprodução ou multiplicação vegetativa. Esta forma proteção recai somente sobre o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta.

Contudo, no ordenamento brasileiro, vislumbra-se a possibilidade, embora que indireta, de proteção de plantas por meio do sistema de patentes. Embora isso não seja admitido, conforme dispõe o art. 2 da Lei 9.456/1997, na prática isso tem sido observado. O regime de patentes no Brasil é regulado pela Lei 9.279, de 1996 (LPI), tendo por base o Acordo TRIPS. O órgão responsável pela sua concessão é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). A vigência da patente, no Brasil, é de 20 anos a contar da data do depósito e de 10 anos a contar da concessão do pedido, prevalecendo o prazo mais longo. O modelo de utilidade, que se traduz em uma inovação incremental a outra já existente, tem prazo de 15 anos a partir do depósito e 7 anos a partir da concessão.[28]

[26] LOUREIRO, 1999, p. 39.
[27] Esta proteção não deve ser confundida com o Registro de Cultivares, também realizado no MAPA, registro necessário para que mudas e sementes possam ser multiplicadas e vendidas comercialmente independente do direito de exclusividade, conforme dispõe a Lei 10.711 de 05 de agosto de 2003.
[28] Art. 40, LPI.

Como dispõe o art. 8º da LPI, é patenteável a invenção que seja nova, apresente atividade inventiva e possua aplicação industrial[29]. Esta deve ser suficientemente descrita, exigindo-se conforme envolver microorganismo, o depósito da matéria viva. Quanto ao material biológico encontrado na natureza, em regra, deve ser associado a uma função para que seja considerada invenção. Para requerer a patente de uma determinada seqüência genética, a esta deve associar-se uma finalidade. Por exemplo: o gene de uma bactéria é isolado da natureza e inserido em uma semente, com a função específica de torná-la resistente à exposição de um determinado herbicida.

A LPI estabelece também um rol de invenções não passíveis de proteção mediante patentes[30], e um rol do que não é considerado invenção no Brasil.[31] Dentre esses, destaca-se que não é considerada invenção "o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais".[32] Ademais, não são passíveis de serem patenteados "o todo ou parte dos seres vivos", exceto os microorganismos transgênicos,[33] que não resultem de processos biológicos naturais, ou seja, desde que modificados pela ação humana em sua composição genética. Como exemplo, destaca-se: (a) Proteínas extraídas, sintetizadas ou purificadas a partir de fontes naturais; (b) Ácidos nucléicos; (c) Genes e seqüências de genes; (d) Oligonucleotídeos; (e) Vetores de clonagem (plasmídeos, fagos, cosmídeos); (f) Vírus, bactérias; (g) Organismos parasitários; (h) Células e linhagem de células; e (i) Vegetais e partes de vegetais.[34]

Esta matéria passa a ser mais bem esclarecida e regulada pela Lei de Biossegurança (LB), Lei nº 11.105, de 28 de março de 2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.591 de 22 de novembro de 2005. Tem-se então que além de se permitir o patenteamento de produtos e processos, admite-se a proteção do organismo em si, desde que geneticamente modificado.

A patente de invenção confere ao titular o direito a possibilidade de impedir terceiros, ressalvadas exceções, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar

[29] Algumas considerações às patentes biotecnológicas são feitas por CHAMAS; BARATA; AZEVEDO, 2004; e BERGEL, 2002.
[30] Art. 18, LPI.
[31] Art. 10, LPI.
[32] Art. 10, IX, da LPI.
[33] Art. 18, III, LPI.
[34] MARQUES, 2002. (art. 18, III),

os produtos objetos da patente e o processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, sem o seu consentimento.[35]

Abaixo se apresenta o quadro 2 que resume os regimes de proteção de plantas pelos diversos ordenamentos tratados neste trabalho.

Quatro 1 – Comparativo entre as disposições das normas internas dos EUA, Europa e Brasil						
Critério	USC e CFR	Plant Patent Act	PVP Act	ICVV	LPI	LPC
País	EUA - Desde 1985	EUA - Desde 1930	EUA - Desde 1970	CE - Desde 1995	Brasil – Lei n. 9.279/1996	Brasil - Lei n. 9.456/1997
Proteção	Patente de Utilidade (*Utility Patents)*	Patente de Plantas *(Plant Patent*)	Proteção de variedades de plantas	Proteção de variedades vegetais	Patente	Proteção de Cultivares
Instituição	USPTO	USPTO	PVPO	ICVV	INPI	MAPA - SNPC
Plantas protegidas	Genótipo da planta normalmente não encontrado na natureza.	Plantas de reprodução assexuada, cultivadas, mutantes e híbridas.	Plantas de reprodução sexuada.	Cultivares de todos os gêneros e espécies, e híbridos.	Microorganismos transgênicos com requisitos de patenteabilidade.	Nova cultivar ou derivada de todos os gêneros e espécies vegetais descritos.
Exceção da proteção	-	Plantas não cultiváveis plantas propagadas por tubérculos.	Primeira geração de híbridos e plantas não cultiváveis	-	O todo ou parte de seres vivos – plantas e animais	Há uma lista de variedades protegidas, as demais são excluídas.
Requisitos patenteamento	Novidade e não obviedade.	Novidade e distingüibilidade.	Distingüibilidade homogeneidade e estabilidade	Distingüibilidade homogeneidade, estabilidade e novidade.	Novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.	Novidade, distingüibilidade homogeneidade estabilidade.
Grau de Publicização	Descrição da aplicação industrial, melhor forma de execução, depósito do material novo.	Descrição mais completo possível, com fotos ou desenhos.	Descrição das novas características e da genealogia, mais depósito da semente.	Descrição da cultivar, da origem geográfica e identificação do táxon botânico.	Descrição suficiente, mais depósito.	Descrição da cultivar, com depósito de amostra viva.
Reivindicação	Da cultivar, de genes de plantas, vetores de transferência de gene, processos para produção de plantas, etc.	Reivindicação da cultivar única.	Reivindicação da cultivar única.		Reivindicação genérica, do gene, do vetor de transferência do gene, etc.	Reivindicação da cultivar.
Direitos	Exclusão de terceiros da: fabricação, uso, venda da invenção, ou de componente reivindicado na invenção.	Exclusão de terceiros da: reprodução assexuada, venda ou uso da planta reivindicada.	Exclusão de terceiros da: importação, venda, reprodução sexuada ou assexuada e distribuição; produção de um híbrido ou de uma nova cultivar, a partir da planta	Exclusão de Terceiros da: multiplicação, acondicionamento para multiplicação, colocação à venda, colocação no mercado, exportação a partir da CE, importação da CE,	Exclusão de terceiro de: produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto da patente e processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.	Reprodução comercial no território brasileiro. Exclusão de terceiros da: produção com fins comerciais, oferecimento à venda ou a comercialização do material de propagação da

[35] Art. 42, LPI.

			reivindicada.	armazenagem.		cultivar.
Exceções	--	Não se protege a reprodução sexuada de plantas reivindicadas. Não se protegem os produtos de plantas.	Exceção para desenvolvimento de um novo híbrido ou cultivar; para o agricultor guardar sementes; e provimento de licença compulsória.	Uso para fins de multiplicação nas suas próprias terras produto da colheita obtida por plantação, de material de propagação que não seja híbrido ou cultivar artificial para espécies determinadas .Atos praticados a título privado e com fins não comerciais, experimentais, para criar, descobrir ou desenvolver outras cultivares.	Uso sem finalidade comercial; experimento de pesquisa; fonte inicial de propagação para obter outros produtos; terceiro que ponha em circulação produto introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente, desde que não para multiplicação ou propagação comercial; licença compulsória.	Reservar e plantar para uso próprio; usar ou vender como alimento ou matéria-prima; utilizar como fonte de variação do melhoramento genético ou na pesquisa científica; multiplicação para doação ou troca exclusivamente entre pequenos produtores rurais; licença compulsória e uso público restrito.
Duração da proteção	20 anos da efetiva data do depósito (depois de 1995) 17 anos a partir da concessão (antes de 1995).	20 anos da data do depósito (depois de 1995) 17 anos a partir da concessão (antes de 1995).	Durante a análise do pedido (pendente), mais 20 anos da concessão (25 anos para videiras e plantas de uso florestal).	25 anos, em geral. 30 para videiras e plantas de uso florestal, a partir do ano subseqüente à sua concessão.	20 anos do pedido ou 10 da concessão. 15 anos do pedido ou 7 da concessão.	15 anos, geral; 18 anos para videiras e plantas de uso florestal, a partir da concessão.
Prioridade	Primeiro inventor nos EUA	Primeiro inventor nos EUA	Primeiro depósito nos EUA ou em país membro da UPOV	Primeiro depósito.	Primeiro depósito.	Primeiro depósito.

Fonte: Elaborado com base em KRATTIGER (2004), BRUCH (2006) e Bruch & ZIBETTI (2006).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o propósito do presente artigo, analisaram-se alguns aspectos da internalização de normas internacionais relativos à proteção de plantas pelos direitos de propriedade intelectual foram levados para o âmbito interno nos EUA, das CE e do Brasil.

A partir desse estudo pode-se considerar que, tanto os EUA como as CE apresentavam normas que regulavam o tema antes mesmo da elaboração dos tratados internacionais referidos neste trabalho, sendo suas normas exemplos seguidos nas negociações internacionais. Portanto seu resultado levou tão somente à adaptação e algumas modificações dos referidos ordenamentos internos de conformidade com as

normas internacionais. Diversamente no Brasil, ao internalizar as normas tratadas internacionalmente, foi criado um novo marco legal no que tange a proteção das variedades de plantas por meio dos direitos de propriedade intelectual, com poucas adaptações na legislação de patentes que existia.

Nesse sentido, no Brasil, isso resulta em uma criação de normas e regimes de proteção não debatidos internamente no Brasil, gerando certas inadequações e problemas quanto a sua aplicação em relação aos parâmetros internacionalmente estabelecidos. Ademais, é possível se observar significativas diferenças, que não necessariamente se contrapõem, quando regulamentação e adequação institucional pelos distintos ordenamentos internos entre si e em correspondência aos tratados internacional.

5 REFERÊNCIAS

BERGEL, Salvador. Requisitos y excepciones a la patentabilidad. Invenciones Biotecnológicas. In. _____. **Derecho de patentes.** Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, Año 1996, p. 13, Cap. I.

BRASIL. **Decreto 1.355**, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a ata final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.mre.gov.br>. Acesso em: 20 mar. 2006.

BRASIL. **Decreto 2.366**, de 5 de novembro de 1997. Regulamenta a Lei 9.456/1997, que institui a Proteção de Cultivares, dispõe sobre o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares – SNPC, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 jan 2006.

BRASIL. **Lei 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2006.

BRASIL. **Lei 9.456,** de 25 de abril de 1997. Institui a lei de proteção de cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2006.

BRUCH, Kelly Lissandra. **Limites do Direito de Propriedade Industrial de Plantas**. Dissertação (Mestrado em Agronegócios) – Centro de Estudos e Pesquisas em Agronegócios, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, 223 p.

BRUCH, Kelly Lissandra; ZIBETTI, Fabíola Wüst. Acordos Internacionais e sua internacionalização: um estudo de caso na proteção de plantas no âmbito da propriedade intelectual In: MENEZES, W. **Estudos de Direito Internacional: Anais do 4º**

Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2006, vol. VII. p. 283-294.

CHAMAS, Cláudia Inês; BARATA, Marta; AZEVEDO, Andréia. Proteção Intelectual de Invenções Biotecnológicas. In: Encontro Nacional da ANPAD, 28, 2004, Curitiba. **ANPAD 2004.** Curitiba: ANPAD, 2004. 12 p. Disponível em: < http://www.anpad.org.br/frame_enanpad2004.html>. Acesso em: 12 jan. 2005.

CORREA, Carlos M. **Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries.** New York: Zed Books, 2000.

JANIS, Mark D.; KESAN, Jay P. Intellectual property protection for plant innovation: unresolved issues after J.E.M v. Pioneer. **Nature Biotechnology**. v. 20, p. 1161 – 1164, nov. 2002.

MARQUES, J. P. Remédio. Patentes Biotecnológicas e Direitos de Obtentor de Variedades Vegetais: diferenças de regime e pistas para a respectiva articulação. **Direito Industrial**. Coimbra: Almedina, 2002. V. II, p. 163-231.

KRATTIGER, Anatole F. PVP and agricultural productivity. **IP Strategy Today**. n. 9, p. 4-5. 2004.

LINARELLI, John. Trade-related aspects of intellectual property rights and biotechnology: European aspects. **Singapore Journal of International & Comparative Law,** n. 6, p. 406-435, 2002.

LOUREIRO, Luis Guilherme de Andrade Vieira. Patente e biotecnologia: questões sobre a patenteabilidade dos seres vivos. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 116, p. 17-77, 1999.

PELLET, Alain; QUOC DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick. **Direito Internacional Público.** 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

PIMENTEL, Luiz Otávio; DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade intelectual. In: BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p 57-63.

STRACHAN, Janice M. Plant Variety Protection in the USA. In: ERBISCH, F.H.; MAREDIA, K.M. (Org.) **Intellectual Property Rights ins Agricultural Biotechnology**. 2. ed. Cambridge: CABI, 2004. p. 73-95.

UNIÃO EUROPÉIA. **Diretiva n. 44**, de 06 de julho de 1998, do Parlamento e do Conselho. Relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas. Disponível em: <http://www.europa.eu.int>. Acesso em: 10 jan 2006.

UNIÃO EUROPÉIA. **Regulamento n. 2.100**, de 27 de julho de 1994, do Conselho. Relativo ao regime comunitário da proteção das variedades vegetais. Disponível em: <http://www.europa.eu.int>. Acesso em: 10 jan 2006.

UNION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DES OBTENTIONS VÉGÉTALES (UPOV) **[site]**. 2006. Disponível em: <http://www.upov.int/> Acesso em:

20 dez. 2005.

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE (USPTO) **[site]**. 2006. Disponível em: <http://www.uspto.gov> Acesso em: 05 fev. 2006.

UNITED STATES PLANT VARIETY PROTECTION OFFICE (USPVPO) **[site]**. 2006. Disponível em: <http://www.ams.usda.gov/Science/PVPO/PVPindex.htm>. Acesso em: 10 fev 2006

VON LEWINSKY, Silke. L'Union Europeenne et la Propriété Intellectuelle. In: Colloque. **La regulation juridique des espaces economiques**: les integrations des processus d'integration au sien du GATT/OMC de L'Union Europeenne et de L'Alena, 1994, Rhône-Alpes. p. 215-220.

INOVAÇÃO TECNOLÓGICA: OS INTERESSES DO INVESTIDOR E DO PESQUISADOR-CRIADOR

Marco Antonio Lucas*

"*Abster-se dos bens alheios porque o homem esquece mais rapidamente a morte do pai do que a perda do patrimônio.*"
Maquiavel, O Príncipe

RESUMO

Pensar no direito da propriedade intelectual de acordo com o interesse público, analisando os fundamentos, princípios e objetivos constitucionais, a fim de melhor mensurar a divisão da remuneração entre investidor e criador, visando evitar o enriquecimento sem causa, levando em conta a dignidade da pessoa humana e, por intermédio dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, incentivar a inovação, promover o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades sociais.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL, INTERESSE PÚBLICO, INVESTIDOR, CRIADOR, DESENVOLVIMENTO NACIONAL, REMUNERAÇÃO, ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.

ABSTRACT

Think in the intellectual property law according to the public interest, analysing the basis, principles and constitutional objectives, in order to better measure the remuneration division between investor and creator, aiming to prevent the enrichment without cause, taking in account the human being dignity and by the intermediary of the work and free initiative social values, stimulate the inovation, promote the national development and reduce the social unequalties.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY, PUBLIC INTEREST, INVESTOR, INVESTOR AND CREATOR, NATIONAL DEVELOPMENT, REMUNERATION , ENRICHMENT WITHOUT CAUSE.

* Advogado, especialista em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma reflexão acerca da necessidade de melhor dimensionar a divisão dos resultados obtidos com a criação e a inovação, no intuito de que sirvam de estímulos tanto ao criador quanto ao investidor (que não é agencia de fomento), a fim de dirimir possíveis conflitos que surjam entre os agentes de inovação.

Muito se discute sobre a necessidade da mudança de paradigmas no direito da propriedade intelectual, no sentido de que ao invés de servir para o enriquecimento das pessoas ou de grupos econômicos ele realmente passe a servir ao interesse público, ou da coletividade como preferem alguns. Muitos são os pontos de vista sobre a titularidade e a forma de remuneração da criação. Obviamente, cada uma das partes entende ser detentora de maior direito do que a outra e isso é agravado pela pouca objetividade da legislação existente e, também, pela diversidade de pensamentos expressados pelo legislador.

Muitas das vezes o autor, ou criador, da idéia não dispõe de condições para fomentar o desenvolvimento de seu próprio projeto e tudo acaba “ficando no papel”. Com isso não só ele enquanto indivíduo deixa de obter ganhos, como perde a sociedade como um todo. Outras vezes o que atrapalha, também, é a falta de uma cultura empreendedora por parte do cidadão brasileiro uma vez que a nossa realidade é de que poucos são os incentivos ao desenvolvimento dos indivíduos de uma forma autônoma.

Verificam-se, então, duas situações: a) que o indivíduo deixa de desenvolver a criação por não dispor de condições financeiras para tal; b) que ele deixe de desenvolver a criação por não se sentir motivado, uma vez que não obterá a justa remuneração. Isso certamente vai de encontro ao interesse público e caberia ao poder público, detentor da função legislativa, resolver esse conflito com a edição de leis que garantissem o justo equilíbrio, quer tornando mais acessíveis os investimentos na área, quer diminuindo as diferenças entre criador e investidor.

Há, portanto, a necessidade de fazer a integração das várias normas existentes dentro do sistema jurídico-legal brasileiro, principalmente nos casos em que a lei é omissa. Ocorre que na maioria das vezes os conflitos de interesses surgem depois que se

deu o desenvolvimento da criação e as partes que cooperaram para um projeto se sentem prejudicadas por não estarem recebendo a justa remuneração.

Muito embora essas relações estejam reguladas por contrato, há que se questionar se os respectivos instrumentos estão em conformidade com o sistema-jurídico legal como um todo. Afinal, muito mais que o interesse das partes, há que ser levado em consideração o fato de que a simples proteção ao investidor ou ao criador não configura um benefício coletivo, eis que estudos já demonstraram que a partir do momento que se deu maior proteção ao direito autoral ou à propriedade intelectual como um todo, menor foi o número de obras criadas.

Outro fato que se deve ter em mente é que nos dias atuais o direito da propriedade intelectual está intimamente ligado à economia.

Há que se ter em mente, também, que a legislação deve ser interpretada sempre em consonância com o texto constitucional e, quando for omissa, com os princípios gerais do direito e equidade, no sentido de que se torne um instrumento auxiliar ao desenvolvimento nacional e não simplesmente a expressão garantidora dos interesses de grupos econômicos ou classes sindicais. Deve a lei fornecer garantias no sentido de tornar atrativo o investimento em novas pesquisas no que diz respeito às empresas e um incentivo ao desenvolvimento intelectivo, no que diz respeito ao criador.

Para atingir esse objetivo se tratará primeiramente do que representa a inovação em relação ao interesse social e desenvolvimento nacional da função legislativa em conformidade com o interesse social e posteriormente, a forma de se promover o desenvolvimento nacional promovendo uma integração de normas no sentido não causar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

1. INTERESSE SOCIAL E A INOVAÇÃO

Pode-se dizer que o indivíduo somente se sente motivado a “criar” quando já se encontra inserido em um ambiente onde dispõe de toda a infra-estrutura necessária para o aperfeiçoamento e desenvolvimento de sua idéia. Entretanto, pode muitas vezes, acontecer que o mesmo sofra um “bloqueio” pelo fato de não obter a justa remuneração pelo desenvolvimento do seu poder criativo, uma vez que as pessoas somente tendem a

fazer o que bom para si. Talvez possa ser isso um defeito da nossa espécie, identificado por Maquiavel, o qual aconselhou em sua obra O Príncipe a "abster-se dos bens alheios porque o homem esquece mais rapidamente a morte do pai do que a perda do patrimônio".[1] Isso demonstra que o homem dá imenso valor ao seu patrimônio e na maioria das vezes visa obter lucro com a sua capacidade inventiva.

Para se entender melhor os conceitos de criador, criação e inovação, utiliza-se como base a nomenclatura trazida pela própria legislação, no artigo 2º. da Lei de Inovação Tecnológica a qual considera:

> II – criação: invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador, topografia de circuito integrado, nova cultivar essencialmente derivada e qualquer outro desenvolvimento tecnológico que acarrete ou possa acarretar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento incremental, obtida por um ou mais criadores;
> III- Criador: pesquisador que seja inventor, obtentor ou autor de criação;
> IV – Inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços.

A realidade momentânea brasileira é de que nem todos têm acesso aos recursos disponibilizados pelas Agencias de Fomento.[2] Com isso as "mega-empresas, que patrocinam pesquisas, que combinam recursos públicos e privados, são também as que mantêm a posse e propriedade da tecnologia de ponta".[3]

Sabe-se que o Brasil pretende fortalecer o desenvolvimento de uma política de inovação e a nível federal se estudam propostas de melhorar as formas de fomento, a fim de promover o desenvolvimento de novas tecnologias. O Ministério da Ciência e Tecnologia possui programas de fomento para a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico, os "quais são dirigidos para a formação de recursos humanos e para o apoio à realização de pesquisas e à geração e disseminação de novas tecnologias, visando estimular a produção de conhecimentos necessários ao desenvolvimento sócio-econômico[4]".

E a inovação é considerada pelo Governo Federal como forma de Instrumento da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE), no sentido de agregar valor aos bens e serviços produzidos no pais e valorizar o

[1] MAQUIAVEL, 2001, Capítulo XVII.
[2] Vide inciso primeiro do artigo 2º. lei de inovação tecnológica.
[3] BARRAL; PIMENTEL, 2006, p. 27.
[4] Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/806.html>. Acesso em 31/05/2007

conhecimento. Aliás, a PITCE considera atividade portadoras de futuro a Biotecnologia, a nanotecnologia e a biomassa[5].

Noticiou-se recentemente que O BNDES além reduzir os juros, pretende "'quebrar paradigmas' e buscar outras formas pelas quais os tomadores de financiamentos para inovação possam dar alguma segurança"[6] àquele banco.

Obviamente tal medida não fará com que desapareçam imediatamente os conflitos existentes na área, mas ela pode reduzir sensivelmente os prejuízos advindos da falta de desenvolvimento da criação por parte daqueles que não se encontram inseridos em nenhum ambiente produtivo, bem como, não disponham de recursos para tal.

Mas até que se chegue a um modelo perfeito de fomento, é necessário se encontrar fórmulas que melhor dimensionem uma justa medida para a "divisão" dos ganhos obtidos com a criação. Para isso é necessário refletir sobre as normas existentes em nosso sistema jurídico e as suas possíveis lacunas, procurando se fazer uma perfeita integração.

Como base dessa integração chamou-se atenção para a aplicação dos princípios gerais do direito, entre eles o que veda o enriquecimento sem causa. Entre as normas a serem confrontadas estão a Constituição Federal, com seus objetivos e princípios e as demais legislações pertinentes à matéria, destacando-se: Lei nº. 9279, de 1996, sobre propriedade industrial, Lei nº. 9456, de 1997, cultivares; Lei nº 9609, de 1998, programa de computador, Lei nº 9610, de 1998, direitos autorais, e Lei nº 10.603, de 2002, sobre a informação não divulgada.

Em sua obra Propriedade Intelectual e Desenvolvimento, Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral expõem a delicadeza do assunto com muita propriedade, ao afirmar que "[...] foram promulgadas no Brasil várias normas para regularem e regulamentarem a propriedade intelectual, metaforicamente uma colcha de retalhos".[7]

E essa "colcha de retalhos" deve estar perfeitamente integrada dentro do nosso sistema jurídico, não só no que diz respeito à Constituição da República, como entre si e com as demais normas. Afinal, por mais que se utilize o critério hierárquico e

---

[5] Disponível em: <http://www.propesquisa.ufsc.br/sites/DPI/index.jsp?page=/arquivos/apresentacaoeidas.html> - Inovação - Instrumentos da Política Industrial, Tecnológica e de Comercio Exterior. Acesso em 29/05/2007.

[6] NEUMANN, 2007, p. A-5.

[7] BARRAL; PIMENTEL, 2006, p. 17.

de especialização para isolá-las das normas gerais, não se pode esquecer que existe o critério da obrigatoriedade conferido às normas que defendem o interesse público.

Inegável que é do interesse público o *desenvolvimento nacional*, regra, aliás, encampada como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme a redação do inciso II, do artigo 3º. da Constituição de 1988. E o desenvolvimento nacional deve compreender o desenvolvimento econômico, tal qual se deu na Índia, tornando o país mais urbanizado e diminuindo as desigualdades sociais[8].

Por ser uma economia de mercado é fundamental que o Brasil invista em inovações, a fim de aumentar a sua produtividade e competitividade, tal qual fez os EUA na maior parte do século XX, com suas novas tecnologias como o laser e em empresas como IBM, Xérox e Microsoft[9]. Conjuntamente com o investimento em inovações deve estar uma forma de proteção da criação.

O que se procura justificar é a importância do direito de propriedade intelectual, que assegure a difusão do conhecimento e possibilite, além de garantias ao criador, a transferência de tecnologias que é um elemento do desenvolvimento[10].

Tamanha é a complexidade da matéria que não nos cabe neste trabalho estudar as especificidades de cada norma, mas, tão-somente, confronta-las, nos pontos onde o legislador fixou a forma de se obter a justa remuneração para cada situação, tanto no que diz respeito à parte que atuou como autor intelectual no desenvolvimento da criação, como da empresa ou entidade que contribuiu com a alocação de instalações ou equipamentos, ou seja, o investidor.

A Lei da Inovação Tecnológica - Lei 10973/2004 – já reflete um novo conceito adotado pelo Brasil que é: "-servir de estímulo aos pesquisadores; - estimular o investimento em empresas inovadoras."[11] E dentre esses incentivos, estão os mecanismos que permitem participação do pesquisador nos ganhos econômicos decorrentes da exploração dos resultados da atividade criativa protegida, a possibilidade

[8] SACHS, 2005, p. 223
[9] STGLITZ, 2002, p. 421
[10] BARRAL; PIMENTEL, 2006, p. 25.
[11] BARBOSA, 2006, p. 3.

de afastamento de pesquisadores para constituir empresas inovadoras, a subvenção econômica e parcerias público-privadas, entre outras[12].

O Sistema Jurídico, por sua vez, não pode ser um empecilho a esse estímulo, mas, ao contrário, deve fornecer as garantias necessárias para os investimentos, tanto intelectuais como financeiros, atuando na interpretação de contratos, atribuição de titularidade, estipulação de indenizações, bem como resolver os conflitos surgidos entre o empregado criador e a empresa, entre outros[13].

Dessa forma, o sistema jurídico deve ter como norte o desenvolvimento nacional como um todo, tendo a propriedade intelectual como bem a ser tutelado. Como propriedade que são, tanto os direitos do criador como da empresa que investiu no desenvolvimento de um projeto, devem cumprir a sua função social.

2. DESENVOLVIMENTO NACIONAL E ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O artigo 5º da Carta de 1988 é categórico ao estabelecer garantias ao direito de propriedade e a expressão da atividade intelectual e científica, garantindo aos autores a exclusividade de utilização, bem como a proteção e privilégio temporário para sua utilização, levando em conta o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país[14]. Aliás, o texto é explícito ao afirmar, também, que (toda) a propriedade atenderá a sua função social[15].

Em um primeiro momento há uma troca do Estado com o particular, onde em contrapartida a uma proteção legal o criador tem o privilégio apenas temporário, para que em um segundo momento o conhecimento seja de domínio público.

Para Schumpeter, a inovação gera desenvolvimento o qual é "definido pela realização de novas combinações". Segundo o autor,

---

[12] Disponível em: <http://www.propesquisa.ufsc.br/sites/DPI/index.jsp?page=/arquivos/apresentacaoeidas.html.> - Inovação - Instrumentos da Política Industrial, Tecnológica e de Comercio Exterior. Acesso em 29/05/2007.
[13] BARRAL; PIMENTEL, 2006, p. 32.
[14] CF art. 5º, inc X; XXII; XXVII; XXIX.
[15] CF art. 5º, inc. XXIII;

> Esse conceito engloba os cinco casos seguintes: 1) Introdução de um novo bem – ou seja, um bem com que os consumidores ainda não estivessem familiarizados – ou de uma nova qualidade de um bem; 2) Introdução de um novo método de produção [...]; 3) Abertura de um novo mercado [...]; 4) Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados, mais uma vez independentemente do fato de que essa fonte já existia ou teve que ser criada; 5) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio [...] ou a fragmentação de uma posição de monopólio[16].

Da conjugação desses fatores deriva a norma inserida no artigo 218 do texto constitucional, segundo a qual o "estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas".

É no § 4º do referido artigo que vai se encontrar o balizamento para as legislações que tratam da matéria. Sem dúvida foi intenção do legislador constitucional promover um estímulo para que as empresas investissem na criação e no desenvolvimento de tecnologias no Brasil, bem como promovessem o aperfeiçoamento dos recursos humanos. Ficou clara, também, no mesmo parágrafo, a intenção do legislador constitucional de conjugar os incentivos às empresas com os interesses sociais, garantindo um sistema de remuneração que assegure ao empregado a participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade em seu trabalho.

Esse pensamento, contudo, não se refletiu na edição da Lei 9279 de 1996, que em seu capítulo XIV trata da invenção e do modelo de utilidade realizado por empregado ou prestador de serviço. Em seu artigo 88, o texto legal estabelece que "a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil" e salvo estipulação contratual em contrário a retribuição pelo trabalho limita-se ao salário ajustado. E, ainda, "salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até um ano após a extinção do vínculo empregatício." A concessão de participação, portanto, limitou-se a mera faculdade[17].

[16] SCHUMPETER, 1985, p. 48-49.
[17] A interpretação utilizada aqui foi a literal e por mera faculdade se entende a inclusão da palavra "poderá" no artigo 89 da Lei 9279 de 1996.

Referida lei regula até mesmo casos desnecessários como o de pertencer exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização dos recursos ou qualquer outro elemento do empregador.

Diz a lei em seu artigo 91 que a "propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos [...] do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário", sendo garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado a justa remuneração.

Difícil é saber o que o legislador entendeu por justa remuneração uma vez que não faz qualquer referencia no texto da forma pela qual se dará a divisão dos resultados. Verifica-se no Decreto 2.553 de 1998, o qual regulamenta os artigos 75 e 88 a 93, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, a intenção de suprir essa omissão, uma vez que este garante aos servidores da Administração pública direta ou indireta que desenvolverem criação (invenção) premiação que não poderá exceder a um terço do valor das vantagens auferidas pelo órgão ou entidade com a exploração da patente ou do registro, não sendo, obviamente, incorporada aos salários dos empregado ou vencimentos dos servidores.

Chama a atenção, também, a redação do § 5º do Decreto 2.553 de 1998, a qual afirma que na "celebração de instrumentos contratuais de que trata o artigo 92 da Lei n 9.279, de 1996, serão estipuladas a titularidade das criações intelectuais e a participação dos criadores." A redação é vaga porque o artigo 92 faz menção aos artigos anteriores pertencentes ao mesmo capítulo, dando a idéia de que ao regulamentar a Lei se procurou fixar a obrigatoriedade da estipulação da titularidade das criações intelectuais e participação nos lucros, sendo portanto o preceito cogente, devendo ser obedecido sob pena de nulidade do negócio jurídico.

E assim deveria ser, porque conforme visto esse pensamento vai ao encontro do interesse público.

Outra lei anterior ao referido Decreto é a Lei de Cultivares, Lei 9456 de 1997, onde a linha de pensamento era a mesma da Lei 9.279 de 1996, tendo em vista que segundo a redação o empregador ou tomador tem a exclusividade dos direitos sobre

as novas cultivares, bem como cultivares essencialmente derivadas que forem desenvolvidas pelo empregado ou prestador de serviços. Houve, ainda, uma ampliação no prazo de presunção da obtenção durante o contrato de trabalho que neste caso é de 36 (trinta e seis) meses.

Na mesma linha agiu o legislador ao editar a Lei de Programa de Computador – Lei 9.609 de 1998, a qual em seu artigo 4º. Afirma que pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos a programa de computador desenvolvido durante a vigência do contrato ou vínculo estatutário. Pode-se dizer que houve uma pequena evolução no artigo 5º, no que diz respeito à derivação pelo titular pertencer à pessoa autorizada que as fizer.

Porém, novamente a Lei não contempla os princípios constitucionais que recomendam uma participação nos ganhos econômicos, tendo em vista que não estabelece de forma clara como se estipulará uma justa remuneração.

Em relação a isso a Lei 10.973 de 2004, denominada Lei da Inovação Tecnológica, representa um grande avanço pelo fato de que assegura,

> Ao criador participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos, auferidos pela ICT, resultantes de contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação protegida da qual tenha sido o inventor, obtentor ou autor, aplicando-se, no que couber, o disposto no parágrafo único do art. 93 da Lei nº 9.279, de 1996.(Art.13)

Fez o legislador de forma explícita, o que pretendeu fazer o Decreto 2.553 de 1998 que é garantir a aplicação dos preceitos constitucionais, bem como agir de acordo com o interesse público, fixando pela primeira vez um percentual mínimo para o criador e possibilitando a ampliação as outras Leis existentes pela utilização dos critérios de integração das normas no sistema jurídico.

3. COMENTÁRIOS SOBRE AS FORMAS DE INSERÇÃO DA NORMA

Não se pode dizer que a legislação é omissa, mas sim que o legislador preferiu omitir tratar do assunto no que diz respeito à obediência aos próprios fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme já citados: III - a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Nesta mesma esteira, não foi ao encontro dos objetivos, também, fixados na Carta Maior, que é promover o "desenvolvimento nacional", pelo fato que não contemplou alguns princípios inseridos no artigo 5º, quando assegurou ao criador sob a vigência do contrato do trabalho não mais do que aquilo que lhe é de direito, ou seja, os seus vencimentos.

Ao pensar estar garantindo os direitos do investidor e desta forma assegurando o incremento de recursos na pesquisa de desenvolvimento, ou impedindo uma fuga desse capital, o legislador pode ter criado um problema no que diz respeito ao outro lado da medalha que é o proprietário da capacidade intelectiva - o qual não tendo assegurado nada mais do que já lhe é de direito - não se sentir impulsionado a fazer além daquilo que lhe é de dever. Isso sem falar no total desrespeito às normas constitucionais. Parecem desconhecer que o indivíduo se "empenha incessantemente para descobrir o mais vantajoso emprego para o capital de que dispuser. De fato é o próprio benefício [...] que tem em vista[18]".

Fundado nisso, pode ocorrer que após ter sido firmado um instrumento contratual as partes entrem em litígio sobre qual foi a real participação de ambas no desenvolvimento da criação. Pode ocorrer que hipoteticamente durante o transcorrer da contratação o criador, se utilizando dos recursos e instalações do investidor, obtenha uma criação diferente daquela pactuada e se sinta prejudicado caso não receba por ela. Uma vez que Lei se omite em relação aos critérios, grande é a dificuldade de se chegar a um denominador comum do que se entende por justa remuneração. A solução é ir buscar critérios de integração e interpretação das normas.

O artigo 4º do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil - afirma que havendo omissão "o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." E, ainda, diz o

[18] SMITH, 2003, p. 564.

artigo 5º que “, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Tem-se, então, que o legislador já reconheceu a impossibilidade de prever todas as hipóteses passíveis de ocorrer na vida real, pelo fato de não poder simplesmente capta-las em meras “formulas legislativas”[19]. Caso contrário os códigos se transformariam em extensas obras e de difícil manuseio.

Por isso a existência de lacunas ou obscuridade na Lei não é motivo que impeça o juiz de aplicar o direito, conforme dispõe o artigo 126 do Código de Processo Civil. Não obstante, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) amplia ainda mais essa forma de preencher as lacunas, dando ao artigo 8º a seguinte redação:

> Art. 8º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Pode-se dizer que a redação da CLT, apesar ser da década de 40, é a que mais se amolda ao texto constitucional para tratar da presente matéria, uma vez que contempla a supremacia do interesse público sobre qualquer interesse de classes ou particular. Ao contemplar a equidade e outros princípios e normas gerais do direito, aborda, mesmo que de forma implícita os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o princípio do não enriquecimento sem causa.

Pela razoabilidade e proporcionalidade se deve buscar a exata medida da participação do criador na aplicação da sua capacidade intelectiva e outros atributos e ao investidor a real contribuição com o fomento para do desenvolvimento da criação seja através de emprego de capital, utilização de equipamentos etc.

No princípio do não enriquecimento sem causa, aliás, é que se deveria refletir ao procurar estabelecer o quociente de justa remuneração para o criador, o qual estabeleceu a Lei de Inovação Tecnológica deve ser fixado entre 5% (cinco por cento) e 1/3 (um terço) dos ganhos econômicos auferidos pela ICT.(Art.13)

[19] MONTEIRO, 1989, P.38

Não é justo que ao trabalhador que reconhecidamente colaborou com sua capacidade intelectiva e foi o criador da inovação, mesmo que durante a vigência do contrato de trabalho, seja assegurado, tão-somente, aquilo que já lhe é de direito pelo simples cumprimento da sua jornada de trabalho. Mas, também, não é justo que uma empresa aloque todos os materiais, instalações, equipamentos e insumos necessários ao desenvolvimento da criação e não seja ressarcida em seu investimento.

O princípio do não enriquecimento sem causa não é uma invenção da doutrina, mas, ao contrário, pode há muito ser encontrado no direito comparado como parte integrante da legislação, tal qual ocorreu com o projeto do Código Civil Italiano de 1942, que o inseriu no livro IV concernente às obrigações[20].

No mesmo sentido o Novo Código Civil que não só reconhece expressamente no artigo 206 que prescreve "em três anos: IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa", como, também, deu à matéria um capítulo próprio no artigo 884. E ao fazê-lo, deu maior amplitude ao princípio o que permite a sua aplicação no caso em tela.

Segundo Maria Cândida do Amaral kroetz,

> Quando o Novo Código Civil optou por consagrar, no artigo 884, uma cláusula geral que institui uma fonte genérica de obrigações, segundo a qual o enriquecido fica obrigado a restituir o benefício auferido às custas de outrem, abriu um vasto leque de possibilidades para a aplicabilidade do enriquecimento sem causa[21].

Com isso, qualquer das duas partes, criador ou investidor, que se beneficiar mais do que a sua efetiva participação no processo criativo estará obrigado a restituir a outra parte. Trata-se de artigo novel e que não tem dispositivo corresponde no Código Civil de 1916.

O termo "à custa de outrem" se aplica tanto para o criador que se beneficia das instalações e recursos do investidor, como para o investidor que paga ao criador tão-somente o salário. Eis o motivo da perfeita integração das normas, tendo em vista mensurar corretamente a participação de cada uma das partes de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que somente se pode fazer caso a

[20] MONTEIRO, 1989, p.38
[21] Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009065.pdf>. Acesso em: 30/05/2007.

caso uma vez que o direito não comporta a "clausura das tipologias aprioristicas[22]". E sabe-se que as obrigações derivam da lei ou do contrato, sendo que ambos devem estar subordinados ao texto constitucional sob pena de serem inválidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com isso se verifica que muito mais do que uma simples faculdade do empregador ou um anseio do criador, a justa remuneração é uma questão de interesse público, não só no que diz respeito aos valores sociais do trabalho e livre iniciativa ou dignidade da pessoa humana, mas, também, como forma de desenvolvimento nacional conjugando economia e direito de propriedade intelectual.

O estudo dos fundamentos, princípios e objetivos constitucionais e o seu cotejo com as legislações pertinentes à matéria, demonstrou que as modificações trazidas pela Lei da Inovação Tecnológicas, não são um mero acaso e sim uma realidade que deve ser entendida como salutar para garantir o desenvolvimento tecnológico e econômico do nosso país. Afinal não se pode dar ao trabalhador quando do desenvolvimento da criação apenas aquilo que já é seu por direito, tampouco sonegar de quem investiu o direito de ter a justa contraprestação pelo emprego do seu capital. Isso sem dúvida importa em enriquecimento sem causa.

Deve-se evitar a visão limitada de país subdesenvolvido com medo de afrontar os interesses dos grandes grupos econômicos, tampouco, se deve transformar a questão em uma plataforma de reivindicações de grupos ou entidades sindicais. A realidade é que a questão da valorização do criador e reconhecimento da importância do investidor seja enquanto empresa ou ICT, deve ser encarada no sentido positivo, indo ao encontro do interesse de toda a coletividade.

É preciso abandonar definitivamente o velho paradigma de que o direito da propriedade industrial deve servir ao escopo de formar milionários, ou como proteção de monopólios detentores das maiores parcelas dos grandes mercados. Muitos cultivam na propriedade intelectual o sonho do "eldorado", tendo como exemplos pessoas que

[22] Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009065.pdf>. Acesso em: 30/05/2007.

fizeram fortunas com suas invenções, ao contrário de pensar em agregar valor à sociedade com suas criações, ganhando individualmente de forma racionalizada, e, por via de conseqüência, coletivamente com o desenvolvimento econômico do país e a redução das desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.

BARBOSA, Denis Borges. Direito da Inovação. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BRASIL. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009065.pdf>. Acesso em: 30/05/2007.

BRASIL. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/806.html>. Acesso em 31/05/2007.

BRASIL. Disponível em: <http://www.propesquisa.ufsc.br/sites/DPI/index.jsp?page=/arquivos/apresentacaoeidas.html> - Inovação - Instrumentos da Política Industrial, Tecnológica e de Comercio Exterior. Acesso em 29/05/2007.

MACHIAVEL, Nicolau. *O príncipe.* 2ª. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque . *Direito constitucional internacional*. São Paulo: Renovar, 2000.

NEUMANN, Denise. BNDES terá juro menos para empresas com projetos de inovação. *Valor Econômico*. São Paulo, p. A-5, de semana 18, 19 e 20 de maio de 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Rousseau e as relações internacionais*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003.

SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SMITH, Adam, 1723-1790. *A Riqueza das Nações, Vol 1*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STIGLITZ, Joseph E. *Microeconomia*. Barcelona. Ariel Economia, 2002.

O *SOFTWARE* INSTITUTO DE DIREITO AUTORAL *SUI GENERIS*

Marcos Wachowicz*

RESUMO

Na busca de apresentar novas reflexões sobre a problemática da proteção jurídica do *software* em face da Revolução da Tecnologia da Informação. A hipótese central da tese refere-se à tutela do *software* enquanto instituto *sui generis* do Direito Autoral, que deve estimular a difusão da Tecnologia da Informação e propiciar o surgimento de inovações tecnológicas inerentes à Sociedade Informacional. Para tanto, a metodologia adotada parte da análise dos principais tratados internacionais que regulamentam a Propriedade Intelectual, das Diretivas Européias e das regulamentações já adotadas no exterior e no Brasil quanto ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: REVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO; SOFTWARE; PROPRIEDADE INTELECTUAL

ABSTRACT

The present work tries to show new thoughts on the problems involved in the *software* law protection in view of the Information Technology Revolution. This theses central hypothesis is the software protection *sui generis* an intellectual law that must stimulate Information technology dissemination and technological innovations concerning Informational Society. The present study aims at showing the importance of *software*, using a methodology based on the analysis of the main international agreements that regulate Intellectual Property, on the European Directives and on the rules and regulations already in use in Brazil and foreign countries.

KEYWORDS: INFORMATION TECHNOLOGICAL REVOLUTION; SOFTWARE; INTELLECTUAL PROPERTY

* Professor de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor permanente no Curso de Pós-Graduação – programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e Direito e Tecnologia da Informação. Autor das obras: Direito Internacional Privado. Negócios Internacionais. Tecnologia; Propriedade Intelectual do software e Revolução da Tecnologia da Informação. E-mail: marcosw@ccj.ufsc.br

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Os Direitos Morais. 1.2. Os Direitos Patrimoniais. 1.3. Os Direitos Conexos. 2. Os Requisitos básicos do *software* para o Direito Autoral. 2.1. Função utilitária do *software*. 2.2. A originalidade relativa. 2.3. A expressão da idealização do software. 2.4. A fixação do programa para o registro no INPI. 3. A titularidade da propriedade intelectual do *software*. 3.1. A Titularidade quanto ao Modo de Criação. A) A obra individual. B) A obra de colaboração. C) A obra coletiva. 3.2. A Titularidade do *Software*: empregador ou empregado. 4. Considerações Finais. Referências.

1. Introdução

O Direito Autoral trata da propriedade literária, científica e artística, protegendo o autor e seus sucessores em relação às obras criadas. O direito de autor foi objeto de várias convenções internacionais a partir da Convenção de Berna em 1886, e suas revisões foram incorporadas no ordenamento interno brasileiro.

O Direito Autoral confere ao seu titular uma exclusividade de utilização da obra, entendida como o direito de utilizar, publicar, divulgar e reproduzir quantos exemplares forem necessários para atingir o público a que se destina a obra. Trata-se, pois, de direitos individuais, subjetivos, de caráter absoluto, que por um determinado tempo serão exercidos pelo autor e/ou seu titular. Os Direitos Autorais se categorizam em Direitos Morais, Direitos Patrimoniais e Direitos Conexos.

1.1 Os Direitos Morais

A expressão Direitos Morais, no Direito Autoral, tem sua origem na doutrina francesa baseada na teoria dualista, que reconhecia no direito do autor elementos de duas ordens diferentes: uma pautada na relação criativa entre o autor e sua obra e outra, no direito de utilização da obra economicamente (*droit de suíte*).

Os Direitos Morais do autor seriam reconhecidos e introduzidos no direito internacional pela Convenção de Berna, a partir da Revisão de Berlim de 1908, por não possuírem qualquer categoria estética e serem direitos subjetivos do titular dos direitos autorais, de caráter personalíssimo.

Contudo, na Rodada do Uruguai em 1994 a disposição final do TRIPs não obrigou aos Estados-membros a cumprir o disposto no artigo 6 bis da Convenção de Berna, que estabelece no seu ordenamento jurídico interno a tutela dos direitos morais do autor.

Neste sentido, pode-se compreender melhor o atual estágio do direito de *copyright* e sua relação com os direitos morais. Isto porque, com a adesão dos Estados Unidos à Convenção de Berna no ano de 1988, esperava-se como conseqüência uma ampliação na legislação do país no conteúdo moral do *copyright.* Detecta-se, no entanto, uma repercussão limitada apenas às legislações estaduais dos estados da Califórnia, Massachusetts, Nova Iorque e Louisiana. Assim, o reconhecimento de direitos morais no sistema *copyright* está muito distante do sistema europeu continental e latino-americano.[1]

No Brasil os direitos morais do autor já estavam consagrados a teor do artigo 25 da Lei n.º 5.988/73. A nova Lei n.º 9.610/98 veio apenas ampliar os direitos morais em consonância à Convenção de Berna, independentemente do TRIPs.

A Lei brasileira[2] indica distintas prerrogativas irrenunciáveis e inalienáveis que são atribuídas ao autor da obra, como os direitos: de personalidade ou paternidade, que liga definitivamente o autor como criador intelectual de sua obra; de denominar a obra, que é a atribuição exclusiva do autor de livremente nominar sua obra; de inédito, que consiste na possibilidade, a critério do autor, de não publicar ou divulgar sua obra; de modificação, em que só o autor poderá proceder a qualquer alteração, adaptação ou

---

[1]Neste sentido ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 4; SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002, p. 48.

[2]"A Lei 6.910/98 inovou em matéria de direito moral, criando em parte, restrição ao seu exercício, no que diz repeito à retirada de circulação ou de suspensão de utilização já autorizada. A restrição reside no fato de limitar o exercício de tal direito moral a hipótese em que a "circulação ou utilização implicarem afronta" a reputação ou à imagem do autor. É tema que, por certo, suscitará muita divergência, tanto no campo doutrinário quanto no próprio cumprimento da lei, não sendo difícil prever que daí advirão muitas demandas". SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998, p. 25.

revisão da obra; de retirada ou arrependimento, que compete exclusivamente ao autor; de repúdio de projeto; e de integridade da obra, a qual não poderá ser mutilada ou dividida sem prévia anuência do autor.

Contudo, tratamento diverso é dado ao *software*. A Lei n.º 9.609/98 é categórica ao prever, no parágrafo 1.º do artigo 2.º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, significando que a autoria de um programa de computador não pode ser transferida para uma titularidade alheia.

Os direitos morais são personalíssimos. Sua transferência somente ocorrerá por *causa mortis* do autor a seus sucessores, no exercício do direito, mas nunca na autoria dos mesmos. Isto nos termos do parágrafo primeiro do artigo 24 da Lei n.º 9.610/98. Aponta Luiz Fernando Gama PELLEGRINI:

> O legislador foi bastante claro, ao determinar que por morte do autor os direitos morais previstos nos incisos I a IV do artigo 24, transmitem-se aos herdeiros. Qual o alcance deste parágrafo? Trata-se, em primeiro lugar, da aquisição do exercício de direitos, e não dos direitos morais, uma vez que o art. 27 determina expressamente serem os direitos morais inalienáveis e irrenunciáveis. Vale dizer, que ocorrendo a morte do autor, os herdeiros passam a ter o exercício dos direitos morais, adquiridos através sucessão *causa mortis*, que consiste na preservação da obra, manutenção da sua integridade.[3]

O autor de um *software* será sempre o seu criador, podendo a qualquer tempo reivindicar a paternidade, inclusive seus herdeiros.

Independentemente do exposto, a questão da extensão dos direitos morais e sua aplicabilidade no tocante ao *software* merece maior atenção de análise, pois os

---

[3]PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 21.

direitos morais do criador do *software*, de opor-se à paternidade do programa de computador e de opor-se a alterações não-autorizadas, persistirão após o prazo de proteção de cinqüenta anos, depois do qual o *software* cairá em domínio público, uma vez que tal direito se reveste de quatro características fundamentais: é um direito pessoal, perpétuo, inalienável e imprescritível.[4]

Da mesma forma pode-se indagar sobre a quem competirá a defesa da integridade de um *software* que eventualmente venha a cair em domínio público, o qual poderá ser livremente reproduzido. Neste caso, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 2.º da Lei n.º 9.610/98, que atribui competência ao Estado na defesa da integridade e autoria da obra.

A complexidade desta hipótese ainda é maior quando analisada a reciprocidade do princípio do Tratamento Nacional da Convenção de Berna e de Paris, em que estão asseguradas a cada nacional de todo Estado-membro as mesmas garantias que sejam asseguradas a um deles, incluindo-se as novas adesões; quer dizer, competirá ao Estado brasileiro, composto pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a competência comum para a proteção de programas de computador já de domínio público. Ou, ainda, como hipotiza Hercoles Tecino SANCHES, quando alguma Organização Não-Governamental ou uma pessoa física pretender defender a autoria ou a integridade de obra de terceiros caída já no domínio público, deverá ela provocar a iniciativa do Estado.[5]

Portanto, as questões que revestem os direitos morais sobre o *software* e seus desdobramentos ainda estão por ocorrer, uma vez que tais direitos são imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.

1.2 Os Direitos Patrimoniais

---

[4]Neste sentido ver Antonio CHAVES in RT 433/11.

[5]Neste sentido ver SANCHES, Hércoles Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999, p. 101.

A Convenção de Berna em seu artigo 7.º protege os direitos patrimoniais por toda a vida do autor, mais cinqüenta anos após a sua morte, podendo os países signatários fixar outros prazos, desde que não inferiores.

A legislação francesa de 11 de março de 1957 veio estabelecer em seu artigo 1.º que o autor de obra intelectual goza, em relação à mesma pelo fato de ser sua criação, de um direito de propriedade incorpórea, exclusivo e oponível a todos. Entende o legislador francês que este direito comporta atributos de ordem oral, bem como atributos de ordem patrimonial.

Os direitos patrimoniais do autor, também denominados de *droit de suite*, são basicamente os direitos que implicam o uso, gozo e disposição da obra. Consistem na faculdade do autor de autorizar ou não a divulgação da obra, e estipular as condições de uso da obra, a teor do disposto no artigo 28 da Lei n.º 9.610/98. Assevera Eliane Y ABRÃO que:

> Publicada a obra, acrescem aos direitos morais que lhe são inatos, os direitos chamados patrimoniais, ligando o autor à exploração econômica dela. (...) Os direitos patrimoniais geram receita ao autor que são do ponto de vista financeiro, chamados simplesmente de rendimentos (*royalties*). (...) Os direitos patrimoniais de autor representam um valor agregado à obra, e a eles fazem jus todos os criadores da obra intelectual na comercialização dela.[6]

O artigo 41 da Lei Brasileira dispõe que os direitos autorais de cunho patrimonial perduram por toda a vida do autor, mais setenta anos contados a partir de 1.º de janeiro do ano subseqüente ao seu falecimento, estando, portanto, em simetria com o disposto na Convenção de Berna.

A transmissão dos direitos patrimoniais pode ser total ou parcial e, ainda, definitiva ou temporária.

Toda e qualquer alienação dos direitos patrimoniais somente terá validade se for expressa, e somente será definitiva se estipulada em contrato, caso contrário o prazo máximo de transferência será de cinco anos.

---

[6] ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo : Editora Brasil, 2002, p. 81.

Ademais, a transferência total ou parcial da obra sempre é considerada onerosa, podendo ser averbada à margem do registro da obra no órgão competente. Do contrato de cessão devem constar as obras que estão sendo cedidas, bem como as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço, a teor do artigo 50 da Lei n.º 9.610/98.

Portanto, qualquer instrumento de cessão de direitos patrimoniais de autor terá sua interpretação sempre restritiva, havendo de se atender estritamente às condições avençadas em contrato, sendo a utilização da obra sempre permitida nas formas expressamente elencadas no instrumento.

A Revolução Tecnologica com a informática e a digitalização das obras de artes, literárias e musicais, implicou a existência das mesmas agora em uma nova dimensão, a que se denomina de realidade virtual, dando a estas obras contornos antes inimagináveis.

Os recursos informáticos de tratamento de um livro por meio de programas de computadores são inúmeros, a saber: a digitalização do teor do livro por meio de um *software* de editoração de texto; a digitalização do livro em si por meio de um *software* que reproduza a imagem de cada página do livro; a digitalização do teor do livro que agregue recursos de multimídia sons e imagens; a digitalização do livro em forma de hipertexto possibilitando que o leitor não tenha apenas uma leitura linear do livro mas navegue em seu conteúdo; a digitalização do livro por meio de *softwares* interativos que possibilitam ao leitor escolher o final do livro.

Assim, os bens intelectuais adquiriram, no ambiente informático, possibilidades de novos contornos e dimensões, inclusive de disponibilização, utilização e reprodução.

Neste sentido, a Lei n.º 9.610/98, em seu artigo 29, veio disciplinar categoricamente que dependerá de autorização prévia expressa do autor: a inclusão da obra em bases de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e demais formas de arquivamento do gênero, não se tratando de proteção à cópia eletrônica

armazenada, mas ao titular da obra; e o emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares.

Assim, para o armazenamento na memória dos computadores de qualquer obra tutelada pelo direito autoral, será necessária autorização prévia e expressa do seu titular, sob pena de caracterizar violação de direitos autorais; o mesmo se aplica na sua comunicação por sistemas óticos, fios e cabos de qualquer tipo utilizados para a conexão de computadores na internet.

Especificamente no tocante aos programas de computador, os direitos patrimoniais se referem: à comercialização dos programas de computador; ao licenciamento de uso do programa; e aos direitos de transferência de tecnologia, a teor do artigo 9.º da Lei 9.610/98, cuja exploração econômica será determinada pela pessoa que detém a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o *sofware*.

1.3 Os Direitos Conexos

Os direitos conexos são definidos pela doutrina como sendo análogos ao direito autoral do titular da obra, mas pertencentes a outras classes afins, como artistas, intérpretes, produtores, dentre outros. Aponta Delia LIPSZYC que:

> *A pesar de que las expresiones derechos conexos, derechos vecinos y derechos adines evocan cierta analogía con el derecho de autor, su utilización respecto a tutela de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión así como los otros beneficiarios, parece deberse más a las resistencias que siempre origina el reconocimiento de nuevos derechos – y que induce a recurrir a asimilaciones a derechos ya consagrados – que la existencia real de semejanzas, pues el objeto de protección son actividades que – en las palabras de Desbois – concurren a la difusión, no a la creación de obras literarias y artísticas.*[7]

Portanto, por se tratar de direitos de conteúdo não-autoral equiparados aos de autor, pelo fato de seus titulares atuarem e difundirem obras intelectuais, estes não possuem proximidade ou liame com a tutela jurídica do *software*, caracterizando-se

[7] LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires : UNESCO, 1993, p. 348.

também por este aspecto como instituto *sui generis*. Isto, muito embora a Lei nº 9.609/98 em seu artigo 2.º tenha conferido ao programa de computador o regime de proteção previsto na legislação de direitos autorais e conexos.

2. Os requisitos básicos do *software* para o direito autoral

A tutela pelo Direito Autoral de um *software* se prende ao fato de que este, como bem intelectual, apresente alguns requisitos básicos.

2.1. Função utilitária do *software*

O *software* e as obras científicas não apresentam a esteticidade como elemento fundamental,[8] uma vez que, em princípio, a função estética se encontra nos domínios das obras artísticas, literárias e musicais.

Contudo, a execução do *software* em determinado *hardware* possui características de funcionalidade que lhe são próprias, sem as quais não teria tutela pelo direito autoral.

A função estética do programa de computador pode ser percebida nas inúmeras telas interativas existentes que possibilitam sua interface com o usuário, ainda que não resida nesta forma estética o elemento fundamental, mas antes na função utilitária intrínseca ao *software*, que o torna capaz de fazer com que determinado equipamento informático realize e desempenhe determinada função.

[8]Neste sentido ver: ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 57. Em sentido contrário ver: BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.ª Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária. 2003, p. 21.

2.2 A originalidade relativa

A originalidade de um *software* deve ser verificada pelo conjunto de expressões que compõem o programa de computador, de modo a não se confundir com outro preexistente.

Não se exige no desenvolvimento de um programa o requisito da novidade absoluta, contudo, o aproveitamento de parte de soluções encontradas em programas de titularidade de terceiros retira a possibilidade de atribuição de autoria, na medida em que constituir-se-á violação de direitos autorais de seu legítimo criador.

Portanto, a utilização da descrição de um determinado programa para estabelecer um outro programa de computador idêntico, ou praticamente idêntico, ou uma descrição do programa de computador praticamente idêntico, é procedimento que viola o direito autoral.

Ressalte-se que o *software* está protegido não só como programa em si, mas também todo o material de apoio, divulgação e descrição do programa, conforme estabelece a OMPI e a Diretiva do Conselho, n.º 91/250/CEE.[9]

Assim, a originalidade de um programa de computador não se prende à idéia, que pode ser inspirada em *softwares* anteriores, mas à materialização original desta em um suporte físico.

2.3. A expressão da idealização do *software*

A doutrina[10] admite a distinção entre *corpo misticum*, entendida como a criação que deve ser exteriorizada e inserida num suporte, e *corpus mecanicum*, entendido como suporte físico em que está fixada a obra.

---

[9]Cf.: WACHOWICZ, Marcos. **O Regime Jurídico do Software no Brasil**. Revista Jurídica, ano XVI, n.º 14, Faculdade de Direito Curitiba, 2001, p. 124.

[10]BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.ª Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2003, p. 20.

A concepção ou a idealização de um *software* somente terá proteção quando estiver expresso com suficiência descritiva a ponto de ser individualizado pelo conhecimento informático.

O direito autoral não protege a idéia em si mas a expressão da idéia em um programa de computador, quer dizer, a maneira pela qual o programa opera, controla e regula o computador ao receber, reunir, calcular, armazenar, relacionar e produzir informações úteis, seja no monitor, impresso ou por áudio comunicação.

2.4. A fixação do programa para registro no INPI

A fixação da obra intelectual tutelada pelo Direito Autoral, que consiste na imagem da criação do primeiro exemplar de um livro, o que difere do conceito de reprodução, que consiste na cópia de determinada obra em uma multiplicidade de exemplares, não encontra adequação linear no caso do *software*.

A fixação do *software* em um determinado meio físico não é requisito básico para sua tutela pelo direito autoral, pois o mesmo poderá ser indeterminável, como identificar o meio físico em que o *software* foi criado pela primeira vez.

Contudo, a fixação do *software* em determinado meio físico é condição indispensável para seu registro junto ao INPI, a teor do artigo 3.º da Lei n.º 9.609/98, que exige: a identificação e a descrição funcional do programa; e os trechos do programa e outros dados que se considerarem suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade.

3. A titularidade da propriedade intelectual do *software*

Na Sociedade da Informação e no meio tecnológico a ela inerente o *software* é possuidor de alto valor econômico. Nesta perspectiva o Direito Autoral se apresenta como o mais indicado para tutela e proteção, bem como para coibir a reprodução não-autorizada, preservando a possibilidade de que a idéia tenha livre fluxo, para que

continue disseminando o conhecimento humano e o desenvolvimento pleno da Sociedade da Informação.

Daí a importância, no estudo do bem informático que é o *software*, da análise do sujeito ativo, do titular e do criador da obra intelectual.

O programa de computador como expressão de um conjunto de algoritmos em linguagem codificada que contém um conjunto de instruções legíveis e executáveis em um determinado computador se afasta da figura clássica do criador de uma obra literária.[11] No caso do *software*, a questão ganha novos contornos, principalmente no que tange à sua criação. Com efeito, ela muitas vezes pode se afastar da figura clássica do criador e sua obra estabelecida no Direito Autoral.

A relação entre autor e obra criada é fundamental na compreensão do primado clássico do direito intelectual pautado pelos ditames das Convenções de Paris e de Berna.

A noção clássica do criador de obra literária ou científica, sendo o autor a figura humana cuja mente gera entidades novas, é a visão do espírito criador de obras, cuja criação não deve ser idêntica a qualquer outra obra anterior, devendo guardar suficiente originalidade criativa com efeitos exteriores.

Ocorre que, com a Revolução Tecnológica, torna-se possível a criação de obras sem que nenhum autor humano possa ser individualizado. O processo de criação do *software* afasta-se da noção clássica de criador de obras literárias ou científicas pautada na individualidade do criador do bem intelectual.

3.1 A Titularidade quanto ao Modo de Criação

O modo de criação da obra intelectual que adveio do ambiente tecnológico da informática tornou possível a criação de obras sem que nenhum autor humano pudesse ser individualizado, a exemplo de uma composição musical obtida por meio de um

[11] A exemplo dos textos literários de Machado de Assis, cuja proteção de Direito Autoral liga de forma definitiva o autor e sua obra.

software, que, sincronizado ao movimento captado pela lente de uma câmara filmadora, viesse a produzir sons aleatórios – não seria possível, nesse caso, a atribuição linear de titularidade ao programador do *software*.

Este novo modo de criação pode ser percebido com clareza por meio de uma análise do processo de desenvolvimento dos programas de computador, como obra individual, obra de colaboração e obra coletiva.

A) A obra individual

A princípio há que se ter claro que o autor[12] a quem se atribui o esforço intelectual para a criação de uma obra, sendo o titular originário desta, pode, eventualmente, transferir no todo ou em parte seus direitos para terceiros.[13]

No caso das obras literárias, artísticas e científicas protegidas pela Lei n.º 9.610/98, a obra individual é fruto do intelecto de um único indivíduo, o qual terá atribuição plena dos seus direitos autorais, quer dizer: direitos morais inalienáveis; e direitos patrimoniais e conexos, que são passíveis de alienação a terceiros.

Porém, como já visto, tratamento diverso é dado à criação do *software*, mesmo que este seja fruto do esforço intelectual de um programador isolado. Embora tal programador possa ser individualizado como a pessoa que criou o programa, a Lei n.º

[12]No direito brasileiro o autor é definido pela Lei n.º 9.610/98. Artigo 11 – Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único - A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos em lei.

[13]"Autor é palavra ambígua. Mesmo juridicamente, ela pode designar: a) criador intelectual; b) o titular originário, c) o titular atual. Esta terceira hipótese resulta da possibilidade de o direito de autor passar do titular originário a outras pessoas." ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p. 69.

9.609/98 é categórica ao prever no parágrafo 1.º, do artigo 2.º, que não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais.[14]

Assim, no caso específico do *software*, os direitos morais do criador sofrem limitações, mesmo que individualizável na pessoa do programador isolado. Restará, apenas para este, a integridade dos direitos patrimoniais, pois, em princípio, os direitos conexos de radiodifusão e execução pública não lhe são pertinentes.

A titularidade dos direitos autorais e a autoria é do programador isolado sobre o *softtware* que produziu.

B) A obra de colaboração

Há obra de colaboração quando a criação do *software* é fruto de esforços de várias pessoas, surgindo a situação jurídica da co-autoria, na qual a títularidade dos direitos autorais é compartilhada(Lei n. 6.910/98 – art. 5º). Atualmente, o processo de criação do *software* implica muitas vezes o esforço de um grupo de pessoas: cada um que participar do projeto com o seu intelecto será co-autor.

Ressalte-se que o bem intelectual produzido pelos mesmos será parte indivisa, pressupondo caber a cada autor participação igual e proporcional sobre o programa, salvo estipulação em contrário por escrito.

A temática de direito autoral do *software* produzido em comum ganha novos desdobramentos, na hipótese de os direitos morais serem exercitados individualmente. Isto é, poderá ocorrer a qualquer tempo, quando um co-autor, na defesa de seus direitos morais, se opuser às alterações realizadas no programa por ele não-autorizadas; quando as alterações implicarem em deformação, mutilação ou outra forma de modificação que

[14]Ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de opor-se à paternidade do programa de computador e o direito de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador.

entenda indevida do *software*; e quando entender que as modificações prejudicam sua honra ou sua reputação.

C) A Obra coletiva

A obra coletiva se apresenta quando é realizada por pessoas diferentes, mas organizadas por uma pessoa singular ou coletiva. A Lei n.º 9.610/98 veio considerar a obra coletiva, como sendo "a criação por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma".

A complexidade de trabalhos que envolvem a criação e desenvolvimento do *software* muitas vezes é fruto do esforço intelectual de uma equipe de técnicos, analistas, engenheiros, que são constituídos e organizados por uma terceira pessoa, física ou jurídica, que teria a atribuição dos seus direitos autorais sobre o bem intelectual produzido. A obra é o caso de uma coletiva havida por iniciativa e responsabilidade de uma *software house*. Esta obra coletiva será comercializada com o nome e a marca da *software house*.

Na criação de um bem informático, a distância entre a idéia da criação de um novo programa e sua realização envolve conhecimentos complexos no que tange à tecnologia, *know-how* e direitos autorais. A título de exemplo, analisa-se a informatização de uma máquina de lavar. Tal projeto enseja que uma *software house*, para o desenvolvimento do programa, aplique e compartilhe sua tecnologia com outra empresa, a indústria que fabrica a máquina, que por sua vez é detentora de *know-how* próprio. O desenvolvimento do *software* necessariamente passará pela fusão dos conhecimentos da tecnologia da informática com o *know-how* das empresas que possuem tutela jurídica específica de Direito Industrial.

No âmbito do Direito Autoral, a análise implica a idéia de que os analistas terão necessariamente que intercambiar conhecimentos com outros ramos técnicos, a tal

ponto de conhecerem perfeitamente o funcionamento normal da máquina que terá tecnologia embarcada. Neste aspecto, é importante apontar com clareza quem é efetivamente o titular destes direitos. Quando o *software* é fruto da conjugação de esforços de várias pessoas surge a situação jurídica da co-autoria, na qual a titularidade dos direitos autorais é compartilhada. É o que se denomina de obra de colaboração. Contudo, havendo subordinação celetista, estatutária ou contratual da equipe de pessoas para com terceiros, de quem partiu a iniciativa de organização para a criação do bem informático, a titularidade pertencerá exclusivamente ao contratante.

3.2 A Titularidade do *Software*: empregado ou empregador

Na prática, a criação e o desenvolvimento de programas é realizado por pessoas diferentes, mas organizada por uma empresa da área de informática.

É a obra coletiva que necessita de contrato escrito específico.[15]

Com a edição da lei, o Brasil perfila em sintonia com a tendência internacional de aplicar aos programas de computador a sistemática das obras por encomenda e produzidas por trabalhadores assalariados, o que é acolhido pelo Direito Industrial (Lei n.º 9.279, de maio de 1996, artigos 88 a 93), cuja propriedade industrial pertencerá ao empregador. Importante é a observação de José de Oliveira ASCENSÃO:

> Reforça-se consideravelmente a posição da empresa, o que é uma constante do regime criado para os programas de computador em todo o mundo. Na realidade, na produção de programas de computador a posição das grandes empresas é fundamental. Basta pensar que ninguém conhece um programa por ser do Sr. X, mas por ser da Apple, ou Microsoft.[16]

---

[15] *"La natura pratica dei programi e la dissociazione loro própria tra contenuto e forma rende il complesso delle norme in tema di modi di acquisto a titolo originário del diritto di autore difficilmente aplicabile. Il programa, difatti; raramente costituisce opera spontanea di singolo individuo; normalmente, é opera colletiva eseguita su incarico di um committente; talvolta può essese realizzato meiante l'elaboratore estesso in base ad altri appositi programi. Di conseguenza la norma fundamentale in matéria di diritto di autore, quela per cui il diritto spetta al creatore dell'opera, diventa, in tema di programmi, uma norma di difficile aplicazione."* GIOANNANTONIO, Ettore. **Manuale di Diritto dell'informatica**. 3.ª Ed. vol. 1. Milão : CEDAM, 2001, p. 189.

[16] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 199, p. 670.

Neste particular, é importante uma reflexão sobre a legislação específica da Lei n.º 7.646/87 revogada pela Lei n.º 9.609/98. Alerte-se que antes da publicação da Lei n.º 7.646/87, a Secretaria Especial de Informática – SEI, em relatório oficial da Comissão Especial de Automação de Escritórios era categórica: um empregado de uma empresa tem o direito de autoria do *software*, a não ser que este empregado seja especificamente contratado para desenvolver aquela obra (neste caso pertenceria à empresa).

A orientação normativa da SEI era de que simplesmente contratar programador não garantia à empresa a titularidade do programa, mesmo que este usasse todos os equipamentos, recursos e instalações da empresa. Porém, com o advento da primeira Lei de *Software* de 1987, estabeçeceu-se entendimento diverso, outorgando titularidade exclusiva ao empregador ou contratante dos serviços (Lei n.º 7.646/87 - Art. 5.º).

O texto legal é vago ao utilizar a expressão "expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento". Ora, o que significa programa destinado a desenvolvimento? Na hipótese de que um determinado grupo de pessoas, de determinada empresa, venha a desenvolver concomitantemente programas para a empresa e para o grupo, cuja natureza não seja expressamente destinada à pesquisa e desenvolvimento, poder-se-á discutir judicialmente a distinção entre propriedade intelectual da empresa como obra coletiva e do grupo como obra de colaboração.

Ou, ainda, na hipótese de não ter sido o empregado registrado, mas apenas contribuído com o seu intelecto para a idealização e desenvolvimento, tal situação irregular de contratação de mão-de-obra pode dar margem a discussões e litígios sobre a titularidade do *software*.

Nos contratos de trabalho e nos de prestação de serviços entre empresas, em que pese haver determinação expressa em Lei sobre a quem pertencerá o *software* desenvolvido, dada a complexidade de conhecimentos inerentes no desenvolvimento do

programa, o instrumento contratual deverá especificar com clareza quem será o titular dos direitos autorais.[17]

É preciso ter claro que, para que o *software* pertença ao empregador, é necessário que o empregado tenha o contrato destinado à pesquisa e ao desenvolvimento, ou nele constar a atividade do empregado, servidor ou prestador de serviços, ou ainda decorrer o desenvolvimento do programa da própria natureza dos encargos contratados, bem como o próprio desenvolvimento e a elaboração terem sido realizados durante a vigência do contrato ou do vínculo estatutário. Fora destes casos, o empregado terá direito autoral sobre o programa de computador.

Importante evidenciar ainda que é atribuição e obrigação do empregador, por força de lei, o fornecimento de todos os instrumentos de trabalho ao seu funcionário. Assim, no caso do desenvolvimento de um *software*, deverão ser de propriedade do empregador todos os equipamentos (*hardwares*), bem como todos os *softwares* que se fizerem necessários para o desenvolvimento do sistema. Quer-se com isso dizer que se todos os *softwares* chamados básicos utilizados pelo empregado na criação do novo *software* forem de propriedade deste e não do empregador, o sistema desenvolvido poderá ser discutido judicialmente sobre a titularidade em co-autoria.

O desenvolvimento de programas de computador, não raras vezes, é realizado em instituições de ensino superior, muita destas com programas voltados à elaboração de projetos de pesquisa, de criação e desenvolvimento de *softwares* por alunos e professores.

Surgem questões como: O vínculo celetista ou estatutário do professor será suficiente para se afirmar que o *software* resultante é de propriedade intelectual da instituição? Os alunos que atuaram ativamente em todo o desenvolvimento poderão ser

---

[17]"Mesmo havendo determinação expressa em lei sobre quem é o dono do programa desenvolvido, as empresas, em seus contratos de trabalho com pessoal técnico e nos contratos em geral, de desenvolvimento de sistemas, devem fazer constar cláusulas específicas sobre o assunto." CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Sofware**. **Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática**. São Paulo : ADCOAS, 2000, p. 34.

considerados co-autores do *software*? Se na contratação do professor está claro o seu envolvimento com a produção da pesquisa promovida pela instituição, pertencerá a esta o programa?

Os acadêmicos não possuem vínculo empregatício ou estatutário, sua relação com a instituição é de outra ordem, razão pela qual é necessária a existência de um contrato em que fique estipulado se o *software* a ser produzido será de propriedade exclusiva da instituição; caso contrário, vislumbra-se a situação de obra de co-autoria.

Considerações Finais

A construção jurídica empreendida no âmbito internacional, capitaneada pela OMC, pela própria amplitude e abrangência dos direitos intelectuais que engloba o acordo TRIPs, não percebe as especificidades intrínsecas do *software*, que o diferencia dos demais bens intelectuais protegidos pelo Direito Autoral ou Industrial. De tal sorte, vislumbra-o como parte isolada da Revolução Tecnológica, definindo-o sem considerar o todo em que está envolvido.

É preciso analisar a proteção tecnológica da informática de maneira sistêmica e integrada entre os demais bens informáticos; a saber, a proteção patenteária do *hardware* e do *firmware* é vintenária.

Em primeiro lugar, considerando que todo avanço tecnológico é fruto de investimentos que devem ser recuperados com a proteção intelectual da inovação, e que, no setor informático, o tempo entre o lançamento da inovação e sua obsolescência é inferior a dois anos, a proteção ampliada agora para cinqüenta anos é inócua na prática para a maioria absoluta dos *softwares* existentes no mercado.

Em segundo lugar, deve-se considerar que os avanços tecnológicos na área de informática conjugam pesquisa e desenvolvimento tanto de *hardwares* como de *softwares*, isto é, *softwares* cada vez mais elaborados requerem *hardwares* cada vez mais potentes, com capacidade para processá-los. A tecnologia de *hardware*, portanto, cairia em domínio público trinta anos antes daquela prevista para o *software*.

Em terceiro lugar, considerando o *firmware* como um bem híbrido, parte *software*, parte *hardware*, os investimentos dispendidos para sua inovação tecnológica não podem ser dissociados; não há como justificar a existência da disparidade de proteção industrial e autoral se a tecnologia tem a mesma origem e funcionalidade.

Em quarto lugar, toda inovação tecnológica é fruto de investimentos que devem ser recuperados com a proteção do bem intelectual. A projeção de retorno dos investimentos de inovações de *hardwares* sendo de vinte anos faz com que o custo do produto seja projetado para um retorno até esse limite. De igual modo, a proteção do *software* que, de vinte e cinco, passou para cinqüenta anos, implicaria que aqueles custos de investimentos inicialmente previstos para vinte e cinco anos, já retornaram, o que justificaria o *plus* de mais vinte e cinco anos, a não ser a mantença ou criação de monopólio.

A falta desta percepção sistêmica do *software* como elemento indissociável da Revolução Tecnológica acarreta também a existência de imprecisões no seu tratamento ao tentar amoldar programa aos clássicos institutos de Direito Autoral, no caso de publicação de uma obra.

É preciso ter claro que o *software* não é publicado. Daí, diante desta imprecisão de técnica legislativa, podem-se vislumbrar as dificuldades para a comprovação do termo inicial de contagem do prazo prescricional.

Contudo, pode-se considerar o termo inicial a partir da divulgação do *software* operada por sua comercialização, o que pode ser comprovado por meio de nota fiscal ou contrato de desenvolvimento do *software*.

Por outro lado, a comprovação de sua criação para termo inicial, sem que haja a comercialização, dependerá de comprovação, sendo então importante o registro do *software* junto ao INPI para aferir a data de sua criação.

Referências

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo : Editora Brasil, 2002.

ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2.ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4.ª Ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária. 2003.

CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. **Sofware**. **Lei, Comércio, Contratos e Serviços de Informática**. São Paulo : ADCOAS, 2000.

CHAVES, Antonio in RT 433/11.

GIOANNANTONIO, Ettore. **Manuale di Diritto dell'informatica**. 3.ª Ed. vol. 1. Milão : CEDAM, 2001.

LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires : UNESCO, 1993.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direito Autoral do Artista Plástico**. São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998.

SAHM, Regina. **O Direito Moral de Autor e o Fundamento do Direito à Intimidade**. In BITTAR, Eduardo C.B. CHINELATO, Silmara Juny. **Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e Danos Morais**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2002.

SANCHES, Hércoles Tecino. **Legislação Autoral**. São Paulo : LTr, 1999.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília : Editora Brasília Jurídica, 1998.

WACHOWICZ, Marcos. **O Regime Jurídico do Software no Brasil**. Revista Jurídica, ano XVI, n.º 14, Faculdade de Direito Curitiba, 2001.

DO REGIME DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O EMPREGADO INVENTOR

Maria Lucia de Barros Rodrigues*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi estudar as invenções feitas por empregados como relacionado na Lei da Propriedade Intelectual, Lei n. 9279/96. O estudo começa com um exame da propriedade intelectual na legislação supra citada. Assim, chegamos à conclusão de que existe uma relação entre a legislação trabalhista e a legislação patentária. Alguns comercialistas renomados entendem que se deve repensar a relação entre essas disciplinas, mormente no que tange às relações trabalhistas e legislação de propriedade intelectual. Finalizando, também abordamos o tema da função social da propriedade, tal como prevista no nossa Constituição, entrelaçando o mencionado conceito e a propriedade intelectual.

PALAVRAS-CHAVE: PROPRIEDADE INTELECTUAL; INVENÇÕES; EMPREGADOS; INTERDISCIPLINARIEDADE

ABSTRACT

The objective of this research was to study the inventions made by employees as it relates to Brazilian patent Law protection provided by Legislation n. 9.279/96 . The study commenced with an examination of Intellectual Property in the aforementioned Legislation n.9.279/96. By studying this point we concluded that there is a contact between Patent Law and Labor Law. Some important Commercial Law professors understand that we need to rethink about our Legislation related to Intellectual Property, especiallly in this case of Labor relations. We also spoke about the social role of private property related to Economic Law because these are connected concepts as well as foreseen in our Constitution.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; INVENTIONS; EMPLOYEES; EXCHANGE

* Professora de Direito Empresarial, Doutora em Direito Comercial pela PUC-SP, Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo, Advogada em São Paulo

Sumário: 1. Um direito de propriedade sui generis; 1.1.Propriedade imaterial; 1.2. A propriedade Intelectual; 1.3. Propriedade industrial; 2. Sistema de Patentes; 2.1. Razões de Direito; 2.2. Razões de Economia; 2.3. Razões de Técnica; 2.4. Razões de Desenvolvimento; 2.5.Fundamentos do Sistema de Patentes; 3. Inventor empregado ou prestador de serviços; Conclusão; Bibliografia.

1. **Um direito de propriedade *sui generis***

Poder-se-ia imaginar que a discussão acerca da natureza jurídica do direito sobre os bens imateriais parece sem importância ou desprovida de interesse prático para os estudiosos do Direito.

Mas, na verdade, dependendo da natureza jurídica que se atribua a esse — ou qualquer outro direito — diferente será a maneira de interpretá-lo e, conseqüentemente, aplicar a própria lei.

Se optarmos por uma vertente, assim será a sua aplicação e interpretação. Melhor explicando: se dermos a qualificação para os direitos sobre os bens imateriais como direitos pessoais ou reais, a interpretação e aplicação da lei seguirá o regime jurídico inerente aos direitos pessoais ou reais.

Os bens imateriais — ou bens incorpóreos — não existem materialmente ou, preferindo, concretamente.

Mas são economicamente valiosos, fazem parte do estabelecimento empresarial e podem ser chamados de "classe especial de ativos intangíveis". [1]

> _ "propriedade intelectual: é uma classe especial de ativos intangíveis que é única, por ter seu uso e exploração protegidos por lei. Pode ter uso interno ou ser transferida para terceiros (marcas, patentes, processos secretos, direitos autorais, software, etc.)."

A divisão em direitos de natureza corpórea e incorpórea já vinha desde os Romanos, obedecendo à possibilidade ou não de serem tocados.

Porém, a melhor definição não é a que relaciona a imaterialidade ao fato de se poder "tocar" ou não. Mas sim, aquela que admite sua existência em virtude da atividade intelectual e inventiva do homem, devidamente regulamentados pelas normas de direito

[1] Souza, Ana Cristina França - "Avaliação de Propriedade intelectual e ativos intangíveis", Revista da ABPI nº 39, págs. 9 a 14, p.10

industrial (marcas, patentes, modelos de utilidade e desenhos industriais), bem como das de direito do autor.

Posto isto, surgiram várias teorias para explicar a natureza jurídica dos direitos relacionados aos bens imateriais.

Se pegássemos a teoria da propriedade pura e simples (tout court), teríamos que esta procurava identificar a natureza jurídica dos direitos sobre os bens incorpóreos como de natureza real, ou seja, o verdadeiro direito de propriedade.

O direito de propriedade, segundo a melhor doutrina, é exclusivo e absoluto. Para o novo texto do Código Civil - art. 1.228, caput:

"O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Conforme ensinamentos de Gama Cerqueira: [2]

> *"Resumindo tudo quanto nesta parte ficou exposto, poderemos dizer que o direito do autor e de inventor é um direito privado patrimonial, de caráter real, constituindo uma propriedade móvel, em regra temporária e resolúvel, que tem por objeto uma coisa ou bem imaterial; denomina-se, por isto, propriedade imaterial, para indicar a natureza de seu objeto".*

1.1 - PROPRIEDADE IMATERIAL

Há várias definições de bem. A que mais se aproxima da matéria relativa à propriedade intelectual é a que afirma que bem é tudo aquilo- corpóreo ou incorpóreo- que, contribuindo direta ou indiretamente, venha propiciar ao homem o bom desempenho de suas atividades, que tenha valor econômico e que seja passível de apropriação pelo homem.

O inventor, quando cria algo novo, apresenta para a sociedade o fruto de sua intelectualidade. A invenção, por isso, é um bem intangível do qual pode resultar um bem material, exemplo, um produto ou processo suscetível de ser utilizado pela indústria.

[2] Gama Cerqueira, "Tratado da Propriedade Industrial", vol. 1, parte I, Ed. Forense, pág. 148.

A intelectualidade é a fonte indutora dos bens imateriais, sendo estes os geradores dos bens materiais.

Outros exemplos:

Ao transferir para a tela a genialidade da minha arte, transformei um bem intangível (minha capacidade artística), de minha propriedade, em um bem tangível — a obra de arte.

O engenheiro, que tem conhecimento técnico, projeta e dimensiona a construção de um edifício — bem material.

Vejamos a propriedade intelectual.

1.2 - A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Por que Propriedade Intelectual

O desenvolvimento da economia industrial passou a exigir, a partir do Renascimento, o aparecimento de uma nova categoria de direitos de propriedade.

Isso aconteceu, essencialmente, a partir do momento em que se tornou possível a reprodução em série de produtos, ou seja, o processo de industrialização.

Houve um reconhecimento dos direitos exclusivos sobre a idéia de produção, ou por assim dizer, da idéia que permite que o produto seja reproduzido industrialmente.

Dá-se o nome de Propriedade Intelectual a estes direitos cujo resultado é sempre uma espécie de exclusividade de reprodução ou uso de um produto ou serviço.

Direito Industrial é a parte da propriedade intelectual aplicada à indústria.

Se pensarmos sob o ponto de vista da concorrência entre as empresas a titularidade de qualquer bem da chamada propriedade intelectual dá exclusividade de uso de certos bens imateriais e cabe apenas a seus titulares explorar os resultados econômicos perante o mercado.

Todavia, a propriedade intelectual não se restringe aos direitos exclusivos. Abrange também os chamados direitos de clientela e a concorrência desleal.

Propriedade, lato sensu, é o poder irrestrito de uma pessoa sobre um bem.

Propriedade dos bens imateriais é regida por regras específicas que constituem o direito da propriedade intelectual.

Propriedade irrestrita e ilimitada não existe, porque há, inclusive, limitações constitucionais. Exemplo: a função social da propriedade.

Porém, propriedade intelectual pode ser conceituada como o direito de uma pessoa sobre um bem imaterial.

Aqui, também existem suas limitações.

O autor de uma obra literária ou artística usufrui da proteção relativa ao bem, concedida pelos direitos autorais, limitada a um certo período, que varia de acordo com o previsto na lei ou convenção adotada por cada país.

O direito outorgado a um inventor, o qual garante o poder deste sobre a invenção, fica condicionado a um prazo determinado pela lei. Aí, cai em domínio público, o objeto da invenção.

E esse direito é relativo, pois pode acontecer de um inventor ter proteção ao seu invento em um país e não ter em outro. Exemplo, a briga dos remédios entre EUA x Brasil.

As regras da propriedade intelectual não se aplicam às coisas corpóreas.

A propriedade intelectual volta-se para o estudo das concepções inerentes aos bens intangíveis que, de modo geral, podem ser divididos nas categorias:

- Artísticas
- Técnicas
- Científicas

Criações artísticas: englobam obras literárias, escritas ou orais;

Obras musicais, cantadas ou instrumentadas.

Obras estéticas bidimensionais (desenhos, pinturas, gravuras, litografias, fotografias, etc.).

Tridimensionais (esculturas e obras de arquitetura).

Criações técnicas: invenções. São as leis de patentes.

Concepções científicas: são descobertas nos campos da física, química, biologia, astronomia, etc.

Descoberta não é protegida porque não é a criação de algo novo. É um fenômeno natural ignorado até então. O autor só teve o mérito de antecipar sua revelação à humanidade. Ele é um descobridor, não um criador.

O que faz a propriedade intelectual é ligar o autor (criador) com o bem imaterial, bem como estatuir suas regras da proteção.

1.3- PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Episódio da propriedade intelectual que trata dos bens imateriais aplicáveis nas indústrias.

São assuntos referentes às invenções:

- Modelos de utilidade
- Desenhos industriais
- Marcas de produto ou serviço, de certificação ou coletivas.
- Repressão às falsas indicações geográficas e demais indicações.
- Repressão à concorrência desleal

A propriedade industrial abrange os campos do Direito, da Técnica e da Economia. Por causa do desenvolvimento mundial das técnicas industriais e da globalização do mercado internacional, a propriedade industrial vem passando por várias alterações em sua estrutura.

Por exemplo em 1994, os EUA adotaram o GATT (General Agreement for Tarifs and Trade), que promoveu mudanças importantes em sua legislação de propriedade intelectual para compatibilizar com o TRIPS e o Tratado de Livre Comércio da América do Norte - Nafta.

2. SISTEMA DE PATENTES

É um conjunto de regras que tratam da produção das invenções voltadas para a indústria.

A patente é o direito outorgado pelo governo de uma nação a uma pessoa, o qual confere a exclusividade de exploração do objeto de uma invenção, ou de um modelo de utilidade, durante um determinado período em todo o território nacional.

O sistema de patentes é justificado por quatro aspectos: direito, economia, técnica e desenvolvimento.

2.1 - RAZÕES DE DIREITO

O inventor tem o direito natural da propriedade do bem imaterial, caracterizado na invenção. Proporciona um meio de defesa contra a apropriação indevida por terceiros. Dá a ele o privilégio da exclusividade.

A patente é a defesa do inventor contra a exploração indevida, o que causa ao inventor vários prejuízos, dentre eles a perda da clientela, cujo resultado é baixar o preço de seu produto.

Sim, porque a simples cópia do resultado final da invenção permite aos copiadores desonestos a venda do produto a preços e qualidade bem inferiores aos do autêntico inventor.

A patente confere um monopólio temporário de exploração ao seu titular. Dá a ele a possibilidade de intervir na justiça, com objetivo de paralisar a contrafação e, eventualmente, reaver possíveis prejuízos contra terceiros que, sem consentimento, estejam explorando a invenção.

2.2 - RAZÕES DE ECONOMIA

A invenção proporciona um benefício à sociedade, sendo justo que o inventor lucre com o seu trabalho.

O privilégio da exclusividade é o modo mais apropriado de retribuição ao inventor.

O grau de utilização de uma patente varia na razão direta do interesse público.

Quanto maior a clientela da patente, mais lucros tem seu titular.

Os lucros são estimulados pelo fato de a patente restringir somente ao seu titular a devida exploração. Induz uma escassez de uso, por isso o preço é alto.

Para evitar especulações e sobre lucros dos titulares, algumas nações adotam em suas leis dispositivos como a concessão da licença obrigatória - art. 68 da Lei n.º 9.279/96- (“LPI”) -para a exploração do privilégio a terceiros, quando ficar provado que o uso efetivo por parte do titular não atende à demanda do mercado.

Se o abuso ou o desuso não forem sanados pela licença obrigatória, há o que se chama pedido de caducidade - art. 78, III da LPI.

Porém, sem retribuição, os inventores manterão suas idéias em segredo e os empresários não se arriscarão a investir em algo novo se não houver a expectativa do lucro conseqüente à existência desse privilégio temporário que a patente possibilita.

No âmbito de um país ou países que façam parte de blocos econômicos e tratados internacionais, o sistema de patentes funciona como autêntica arma de economia, pois evita que técnicas desenvolvidas por inventores nacionais sejam apropriadas por estrangeiros.

2.3 - RAZÕES DE TÉCNICA

As patentes contribuem para o aumento de conhecimento nos mais diferentes campos da técnica.

Patent Office norte- americano revela que a patente é o fator estimulante da atividade criativa das pessoas. Incentiva a demanda de soluções técnicas para as carências e os anseios da sociedade.

Amplia o campo de opções.

Cresce o estado da técnica. Um arquivo contendo matéria de patentes é, sem dúvida, uma autêntica universidade de conhecimentos técnicos. Com a proteção da patente, o inventor revela suas idéias. Elas podem servir de origem para outras concepções e desenvolvimentos.

2.4 - RAZÕES DE DESENVOLVIMENTO

O sistema de patentes é fator de desenvolvimento. Daí ser adotado em quase todas as nações do mundo, independente do seu estágio de evolução. Onde não há esse sistema, a indústria não é tão desenvolvida, porque desanima inventores e empresários.

As patentes são publicadas, devendo constar a descrição das características da invenção de modo que um técnico do assunto possa realizá-la.

O progresso técnico é colocado ao alcance da coletividade, proporcionando a qualquer pessoa o direito de utilizar a invenção objeto da patente, uma vez expirado o prazo de sua validade.

2.5 - FUNDAMENTO DO SISTEMA DE PATENTES

A partir do século XIX, o desenvolvimento industrial tomava proporção cada vez maior. Invenções surgiam no campo da técnica. Os sistemas de propriedade industrial se estendiam entre as nações. Mas os mecanismos de atuação eram essencialmente nacionais e variavam de país a país. Esse fato impunha aos inventores grandes dificuldades para a obtenção de patentes no estrangeiro.

A noção de patenteabilidade variava de acordo com a lei de cada nação e com suas formalidades.

Ao postular a patente, o inventor era obrigado a publicar as características de sua invenção — o que fazia com que a condição de novidade ficasse comprometida.

Era assim: a condição de novidade no estrangeiro era_absoluta porque as leis eram exemplarmente nacionalistas e não cogitavam de assegurar direitos de prioridade para inventores divulgados em outros países.

Algumas nações não analisavam o mérito da invenção, concedendo as patentes e sendo elas julgadas a posteriori, judicialmente.

Setores jurídicos e empresariais reclamam um sistema internacional de patentes. Discutia-se, na Europa, a adoção da uniformidade de tratamento para muitas classes de assunto.

A fim de estabelecer os fundamentos de uma legislação internacional sobre as patentes, em 1880 forma-se a Conferência de Paris.

Pelo projeto básico, foram elaboradas e aprovadas disposições sobre patentes e outras formas de propriedade industrial e a organização de um escritório internacional para a proteção da propriedade industrial.

Feitas essas considerações preliminares, passaremos a explicar uma questão da maior relevância como a que diz respeito ao empregado ou prestador de serviço na relação com a propriedade intelectual.

3. Inventor empregado ou prestador de serviços

A questão é das mais relevantes num sistema capitalista, pois a apropriação dos resultados da produção laboral pelo titular do capital é mola propulsora do funcionamento do sistema de produção.

A mesma regra vale tanto para o trabalho subordinado como ao prestador de serviços autônomos, seja este pessoa jurídica ou pessoa natural.

Todavia, devemos considerar vários aspectos práticos e constitucionais, tais como: liberdade de trabalho, a proteção do trabalhador, o regime da livre iniciativa, bem como o incentivo à criação tecnológica e o preço da criação.

Vejamos o que dispõe a lei (Lei nº 9.279/96, a "LPI") :

Art. 88- A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.

Parágrafo 1º- Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

Parágrafo 2º - Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

Chama-se invenção de serviço. A menos que haja expressa disposição contratual em contrário, limita-se ao salário ajustado a retribuição pelo trabalho de criação técnica.

A lei faculta ao empregador, titular da patente, poder conceder ao empregado, autor de invento ou aperfeiçoamento, participação nos ganhos econômicos resultantes da exploração da patente, por negociação do interessado ou de acordo com norma da empresa (art. 89 da LPI).

Vale lembra que essa participação não incorpora, em nenhuma hipótese, ao salário do empregado.

Se o inventor desenvolver sua criação na empresa, com os meios desta e depois tomar para si o invento?

Consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato, salvo prova em contrário, a invenção ou modelo de utilidade cuja patente tenha sido requerida pelo empregado até um ano após a extinção do vínculo empregatício.

As mesmas regras se aplicam quando a invenção resultar de relação de estágio, de servidor público não empregado e de serviço autônomo, mesmo no caso em que o prestador seja pessoa jurídica e que a atividade específica seja a criação tecnológica (art. 92 da LPI).

Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido se for desvinculado do contrato de trabalho e, inclusive, que o empregado não

tenha se utilizado de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou quaisquer equipamentos do empregador (art. 90 da LPI).

Note-se que o empregado também não deve usar o tempo que supostamente estaria à disposição do empregador. Imaginemos que tenha desenvolvido seu projeto em horário de almoço, por exemplo, ou mesmo durante algum intervalo, também terá a titularidade exclusiva da patente de invenção ou modelo de utilidade, dentro das especificações do mesmo artigo 90 da LPI.

A terceira e última hipótese é a que permite um condomínio de titularidade da patente entre o empregador e o empregado (art. 91 da LPI).

Nesse caso, existe a contribuição pessoal do empregado e os recursos ou meios, materiais, instalações ou mesmo equipamentos do empregador, a não ser que haja disposição contratual contrária.

Vale ainda lembrar que as mesmas regras valem para inventor não empregado, ou seja, o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas.

E esse mesmo regime é extensivo às entidades da Administração Pública, direta, indireta, bem como nas três esferas- federal, estadual e municipal.

Conclusão

A atual lei de Propriedade Industrial, a Lei nº 9.279/96, contrariamente à legislação anterior, dispõe que a participação do empregado, autor mas não titular do invento, negociada entre as partes, não tem caráter trabalhista, o que demonstra a jurisprudência mais recente sobre invenções de empregados. Isso deverá facilitar a concessão de tais participações, sem a possibilidade de que passem a integrar o salário.

Também está evidenciado na legislação atual a relação entre empresas vinculadas por contrato de prestação de serviço, bem como a função de estagiário.

Vejamos as decisões mais recentes:

Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Patente de invenção. Aperfeiçoamento introduzido em máquina de fabricar frascos. Competência da Justiça Estadual para decidir sobre o uso da patente. Invenção que

decorreu de desempenho de ex-empregado durante a relação empregatícia. Aplicação dos artigos 40, par.1 e 23, parágrafo único, do Código da Propriedade Industrial. Deferimento de uma indenização mensal a partir do depósito da patente até a data da venda das máquinas, correspondente ao salário que o autor percebia quando se despediu do emprego, devidamente corrigido com os juros legais. Provimento parcial do recurso.
Apelação Cível 2868/87, reg. 160688, cód 87.001.02868- Primeira Câmara Cível- Unânime. Des. Pedro Américo Gonçalves- Julg: 15/12/87. Rev. Direito do TJERJ., vol.5, p.195, ementário: 23/88, num. Ementa: 99.

Superior Tribunal de Justiça

Processual Civil. Conflito Negativo. Método de produção gráfica inventado por empregado. Ação indenizatória movida contra a Ex-empregadora. Natureza trabalhista não configurada. Justiça Estadual. Competência. Compete à Justiça Estadual julgar ação indenizatória movida por ex-empregado à antiga empregadora, pelo uso de método de produção gráfica por ele inventado. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito suscitado, da 2ª Vara Cível do Foro Regional da Lapa, São Paulo, SP.

CC 16767/SP; Conflito de Competência (1996/0018287-0). DJ 22/11/1999 p. 143 DECTRAB 66 p. 44 LEXSTJ v. 128 p. 28 Min. Aldir Passarinho Júnior- 27/10/1999 2ª Seção.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA:

BARBOSA, Denis Borges. “Licenças compulsórias: abuso, emergência nacional e interesse público” *Revista ABPI,* Rio de Janeiro, n.45, mar./abr., 2000

_____”A Propriedade Intelectual e o desenvolvimento tecnológico sob o prisma da Constituição Brasileira”. In *XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A inserção da Propriedade Intelectual no mundo econômico, Anais 2002,* Publicação da ABPI

_____. “Importação, trabalho obrigatório, caducidade e licença compulsória”. *Revista ABPI,* Rio de Janeiro, n.2

BASSO, Maristela. “O regime internacional da proteção da propriedade intelectual da OMC/Trips”

“OMC e o Comércio Internacional” Cordenador: Alberto do Amaral Júnior. Aduaneiras, 2002

BOBBIO, Norberto “O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito”, Ícone, 1995.

CAMPILONGO, Celso Fernandes “Política de Patentes e o Direito da Concorrência”. In *Política de Patentes em Saúde Humana.* São Paulo: Atlas, 2001

CERQUEIRA, Gama “*Tratado da Propriedade Industrial* ”, Vol 1 , Forense . RJ.

ENGISH, Karl “Introdução ao Pensamento Jurídico”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 6 a Edição

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “A Propriedade Intelectual e o desenvolvimento tecnológico sob o prima da Constituição Brasileira”. In *XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. A inserção da Propriedade Intelectual no mundo econômico, Anais 2002,* Publicação da ABPI

GREBLER, Eduardo = “A nova lei brasileira sobre a propriedade industrial”, artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n.º 111, Malheiros Editores, pág. 107

LABRUNIE, Jacques. “Licença obrigatória e caducidade de patentes: as modificações geradas pelo texto de Estocolmo da Convenção de Paris”. *Revista ABPI*, Rio de Janeiro, n.07, 1993 –

MORAIS, Gustavo, in “Manutenção do Direito de Patente e Licença Obrigatória”, Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 1996,

SIEMSEN, Peter Dirk, in “Painel 3”, Anais do XXI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 2001.

SOUZA,Ana Cristina França - “Avaliação de Propriedade intelectual e ativos intangíveis”, Revista da ABPI nº 39

PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS DA AMAZÔNIA: ENTRE DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E SABERES JURÍDICOS LOCAIS

Nirson Medeiros da Silva Neto*

RESUMO

O artigo que segue aborda a proteção dos conhecimentos das populações tradicionais da Amazônia sob o enfoque do conflito de representações e práticas jurídicas verificáveis entre o espaço social dos juristas (o campo do direito) e o dos povos e comunidades locais amazônicas. No espaço dos primeiros é perceptível a hegemonia de usos e representações tendentes a reconhecer no sistema de proteção da propriedade intelectual uma alternativa fiável ao resguardo dos saberes tradicionais. Apesar de este ser o posicionamento hegemônico, no próprio campo jurídico pode-se visualizar indicadores que denunciam a conflitualidade entre o sistema protecionista sustentado predominantemente pelos juristas e os saberes jurídicos locais, ou juridicidades informais, desenvolvidas pelas populações tradicionais amazônicas no sentido da proteção de seus conhecimentos, que os considera não apenas como fatos isolados, mas como resultado de uma relação complexa com a biodiversidade, o território ancestral, a cultura e a forma de organização social tradicional. A hipótese aqui levantada considera que, no ínterim desta conflitualidade e da crescente afirmação do modelo jurídico-erudito de proteção dos conhecimentos tradicionais, as juridicidades típicas dos povos e comunidades da Amazônia são invisibilizadas ou, em outras palavras, produzidas como não-existentes, tomadas negativamente como sensos comuns jurídicos, o que as torna irreconhecíveis aos agentes do campo do direito.

PALAVRAS-CHAVE: CONHECIMENTOS TRADICIONAIS; PROPRIEDADE INTELECTUAL; PLURALISMO JURÍDICO; AMAZÔNIA.

ABSTRACT

The article approaches the protection of the amazon traditional knowledge. It focuses the conflict of juridical representations and practices verifiable among the jurists' social space (right's field) and the one of the amazon people and local communities. In the juridical

* Mestrando pelo Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Pará – UFPA, sob orientação do professor Dr. Paulo Albuquerque Weyl da Costa, Especialista em Metodologia da Educação Superior pela Faculdade de Tecnologia da Amazônia – FAZ, Professor de Sociologia do Direito do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA.

space, the hegemonics uses and representations tend to recognize in the right of intellectual property an alternative to protect the traditional knowledge. In spite of that, in the own juridical field we can be visualized indicators that denounce conflicts among the system protectionist sustained predominantly by the jurists and the juridical local knowledge developed by the amazon populations in intention to protect their traditions, which they consider this protection a result of a complex relationship with the biodiversity, the ancestral territory, the culture and the traditional form of social organization. The hypothesis defended in this article considers that, in the ambit of this conflicts and of the juridical-erudite way to protect the traditional knowledge, the typical form of right developed by the amazon peoples and communities is produced as no-existent, seeing negatively as juridical common sense, what turns it unrecognizable to the agents of the right's field.

KEYWORDS: TRADITIONAL KNOWLEDGE; INTELLECTUAL PROPERTY; LEGAL PLURALISM; AMAZONIAN.

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta os resultados parciais de pesquisa sócio-jurídica intitulada "Pluralismo jurídico e proteção dos conhecimentos tradicionais: usos e representações do direito na Amazônia" que objetiva compreender relações entre práticas e representações do campo jurídico-erudito e práticas e representações dos povos tradicionais reconhecidas por agentes que adotam estratégias mais subversivas naquele campo. A investigação, em outras palavras, está orientada à observação de zonas fronteiriças entre o direito produzido pelos juristas no tocante à proteção dos conhecimentos das populações tradicionais amazônicas – sobremodo relacionado ao sistema de propriedade intelectual, ainda que relativizado – e os códigos jurídicos informais elaborados por estas populações no intuito de salvaguardar seu próprio conhecimento. É pressuposto da pesquisa, seguindo lições de Edna Castro[1], a percepção de que os saberes tradicionais são expressões culturais que, na Amazônia, apresentam-se inseparavelmente relacionadas ao uso de recursos naturais e à referência a um determinado território onde tais saberes foram ancestralmente produzidos e têm sido transmitidos através das gerações, por intermédio, materialmente, de

[1] CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: CASTRO, Edna e FLORENCE, Pinton. *Faces do trópico úmido*: conceitos e novas questões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Belém: Cejup; UFPA-NAEA, 1997.

um dado modo de produção (forma de trabalho) e, simbolicamente, por mitos, rituais, narrativas e outras práticas sociais de reprodução cultural. Desta forma, a visualização de usos e representações na proteção dos conhecimentos tradicionais deve considerar a complexidade do fenômeno jurídico pesquisado, que inevitavelmente confunde-se com a proteção integral das culturas e modos de vida tradicionais, não sendo possível excluir da análise as relações sociedade/natureza, sociedade/território e conhecimento/cultura.

NOTA PRELIMINAR: DEFININDO NOÇÕES

Conhecimentos tradicionais, ao lume de Margarita Flórez Alonso, são saberes produzidos e acumulados coletivamente que formam conjuntos complexos apoiados na tradição, na observação e utilização de recursos e processos biológicos, exprimindo-se e sistematizando-se "através de mitos, rituais, narrações de caráter oral e práticas relacionadas com sistemas de ordem ambiental e de saúde, com instituições e regulamentos estabelecidos para lhes aceder e para os aplicar, aprender e transmitir"[2]. Além disso, é importante anotar que os saberes tradicionais, por corresponderem a concepções integrais da relação sociedade/natureza/território, estão diretamente associados à biodiversidade e a espaços territoriais, sendo esta relação com a diversidade biológica e com a territorialidade condições que lhes possibilitam e conferem significado. Compreender, portanto, a proteção destes conhecimentos implica necessariamente uma percepção da complexidade de seu modo de produção social, associando-se tal proteção com as lutas dos povos tradicionais pela defesa dos recursos naturais, de seu território, cultura e socialidade.

Usos e representações do direito, por sua vez, são noções que tocam ao modo como o direito é representado e praticado tanto pelas populações tradicionais da Amazônia quanto pelos integrantes do campo cultural e erudito do direito (os juristas), com vista a proteger os saberes referidos no parágrafo anterior. A representação e prática do direito estão relacionadas, no caso dos agentes detentores dos conhecimentos tradicionais, à ordem sócio-cultural estabelecida dos grupos aos quais estes agentes pertencem e, como não poderia ser diferente, à cosmovisão de tais grupos que segue inseparavelmente relacionada

[2] ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 296.

com a biodiversidade, territorialidade, cultura e forma de organização social. Já no caso dos juristas, os usos e representações jurídicos tendem, predominantemente, a relacionar-se às regras e princípios, eruditamente elaborados e compartilhados, do campo do direito, que informam a práxis dos agentes neste espaço social. Estarei a valer-me, pois, da noção de *campus* de Pierre Bourdieu para identificar as práticas e representações observáveis no universo social dos juristas e, complementarmente, da sociologia das ausências de Boaventura de Sousa Santos para perceber, a partir dos discursos eruditos mais heteronômicos sobre a proteção dos saberes dos povos tradicionais, usos e representações destes povos produzidos como não-existentes ou desconsiderados pela tradição jurídica erudita.

Em razão de a pesquisa objetivar a observação de relações entre práticas e representações diferenciadas do direito que, apesar de distintas, são capazes de estabelecer zonas fronteiriças entre si, utilizo a noção de *pluralidade jurídica* sugerindo a possibilidade de se apreender juridicidades para além do universo das produções normativas dos juristas, quer dizer, nas palavras de Eugen Ehrlich[3], direitos vivos que consistem normas jurídicas não-positivas cuja existência pode ser constatada em documentos e através de observações diretas do mundo da vida, das relações comerciais, da conduta, dos costumes, enfim, dos usos e representações de grupos sociais nem sempre reconhecidos ou mesmo percebidos pelo campo do direito. Estes saberes jurídicos locais, tal como Clifford Geertz os denomina[4], eminentemente informais, possuem zonas de fronteira com as juridicidades elaboradas pelos juristas, ou seja, zonas híbridas onde contatos se ordenam conforme micro-hierarquias normativas[5], o que denota misturas mais ou menos intensas de códigos jurídicos formais e informais, isto é, relações de *interlegalidade*[6] a partir das quais são

[3] EHRLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.). *Sociologia e direito*: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.
[4] GEERTZ, Clifford. *O saber local*: novos ensaios em antropologia interpretativa. Trad. Vera Mello Joselyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
[5] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
[6] Conceito visível em SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente***:** contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

perceptíveis complementaridades e conflitualidades entre direitos concebidos em escalas diversas que, apesar da diferença de escala, podem apresentar hierarquizações entre si.

PROPRIEDADE INTELECTUAL E PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

No campo jurídico, o *locus* privilegiado dos juristas, a discussão em torno do resguardo dos conhecimentos tradicionais iniciou-se vinculada aos debates sobre direito de propriedade intelectual. Este vínculo é expresso assertiva da viabilidade da proteção dos saberes tradicionais através dos instrumentos legais relacionados à propriedade intelectual, isto é, as legislações que dispõem sobre direito autoral e propriedade industrial, bem como acordos internacionais como o TRIPs (Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) da Organização Mundial do Comércio (OMC). O direito de propriedade intelectual refere-se ao patenteamento de produtos e processos resultantes da atividade técnico-científica, associados à tecnologia e ao setor industrial[7]. No século XXI, o século biotecnológico, com denominado por Jeremy Rifikin[8], os objetos de patentes – direito de excluir quaisquer outros sujeitos, individuais ou coletivos, da produção, utilização e venda de certos bens – foram ampliados de sorte a abranger todas as invenções tecnológicas de produtos e processos, desde que sejam novos, envolvam inventividade e sejam suscetíveis de aplicação industrial (TRIPS, artigo 27.1). Isto vem a abarcar, se não as plantas e animais (excluídos pelo artigo 27.53, b, do TRIPS), ao menos os microrganismos, que são formas de vida, e autorizar a apropriação privada, patenteamento, de conhecimentos dos povos tradicionais. Daí a necessidade de proteção destes

[7] BELAS, Carla Arouca. Gestão da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia nas instituições de ensino e pesquisa: a experiência do Núcleo de Propriedade intelectual MPEG. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita. *Anais do seminário "Saber local / Interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia", realizado em Belém no período de 10-12 de set. 2003*. Belém: CESUPA: MPEG, 2005.

[8] RIFIKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999.

conhecimentos, pois a autorização do TRIPS não previne práticas como a biopirataria; ao contrário, favorece-lhes, no dizer de Vandana Shivas[9].

A aplicação dos instrumentos legais de propriedade intelectual à proteção dos saberes tradicionais, contudo, pode ser absolutizada ou relativizada. A absolutização está expressa nos posicionamentos que entendem tais instrumentos como utilizáveis sem qualquer revisão ou adequação à natureza não-individual e cultural dos conhecimentos tradicionais. A tendência dominante, no entanto, tem sido a relativização. Este é o caso dos juristas que defendem o uso dos mecanismos da propriedade intelectual contanto que aplicados com ressalvas, isto é, contanto que flexibilizados e ajustados a esta forma *sui generis* de obra do intelecto que são os conhecimentos tradicionais. A tendência da relativização está enraizada na Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) assinada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92). A 19ª Conferência da Partes da Convenção sobre Biodiversidade (UNEP/CDB/COP/19) expressa bem a tendência inaugura com a CDB: esta conferência sublinhou "que não existem instrumentos idôneos para reconhecer com exatidão os direitos das comunidades indígenas e locais, e que, por outro lado, os direitos intelectuais", tal como estão postos hoje, "não são suficientes para assegurar benefícios para essas comunidades e povos", sendo necessário "encontrar outro regime através de um sistema *sui generis*"[10]. Como afirma Carla Arouca Belas[11], este regime especial deve contemplar questões relacionadas ao consentimento prévio quanto ao acesso e uso dos conhecimentos tradicionais e aos acordos de repartição de benefícios, isto é, caminhar para além do sistema de patentes, considerando tanto elementos culturais relacionados àquela forma de conhecimento quanto interesses, inclusive

[9] SHIVAS, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

[10] ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. pp. 294-5.

[11] BELAS, Carla Arouca. Gestão da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia nas instituições de ensino e pesquisa: a experiência do Núcleo de Propriedade intelectual MPEG. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita. *Anais do seminário "Saber local / Interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia", realizado em Belém no período de 10-12 de set. 2003*. Belém: CESUPA: MPEG, 2005.

econômicos, dos integrantes das comunidades no resultado das pesquisas em torno de seu conhecimento.

Apesar de esta ser a discussão hegemônica no campo do direito, mesmo no espaço dos debates jurídicos eruditos, são perceptíveis – em discursos tendentes à heteronomização do campo – indicadores de conflitualidades entre o sistema de propriedade intelectual e a cultura e modo de vida dos povos tradicionais. Estes indicadores afirmam que tal sistema, quando aplicado à proteção de conhecimentos de natureza não-individual e cultural, pode representar uma forma de apropriação e privatização de bens públicos, transformando-os em mercadorias e, assim, sendo mais bem uma legalização da exploração dos conhecimentos tradicionais do que uma proteção destes e de seus detentores[12]. Para Castro[13], o termo propriedade privada não possui significado para povos tradicionais como, por exemplo, os indígenas da Amazônia, sendo o estatuto da propriedade intelectual incompatível com a proteção de saberes cuja invenção é coletiva, não-datada, não-localizada e fundada em padrões de informalidade, a sociabilidade e os valores dos grupos exercendo papel determinante no processo de invenção. A noção de patrimônio, que faz referência a saberes herdados e acumulados por gerações, seria por isso mais adequada. Daí porque Castro recorre à noção de patrimônio de François Ost:

> [...] Ost pensa o patrimônio como "instituição transtemporal" e "translocal", enquanto um reservatório de possibilidades. Para além do estatuto da propriedade, a noção de patrimônio requer incorporar outras dimensões plásticas, móveis, levando em conta escalas diferentes e variáveis "segundo o tipo de recurso a proteger e segundo o tipo de uso a favorecer... mas ao mesmo tempo esses recursos transitam através da propriedade, a transcendem na medida em que um interesse mais geral os finaliza" [...]. Os bens recebidos do passado devem ser remetidos ao futuro, sentido que interroga o princípio de propriedade, a partir de uma compreensão sobre a transitoriedade das gerações e, portanto, de serem os indivíduos e grupos guardiãs de um processo de acumulação de saberes e práticas[14].

[12] SOARES, Gysele Amanajás. *Proteção ou comercialização dos conhecimentos tradicionais?* Dissertação de Mestrado. Belém: UNAMA, 2006.
[13] CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: CASTRO, Edna e FLORENCE, Pinton. *Faces do trópico úmido*: conceitos e novas questões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Belém: Cejup; UFPA-NAEA, 1997.
[14] CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: CASTRO, Edna e FLORENCE, Pinton. *Faces do trópico úmido*: conceitos e novas questões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Belém: Cejup; UFPA-NAEA, 1997. pp. 230-1.

O direito de propriedade intelectual é, portanto, entre os juristas, tanto visto como meio de proteção quanto como modo de inserção dos conhecimentos tradicionais no mercado, permitindo assim, neste último caso, sua utilização como forma de agregar valor a produtos. Tal direito, então, se por um lado é apropriado para salvaguardar os interesses dos povos tradicionais, por outro, como afirma Gysele Amanajás Soares[15], traz o potencial de transformar os conhecimentos destes povos em matéria-prima para o desenvolvimento de produtos e processos industriais, reduzindo seus detentores tão-somente a fornecedores de matéria-prima, o que contribui para a manutenção e ampliação das relações de opressão típicas do capitalismo e, com efeito, para a multiplicação da desigualdade e da exclusão. A proteção dos conhecimentos tradicionais por intermédio do sistema de propriedade intelectual, por conseguinte, é um anseio que não nasceu da necessidade sentida pelos povos detentores de tais conhecimentos, "mas sim do desejo ocidental de enquadrar os sistemas sociais e culturais em formas de direito de propriedade para assim encontrarem os 'titulares' dos conhecimentos e estabelecerem contratos ou acordos sobre eles"[16]. Lembra Alonso que, a despeito do discurso hegemônico no campo do direito – onde os saberes tradicionais aparecem como conseqüência da discussão que se estruturou sobre eles no âmbito legal – o conhecimento dos povos tradicionais é produto da acumulação social e cultural, possuindo desde datas imemoriais sistemas de regulação interna, estas formas de proteção devendo ter primazia sobre as construções e interpretações jurídicas ocidentais, de sorte a se proteger o sistema total da cultura e o modo de sociabilidade que os torna possíveis, o que requer também o resguardo das relações internas com a biodiversidade e o território ancestral.

SABERES JURÍDICOS LOCAIS E PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS AMAZÔNICOS

[15] SOARES, Gysele Amanajás. *Proteção ou comercialização dos conhecimentos tradicionais?* Dissertação de Mestrado. Belém: UNAMA, 2006.
[16] ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 311.

O direito de propriedade intelectual representa, destarte, mais bem os anseios e a lógica do campo jurídico do que os anseios e a juridicidade dos povos tradicionais da Amazônia, estes últimos sendo ignorados e legados ao *status* de irrelevância ou ignorância pelos primeiros. Isto leva à inferência de que o saber jurídico local das populações tradicionais tem sido, no espaço social dos juristas, produzido como não-existente ao ser tomado como senso comum jurídico, que deve ser rompido ou superado por um procedimento científico rigoroso capaz de compreender o fenômeno do direito na sua correta expressão ou, melhor dizendo, para que se o compreenda de conformidade com as regras e princípios que orientam a produção de conhecimento da ciência jurídica. A ruptura epistemológica com o senso comum, ou seja, com conhecimentos evidentes destinados a pensar o que existe tal como existe e, por esta razão, tendentes à conservação e à fixidez – em outros termos, saberes tradicionalistas –, é um procedimento que se consagrou no universo das ciências sociais como condição de racionalidade e validade dos resultados da atividade científica: e a ciência jurídica não é exceção a isso. O conhecimento científico, para ser digno deste nome, precisa romper com os saberes evidentes, imediatos, espontâneos, fixistas e com o código de leitura que eles constituem, inaugurando assim um novo código, outros objetos e universos conceituais elaborados contra o senso comum[17].

Este procedimento de ruptura com o senso comum, entretanto, em algumas circunstâncias, apresenta o efeito de produzir paralelamente a não-existência de saberes e práticas sociais que possuem significados e funções próprias dentro da cosmovisão de determinados povos. A produção de não-existência ocorre “sempre que uma dada entidade é desqualificada e tornada invisível, ininteligível ou descartável de um modo irreversível”, diz Santos[18]. Com a noção de produção de não-existência, o sociólogo português objetiva demonstrar que “o que não existe é, na verdade, activamente produzido como não existente,

[17] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
[18] Idem. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente*: “Um discurso sobre as ciências” revisitado. São Paulo: Cortez, 2004. p. 787.

isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe"[19]. Trazendo esta assertiva para o universo do direito, pode-se dizer que no campo jurídico, enquanto espaço cultural erudito relativamente autônomo, juridicidades alheias aos processos de construção e interpretação do direito por parte de juristas, ou seja, de conformidade com as regras e princípios do campo, são produzidas como não-existentes em razão de não ajustarem-se à lógica interna deste espaço social. No interior do campo do direito predomina, portanto, uma ideologia que legitima e normaliza o poder social dos profissionais e das classes sociais a que eles servem e de que comumente são partes, quer dizer, um poder social que sacraliza, ritualiza e profissionaliza o direito[20], transformando os agentes que não partilham da profissão jurídica em meros "justiciáveis", clientes dos profissionais do direito, como certa feita enunciou Bourdieu[21].

O campo do direito é um espaço de concorrência entre intelectuais pelo monopólio da palavra legítima, pelo direito de dizer com autoridade e autorizadamente o direito, o que é juridicamente correto. A concorrência, neste universo social, tende a consagrar aqueles agentes do campo que oferecem as melhores interpretações de uma tradição que reproduz visões estruturadas do que seja o direito. Assim, apesar de o campo jurídico admitir divergências entre os intérpretes, estas divergências são sempre limitadas, excluindo-se delas discursos capazes de frustrar a autonomia do campo por não estarem submetidas às suas regras e princípios, em especial por não restringirem o espaço das possíveis interpretações àquelas elaboradas pelo corpo de juristas. Os intérpretes, por seguimento, para garantir a coerência interna do campo, só estão autorizados a empreender interpretações reguladas da tradição reconhecida interiormente pela comunidade profissional dos juristas. Isto acaba transformando o campo em um mundo relativamente fechado de intérpretes que interpretam para outros intérpretes, estando excluídos do direito de dizer o direito todos os não-juristas, isto é, aqueles que não compõem o corpo de profissionais da interpretação jurídica autorizada. Desta forma, até mesmo a mais legítima

[19] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente*: "Um discurso sobre as ciências" revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.. p. 786.
[20] Idem. *A crítica da razão indolente***:** contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.
[21] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

das interpretações do direito tem pouca probabilidade de representar – pensa o sociólogo francês – o ponto de vista ou a cosmovisão dos agentes que não integram o campo, pois o *ethos* dos juristas, em geral integrantes de estratos dominantes da sociedade, está não raramente ajustado aos interesses, valores e visões de mundo das classes dominantes. Assim, no campo do direito é exercida uma espécie de violência simbólica na medida em que se mantém em estado de desconhecimento um arbitrário maior ou menor que caracteriza o discurso legítimo, obtendo-se, por este processo de ocultação, a cumplicidade daqueles que a suportam[22].

Diante desta violência simbólica que marginaliza saberes jurídicos alheios ao campo do direito, produzindo desconhecimentos, é mister uma sociologia das ausências capaz de reestruturar usos e representações do direito que estão para além da tradição dos juristas, ou seja, tradições jurídicas marginalizadas ou produzidas como não-existentes em face dos cânones da ciência jurídica e das regras e princípios do espaço social jurídico-erudito. A sociologia das ausências, concebida por Santos[23], vai para além da investigação de um universo social caracterizado pelas produções culturais eruditas; indaga-se, primeiramente, sobre as razões por que em um dado espaço social a não-existência de certas tradições (saberes e práticas sociais) tem sido produzida sistematicamente; em seguida, indaga-se como transformar ausências em presenças, ou seja, como demonstrar que aquilo que foi produzido como não-existente não deixa de ser, a despeito dessa produção artificial, uma alternativa credível, uma tradição viva, possível de ser observada, algo em uso, ao invés de em desuso: o que tem sido produzido reiteradamente como uma não-existência não existe apenas para os agentes que assim o produzem, mas são existências no mundo vivido daqueles agentes que partilham os saberes e práticas tidas por irrelevantes, descartáveis, que requerem superação, enfim, o senso comum. A sociologia das ausências é reflexo de uma construção teórico-metodológica anterior de Santos, qual seja, o procedimento da dupla ruptura epistemológica. A dupla ruptura é bem traduzida no seguinte enunciado do

[22] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
[23] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente*: "Um discurso sobre as ciências" revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

sociólogo[24]: “deixou de ter sentido criar um conhecimento novo e autônomo em confronto com o senso comum (primeira ruptura) se esse conhecimento não se destina a transformar o senso comum e transformar-se nele (segunda ruptura)”. Em outras palavras:

> Enquanto a primeira ruptura é imprescindível para construir a ciência, mas deixa o senso comum tal como estava antes dela, a segunda ruptura transforma o senso comum com base na ciência. Com essa dupla transformação pretende-se um senso comum esclarecido e uma ciência prudente [...]. A dupla ruptura epistemológica tem por objeto criar uma forma de conhecimento, ou melhor, uma configuração de conhecimentos que, sendo prática, não deixe de ser esclarecida e, sendo sábia, não deixe de estar democraticamente distribuída[25].

Em direito, a abordagem da dupla ruptura epistemológica implica o trato da pluralidade jurídica, isto é, de relações entre um conhecimento produzido contra o senso comum jurídico, elaborado pela ciência do direito e pelos juristas, e o *sensus communis* propriamente dito, que orienta no mundo da vida as regras jurídicas dos grupos sociais que não compõem o espaço dos profissionais do direito e, por isso, não partilham dos cânones da ciência destes. A dupla ruptura epistemológica objetiva, portanto, desconstruir a noção de senso comum consagrada no moderno pensamento filosófico e científico ocidental. Inspira-se nas contribuições de Hans-Georg Gadamer[26], autor que, em certo momento de sua obra, resgata tradições filosóficas que afirmavam a positividade do senso comum, ao invés de sua negatividade, como ocorreu nas tradições que se tornaram hegemônicas na modernidade. Uma das principais tradições filosóficas marginalizadas é a partilhada por Jean Batista Vico, para quem o *sensus communis* não se alimenta do verdadeiro, mas do verossímil, não sendo um saber baseado em razões, e sim um conhecimento que permite encontrar o que é plausível. Além disso, apresenta-se como o sentido que institui comunidade, ou seja, que dá diretriz à vontade humana com base “na universalidade concreta representada pela comunidade de um grupo, de um povo, de uma nação, do conjunto da espécie humana”, ao invés de na “universalidade abstrata da razão”[27].

---

[24] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989. p. 147.
[25] Idem. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989. pp. 41-2.
[26] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.
[27] Idem, ibidem. p. 58.

Gadamer[28] afirma ainda que, para autores como Vico, "o *sensus communis* é um sentido para a justiça e o bem comum, que vive em todos os homens, e mais, um sentido que é adquirido através da vida comum e determinado pelas ordenações e fins desta". Com a afirmação do senso comum, deseja-se resgatar a validade de conhecimentos fundados na tradição, posto que o saber racional não esgota todas as possibilidades cognitivas. Shaftesbury e Henri Bergson, bem como as denominadas filosofias escocesa e pietista, também são mencionados por Gadamer[29] como referências da crença no *common sense* enquanto um guia para "os afazeres comuns da vida, quando nossa faculdade racional nos deixa no escuro", "uma espécie de gênio para a vida prática [...] que tanto evita o erro dos dogmáticos científicos, que estão à busca de leis sociais, quanto o dos utopistas metafísicos", uma forma de saber que "está às voltas com coisas simples que os homens vêem diante de si cotidianamente, coisas que mantêm unida toda uma sociedade". Estas tendências de valorização do senso comum partilham da idéia de que este representa um senso de sociabilidade que bem expressa as regras de conduta, e até mesmo de cortesia, necessárias à coexistência dentro de determinados grupos sociais; é um senso não conferido aos agentes pela razão, mas sim pelo que é tido por razoável dentro de uma dada tradição e de conformidade com as práticas comunitárias: uma espécie de *bons sens* que, ao mesmo tempo, é *sens social*, um senso de comunidade.

O olhar para o senso comum que valoriza suas positividades, portanto, aproxima-o do que Stephen Toulmin mais tarde chamaria de razoabilidade, ou seja, um senso substantivista, situacional, localizado em uma dada sociedade e capaz de expressar o que é razoável dentro deste espaço societal. Trata-se, pois, de um senso mais próximo da Retórica ("estudo de narrativas factuais acerca de objectos ou situações particulares, sob a forma de argumentação substantiva, oportuna, local, dependente da situação, e com uma carga ética") do que da Lógica ("análise de argumentos teóricos em termos de conceitos abstractos e a insistência em explicações em termos universais – com argumentos formais,

[28] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005. p. 59.
[29] Idem, ibidem. pp. 63 e 65.

gerais, intemporais, independentes do contexto e neutros em relação a valores")[30]. Neste sentido, a dupla ruptura epistemológica seria um procedimento, próprio da ciência, de reaproximação entre Lógica e Retórica, ou seja, de formas de produção do saber que têm permanecido distanciadas na tradição do pensamento ocidental moderno. Quer dizer, sem abandonar as análises teóricas e o projeto da ruptura com explicações do real mistificadas e mistificadoras, conservadoras e preconceituosas, busca as virtudes do senso comum, sua feição utópica e libertadora. Dentre as diversas características dessa feição, descritas por Santos, destacarei algumas que se demonstram particularmente interessantes para o objeto da presente pesquisa: o senso comum "reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e, nessa correspondência, inspira confiança e confere segurança", "não resulta de uma prática especificamente orientada para o produzir; reproduz-se espontaneamente no suceder quotidiano da vida", "privilegia a acção que não produza rupturas significativas com o real; "é retórico e metafórico; não ensina, persuade ou convence", "funde a utilização com a fruição, o emocional com o intelectual e o prático"[31].

A dupla ruptura epistemológica é, destarte, uma condição de possibilidade para se proceder à sociologia de ausências jurídicas na proteção dos conhecimentos tradicionais da Amazônia. O campo do direito, como visto acima, é um espaço da alta cultura que, através de uma forma de violência simbólica, produz a não-existência de tradições jurídicas alheias ao universo da construção e interpretação erudita do direito. Os sistemas informais de proteção do conhecimento desenvolvidos pelos povos tradicionais amazônicos, sensos comuns jurídicos em muito relacionados com a proteção da biodiversidade e defesa do território, ou seja, sistemas de proteção integral da cultura e socialidade locais, estão dentre estas tradições jurídicas cuja não-existência tem sido produzida reiteradamente pelos discursos hegemônicos sobre a proteção dos saberes tradicionais. A predominância da afirmação do direito de propriedade intelectual com vista a esta proteção é um indicador da

[30] TOULMIN, Stephen. Como a razão perdeu seu equilíbrio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente*: "Um discurso sobre as ciências" revisitado. São Paulo: Cortez, 2004. p. 280.
[31] SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente***:** contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005. p. 108.

forma de violência simbólica de que estou a tratar, empreendida ao arrepio da juridicidade e da cosmovisão dos povos tradicionais da Amazônia. Para demonstrar melhor o argumento desenvolvido até aqui, destacarei, nos parágrafos seguintes, alguns casos descritos por Alonso[32], ocorrentes na Amazônia colombiana, onde grupos indígenas estabeleceram mecanismos próprios, de aplicabilidade interna e externa, objetivando a proteção de seus saberes ancestrais, ou seja, sensos comuns jurídicos que objetivam a proteção dos conhecimentos tradicionais.

Nas regiões do Chocó colombiano, grupos indígenas estabelecem diferentes categorias de conhecimentos – um, sagrado ou espiritual, e outro de âmbito público, por exemplo – cujo acesso sofre restrições maiores ou menores, determinadas pelo grau de reserva e de significado que estes conhecimentos têm para a vida comunitária. Os saberes são tidos como coletivos e pertencentes ao povo no seu conjunto. No entanto, o acesso a estes conhecimentos depende de aptidões ou faculdades especiais: alguns, como os Jaibaná, possuem a aptidão de conhecer e manejar os espíritos, outros, como os Tonguero e os Yerbateros, têm a faculdade do trato com as plantas[33]. O acesso a cada categoria de saber restringe-se, pois, a qualidades pessoais de determinados agentes, em geral autoridades tradicionais, qualidades que, em não se as possuindo, impossibilita a acessibilidade ao conhecimento. Estamos diante, portanto, de uma norma de acesso ao saber que representa bem as estrutura sociais internas, e a juridicidade que lhe subjaz, de determinados grupos indígenas colombianos e possui relevância externa por exigir daqueles que não integram os referidos grupos o reconhecimento das (e conseqüente sujeição às) autoridades localmente legítimas e aptas à dicção do saber tradicional.

Alonso destaca também que muitos grupos étnicos da Colômbia elaboraram regulamentos internos que prescrevem normas sobre a utilização do seu território e as investigações científicas nestes. Tais regulamentos caracterizam-se por abrangerem uma diversidade de circunstâncias que abarcam desde a proteção do conhecimento propriamente dito, a questões de defesa do território e da biodiversidade. Os regulamentos expressam o

[32] ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
[33] Idem, ibidem.

pensamento destes grupos, como afirma Alonso[34], de que o saber "exprime-se territorialmente e o território é a expressão material da rede de relações que constrói o conhecimento, incluindo idioma e outras manifestações da cultura", os direitos intelectuais, portanto, sendo "um prolongamento dos direitos territoriais". Além disso, entendem tais grupos que, por haver uma estrita relação entre natureza e sociedade, deve-se rejeitar a separação entre recursos biológicos e conhecimentos que lhes estão associados. Então, a proteção dos conhecimentos tradicionais, nesta perspectiva compartilhada pelos grupos étnicos da Amazônia colombiana, implica manter o território dos povos tradicionais e a biodiversidade característica de seu entorno, respeitar as crenças e fortalecer as percepções locais acerca do mundo, bem como fomentar as tradições, a não-assimilação impositiva de outras culturas e o respeito pelos modos de vida locais.

Daí porque a Organização Regional Emberá Wanam (Orewa), em seu regulamento, após afirmar que o conhecimento é um patrimônio ancestral da comunidade que permite a preservação da vida e da cultura, e depois de reconhecer a importância das autoridades tradicionais, proíbe expressamente quaisquer investigações que envolvam conhecimentos coletivos e recursos genéticos, estando autorizadas tão-somente pesquisas sobre outras matérias, tais como tradição oral e taxionomia. Outro exemplo é a Organização Regional de Indígenas da Antioquia (OIA) cujo regulamento autoriza investigações científicas em seu território contanto que sejam observadas as seguintes regras: a comunidade, representada pelas autoridades locais, deve entender as pesquisas como convenientes; a comunidade inteira há de ser informada das solicitações e dos resultados das investigações; é mister ainda que haja a participação de técnicos da comunidade nas pesquisas; por fim, os resultados da investigação não podem ser utilizados para fins econômicos ou comerciais[35]. Tanto a Orewa quanto a OIA são exemplos, visualizados na Amazônia colombiana – aliás, bastante evidentes –, de povos que apresentam juridicidades produzidas como não-existentes apenas nos discursos jurídicos eruditos e hegemônicos sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais, visto que, no mundo da vida, tais juridicidades são direitos

[34] ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 300.
[35] Idem, ibidem.

vivos, em uso e plenamente eficazes no âmbito do território dos grupos étnicos, cuja vigência independe da maneira como são tratados, ou não tratados, no campo jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No campo jurídico a hodierna emergência de conflitos de representações sobre a maneira mais correta de dizer o direito tocante à proteção dos conhecimentos dos povos tradicionais da Amazônia está mais bem relacionada com necessidades surgidas nos âmbitos sociais da conservação ambiental, da produção industrial e das pesquisas biotecnológicas do que com necessidades de proteção da cultura e socialidade tradicionais onde aqueles conhecimentos são constituídos e ganham significados. Dizendo de outra forma, entre os juristas atualmente, quando se tem trazido à pauta representações concorrentes sobre qual a melhor forma de proteção dos saberes tradicionais, o que está em jogo não é o monopólio da verdade jurídica quanto à proteção das formas sócio-culturais tradicionais que garantem as condições de possibilidade dos saberes tradicionais, mas sim o monopólio da afirmação correta sobre que direito melhor regula o acesso e uso da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais que lhe estão associados, oferecendo condições seguras e legais ao trato com recursos biológicos e saberes locais relacionados a estes, trato seguro e legal que mais interessa àqueles que desejam proteger ou tão-somente usar legalmente o meio ambiente, ou ainda deter a propriedade intelectual sobre produtos e processos relacionados a tais recursos e saberes, do que propriamente às populações tradicionais.

Se, deste modo, parafraseando Bourdieu[36], o *ethos* dos juristas, no tocante à salvaguarda dos conhecimentos tradicionais, demonstra possuir maior probabilidade de favorecer os estratos sociais e interesses dominantes da sociedade capitalista ao invés de empreender uma efetiva proteção da cultura e socialidade tradicionais – que, como já dito, propiciam a produção e reprodução daqueles saberes –, torna-se então concebível que formas de proteção alternativas desenvolvidas pelas próprias populações locais possam demonstrar-se, do ponto de vista dos nativos e de agentes tendentes a estratégias

[36] BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

subversivas no campo do direito, mais eficientes na proteção sócio-cultural e, por conseguinte, dos conhecimentos tradicionais exatamente por serem capazes, ao contrário dos posicionamentos predominantes no espaço jurídico-erudito, de considerar de maneira mais completa a complexidade do fenômeno de proteção dos saberes locais, articulando tal proteção não somente com a conservação da biodiversidade e com direitos à propriedade intelectual, mas também com a manutenção da cultura, socialidade e territorialidade tradicionais. Isto, evidentemente, não impossibilita relações de interlegalidade, isto é, relacionamentos mais próximos entre a juridicidade oficial e os saberes jurídicos locais e informais; ao contrário, torna tais relações ainda mais desejáveis, aproximando-se o sistema de proteção à propriedade intelectual ao sistema de proteção integral da cultura, socialidade e território dos povos e comunidades tradicionais da Amazônia.

No entanto, antes de se estabelecer relações de interlegalidade, é mister reconhecer que as lutas dos povos amazônicos por direitos à sustentabilidade de suas tradições são tão antigas quanto os contatos interétnicos e interculturais no Brasil, precedentes à colonização européia, porém sobremaneira evidentes a partir deste processo de colonização dado seu caráter degradante da diversidade sócio-cultural, o que sem embargo confere legitimidade ao *modus* alternativo, em relação ao estatal e oficial que lhes é certamente posterior, que têm desenvolvido ao longo de sua história societal. Apesar desta legitimidade, a exclusividade dos discursos sobre a proteção dos saberes locais fundando esta no sistema de proteção à propriedade intelectual redunda, freqüentemente, na produção da não-existência das lutas dos povos tradicionais, como se a proteção dos conhecimentos locais fosse um anseio novo e resultante da crise ambiental e dos avanços biotecnológicos da sociedade capitalista contemporânea. Em outros termos, ao passo que se normaliza a proteção dos saberes tradicionais pelo *medium* da propriedade intelectual, anormaliza-se esta proteção pelo *medium* das juridicidades dos povos amazônicos, embora tais juridicidades não deixem de existir no mundo da vida.

O fenômeno de produção da não-existência das formas jurídicas alternativas desenvolvidas pelas populações tradicionais tendem, porém, a gerar inconformidades e resistências por parte, principalmente, dos detentores de saberes locais, o que obstaculiza a proteção e deixa evidente a urgência de um ajustamento mais eficaz entre os direitos dos

juristas e dos detentores de conhecimentos tradicionais. As palavras de Iza Roná dos Santos Tapuia[37] – com as quais encerrarei este artigo –, antropóloga indígena que atua na COICA (Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica), expressam bem esta urgência:

> Nossa sabedoria ancestral não é de domínio público, são informações culturais e intelectuais coletivas, protegidas por nosso direito consuetudinário próprio. O uso não autorizado e a apropriação são uma usurpação ao nosso direito sagrado. Ante os processos de mercantilização de nossas informações coletivas, nos opomos frontalmente. Pois tudo o que somos e sabemos é fruto de nossos experimentos e labor geracional. Por isso não podem ser tratados e usados como bem de consumo privado e para a ganância de poucos. Sua utilização somente faz sentido se está em função de uma coletividade[38].

REFERÊNCIAS

ALONSO, Margarita Floréz. Proteção do conhecimento tradicional? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

BELAS, Carla Arouca. Gestão da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia nas instituições de ensino e pesquisa: a experiência do Núcleo de Propriedade intelectual MPEG. In: MOREIRA, Eliane, BELAS, Carla Arouca e BARROS, Benedita. *Anais do seminário "Saber local / Interesse global: propriedade intelectual, biodiversidade e conhecimento tradicional na Amazônia", realizado em Belém no período de 10-12 de set. 2003*. Belém: CESUPA: MPEG, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CASTRO, Edna. Território, biodiversidade e saberes de populações tradicionais. In: CASTRO, Edna e FLORENCE, Pinton. *Faces do trópico úmido*: conceitos e novas questões sobre desenvolvimento e meio ambiente. Belém: Cejup; UFPA-NAEA, 1997.

EHRLICH, Eugen. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (orgs.). *Sociologia e direito*: textos básicos para a disciplina sociologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

[37] TAPUIA, Iza Roná dos Santos. Coica y el consentimiento fundamentado previo. In: MOREIRA, Eliane *et al*. *Anais do seminário "Patrimônio cultural e propriedade intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais", realizado em Belém no período de 13-15 de out. 2004.* Belém: CESUPA: MPEG, 2005. p. 18.

[38] Tradução minha.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol. I. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: *O saber local*: novos ensaios em antropologia interpretativa. Trad. Vera Mello Joselyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

RIFIKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia*: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente***:** contra o desperdício da experiência. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente*: "Um discurso sobre as ciências" revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

_____. *Pela mão de Alice*: o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

_____. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SHIVAS, Vandana. Biodiversidade, direitos de propriedade intelectual e globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções*: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SOARES, Gysele Amanajás. *Proteção ou comercialização dos conhecimentos tradicionais?* Dissertação de Mestrado. Belém: UNAMA, 2006.

TAPUIA, Iza Roná dos Santos. Coica y el consentimiento fundamentado previo. In: MOREIRA, Eliane *et al*. *Anais do seminário "Patrimônio cultural e propriedade intelectual: proteção do conhecimento e das expressões culturais tradicionais", realizado em Belém no período de 13-15 de out. 2004.* Belém: CESUPA: MPEG, 2005.

TOULMIN, Stephen. Como a razão perdeu seu equilíbrio. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Conhecimento prudente para uma vida decente*: "Um discurso sobre as ciências" revisitado. São Paulo: Cortez, 2004.

PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO INSTRUMENTO DE INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO NOS SETORES PUBLICO-PRIVADO

Nivaldo dos Santos[*]

Viviane Romeiro[**]

RESUMO

Este trabalho apresenta um conjunto de considerações a respeito da Gestão da Propriedade Intelectual como propulsora de inovação e desenvolvimento tecnológico nas empresas. Pretende-se discutir as fases do processo de desenvolvimento tecnológico através do gerenciamento de Patentes como ferramenta para obter Inovação, presumindo que as organizações podem identificar novas tecnologias e antecipar mudanças futuras a fim de maximizar a criação de riqueza em um ambiente global de crescimento.

PALAVRAS-CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; INOVAÇÃO; SETORES PÚBLICO-PRIVADO.

ABSTRACT

This paper presents a set of points regarding the management of Industrial Property as propeller of innovation and technological development in the companies. It's intended to discuss the phases of the process of technological development using the management of Patents as a tool to attain innovation, presuming that organizations can identify new technologies and to anticipate future challenges to maximize the creation of wealth in a global environment of growth.

KEWWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY; INNOVATION; PRIVATE AND PUBLIC SECTORS

SUMÁRIO: 1. Introdução, 2. As políticas governamentais de incentivo à inovação tecnológica, 3. O papel da inovação na Sociedade da Informação, 4. O Sistema de Patentes

[*] Professor Doutor UCG/UFG e Coordenador Geral do Grupo de Pesquisa em Patentes e Transferência de Tecnologia

[**] Especializanda em Direito Internacional-UFG e Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Patentes e Transferência de Tecnologia

como um indicador de atividade inovativa, 5. Função TIB como propulsora do acesso à tecnologia, 6. Considerações Finais, 7. Bibliografia

1- Introdução

No atual processo de globalização, a inovação e o conhecimento são os principais fatores estratégicos para determinar o nível de competitividade e desenvolvimento das empresas e indústrias. O mercado capitalista tem acirrado a concorrência cada vez mais baseada no conhecimento e no processo organizacional do aprendizado.

A crescente competição em âmbito internacional tem direcionado as empresas a focar suas estratégias no desenvolvimento da inovação tecnológica. O conceito de sistemas de inovação trata explicitamente de questões importantes e antigamente ignoradas, quanto ao papel dos investimentos intangíveis na atividade de aprendizado inovativo. As vantagens competitivas dependem cada vez mais da capacidade de produzir e controlar esses intangíveis.

Dessa forma, discute-se a relevância dessa proteção jurídica como mecanismo necessário para dar proteção e facilitar a valorização econômica dos bens imateriais.

Como transformar o Sistema de Inovação Nacional em ferramenta de gestão estratégica competitiva nas empresas? Como viabilizar a criação de oportunidades de Ciência & Tecnologia e Pesquisa & Desenvolvimento sustentáveis?

A falta de preocupação em priorizar a capacidade inovativa nas empresas locais, ocasionou em importantes impactos aos sistemas nacionais de inovação. Sem a participação efetiva das empresas para alcançar a inovação, as empresas se basearam na idéia de que a tecnologia se globalizou e que o investimento estrangeiro seria condição necessária para modernizar o setor produtivo.

Não havia estímulos de forma efetiva, para acumulação da capacitação necessária para gerar novas tecnologias. No entanto, o uso crescente de produtos importados teve impacto negativo nas empresas locais.

O processo competitivo está intrinsecamente relacionado à capacidade de identificar e explorar ativos intangíveis, configurando competência necessária às corporações para enfrentar e resolver problemas específicos, além de aproveitar oportunidade de negócio e desenvolvimento.

Nesse sentido, destaca-se a crescente importância da propriedade intelectual como fator necessário para proteger e facilitar o valor econômico dos ativos intangíveis, visto que são tidos como propulsores do crescimento e desenvolvimento econômico-social.

O tema sobre propriedade intelectual tem se tornado objeto de intensas discussões e disputas políticas entre os países. Quais as barreiras oriundas das normas que disciplinam o Sistema de Inovação Brasileiro e dos Direitos de Propriedade Intelectual? Quais as estratégias para obter lucros através dessa proteção?

A proposta do presente trabalho é discutir como a pesquisa na área tecnológica realizada nas universidades e principalmente nos institutos de pesquisas privados pode resultar em inovações empresariais através da Transferência de Tecnologia.

Ao reconhecer a Ciência, tecnologia e inovação como fatores fundamentais para o crescimento, competitividade e desenvolvimento da empresa, busca-se a compreensão e o monitoramento dos processos de produção, difusão e uso do conhecimento científico, tecnologias e inovações como também dos fatores que os influenciam.

2- As políticas governamentais de incentivo à inovação tecnológica

A inserção do Brasil na chamada sociedade da informação é um processo que vem ocorrendo gradualmente, que esteve, em um primeiro momento, associado à capacitação produtiva e tecnológica nacional nos segmentos de informática e de telecomunicações.

A política do período esteve baseada no fortalecimento da pesquisa e desenvolvimento e na construção de competências para produção local na área das Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC. O início da década de 90 foi marcado pela nova sistemática de desenvolvimento econômico baseado na substituição de importações através da transferência de tecnologia.

O crescimento do setor industrial brasileiro promoveu o desenvolvimento que foi originalmente baseado em economia agrário-exportadora, para uma economia industrial e diversificada. Esse período de liberalização do mercado de informática foi seguido de um processo denominado de inserção competitiva na economia brasileira, sendo eliminadas as restrições para a importação de bens e serviços nessa área.

A abertura do mercado levou algumas empresas brasileiras a dedicarem apenas à atividades de montagem de equipamentos no país, perdendo gradativamente o domínio da tecnologia de desenvolvimento de novos produtos. os últimos anos, o setor passou por transformações fundamentais concernentes à nova política de informática, assim como para o desenvolvimento tecnológico e ao padrão de competição no cenário internacional.

A nova Lei de Informática promulgada em 2001 (Lei Federal nº10.176/2001), tem entre seus objetivos estimular a inovação no setor de informática, concedendo incentivos fiscais para empresas nacionais e estrangeiras de TIC que invistam em pesquisa e desenvolvimento no país. Ela é o resultado de uma mudança nos rumos da política industrial ocorrida no início dos anos noventa.

No entanto, embora esse instrumento jurídico represente importantes iniciativas para o desenvolvimento tecnológico e industrial brasileiro, tem se mostrado insuficiente no sentido de superar alguns importantes entraves para o desenvolvimento brasileiro.

Assim, foi promulgada em 2004 a Lei de Inovação Tecnológica (Lei Federal nº10.973/2004), que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e tem como objetivo criar um ambiente propício para aumentar o envolvimento das empresas no desenvolvimento de projetos inovadores que levem a gerar novos produtos e processos.

È uma tentativa de elevar o nível de parcerias entre empresas, universidades e institutos científicos e tecnológicos para estimular o processo de inovação, reconhecendo que não basta apenas pesquisa e desenvolvimento, é necessário transformá-los em produtos e/ou processos para que os produtos finais sejam desejados pelos mercados nacional e internacional.

Recentemente foi criada a Lei Federal nº11.196/05 (promulgada em 21 de Novembro de 2005) como resultado da conversão da “Medida Provisória do Bem”. A lei

prevê uma série de incentivos para que as empresas invistam em pesquisa, desenvolvimento e inovação, concedendo-lhes o direito de usufruir vários incentivos fiscais intrinsecamente relacionados aos dispêndios com pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica.

No entanto, as empresas que já usufruem os benefícios previstos na nova Lei de Informática, citada anteriormente, não poderão beneficiar-se do disposto da referida lei.

O governo federal vem utilizando benefícios, principalmente relacionados à área de tributos, para estimular as empresas às atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico, tendo em vista a evidente ausência no país desse tipo de projeto.

São medidas que visam, através dos estímulos para a inovação no setor produtivo, a emancipação tecnológica do país, cuja atuação dos cientistas no quadro atual é ínfima nas empresas privadas.

3- O papel da inovação na Sociedade da Informação

No mundo globalizado, o desenvolvimento econômico é baseado essencialmente na capacidade de um país gerar, apropriar e aplicar o conhecimento num determinado setor. A riqueza assume formas intangíveis e o capital intelectual das empresas passa a ser a base para configurar seu grau de competitividade.

Os ativos intangíveis se constituem como verdadeiras fontes de vantagens competitivas sustentáveis em longo prazo, necessitando assim a proteção por mecanismos jurídicos, pois não perdem ou adquirem qualquer significado econômico se não forem utilizados. Assim, os fatores de diferenciação em relação aos concorrentes seriam os ativos cuja proteção passa a ser elemento central nas estratégias das empresas.

A inovação compreende o aprendizado e a criação de conhecimento aliados ao desenvolvimento e implementação de produtos e processos. O sistema de inovação pode ser designado como um conjunto de institutos que em conjunto contribuem efetivamente para o desenvolvimento de novas tecnologias. Tais institutos envolvem não apenas o governo e instituições de ensino e pesquisa, mas principalmente as empresas, implementando políticas que visam o processo inovativo.

Há uma tendência de que a pesquisa científica para produzir conhecimento e conseqüentemente competitividade seja algo restrito apenas ao ambiente acadêmico, quando, na verdade, o lugar ideal para se fazer pesquisa de inovação tecnológica é na empresa. Os gastos em Pesquisa & Desenvolvimento vinculados em sua maioria às empresas estatais é um dos entraves para ampliação da competitividade.

O baixo número de registros de patentes no Brasil é relacionado ao pequeno número de cientistas que trabalham nas empresas. De fato, os artigos científicos naturalmente surgem nas universidades com a função de promulgar o conhecimento. No entanto, as patentes desse conhecimento devem originar basicamente nas empresas.

A política de inovação atual tem estimulado a ampliação de gastos privados com Ciência & Tecnologia. O contexto que marca o processo da integração entre universidade-empresa e institutos de pesquisa & desenvolvimento tem como desafio principal a abordagem da competitividade e o foco na empresa.

4- O Sistema de Patentes como um indicador de atividade inovativa

Na era do conhecimento, as vantagens competitivas são baseadas na capacidade de inovação, determinada pelas condições de funcionamento do Sistema de Inovação. Dados de patente surgem como vantagem competitiva por ser ótimos indicadores da capacidade de inovação tecnológica, fornecendo informações detalhadas sobre as atividades tecnológicas dos países.

As bases de dados computadorizadas facilitam o acesso e a análise do conteúdo dos documentos de patente, que contêm um conjunto rico e detalhado de informações que não pode ser encontrado em nenhum outro lugar, e o uso adequado dessas informações para a análise econômica leva em consideração diversos problemas metodológicos como as diferenças entre um país e outro, o papel das multinacionais e as especificidades de certas tecnologias e setores econômicos.

É o documento oficial para proteger uma produção ou processo para assegurar a posse de um bem econômico. Após a proteção das invenções, os inventores são obrigados a

disponibilizar as informações tecnológicas, a fim de conceder benefícios advindos da invenção à sociedade.

A participação do Brasil nos diversos tratados internacionais é elemento essencial de apoio par lidar com as questões relacionadas à Propriedade Intelectual. Em 1883, a Convenção de Paris, primeiro acordo relativo à proteção do conhecimento do qual o Brasil é signatário, marcou o início do processo de integração dos países quanto à nacionalização do Sistema. Revisada em 1967 em Estocolmo, é hoje aplicada pela maioria dos países, intensificando o processo de globalização da Propriedade Intelectual.

Ao final do Século XX, durante a Rodada Uruguai do Acordo de Livre Comércio e Tarifas – GATT, o Brasil assinou um documento no qual incorporou-se ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionado ao comércio - TRIPS, criado pela Organização Mundial do Comércio - OMC. Com sua inserção, assumiu o compromisso de adotar normas e procedimentos eficientes para a proteção do conhecimento.

O marco relevante da proteção legal das patentes foi a criação da Lei de Propriedade Industrial, promulgada em 1996 (Lei nº 9.279/96), que incorporou uma série de alterações como resultado de conceitos modernos discutidos internacionalmente em acordo e convenções.

Recentemente, o Congresso Nacional promulgou a Lei da Inovação Tecnológica, que estabelece medidas para promover a cultura de inovação com a participação efetiva das empresas, inclusive concedendo incentivos fiscais para a formação de empresas de base tecnológica.

No Brasil, o principal agente regulador desses direitos é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, cujas atividades primordiais compreendem o registro de marcas e patentes, desenho industrial e contratos de transferência de tecnologia.

Apesar de exigir participação de escritório profissional, o processo de registro de patentes não é complicado como parece. As barreiras estão relacionadas aos gastos dispendiosos para o registro, e principalmente ao prazo envolvido entre a apresentação do pedido de patente ao INPI até a obtenção do registro, que no Brasil demora aproximadamente sete anos.

Devido ao acúmulo muito grande de processos, e falhas na sistemática do INPI, o tempo que se leva atualmente para registrar uma marca não condiz com a rapidez que se espera de um órgão que atende o setor privado.

Além disso, o baixo índice de registro de patentes observado no Brasil ainda é conseqüência da pouca importância direcionada ao regime jurídico de Propriedade Intelectual.

5- Função TIB como propulsora do acesso à tecnologia

No setor produtivo, destaque especial se concede à integração do Programa de Tecnologias Industriais Básicas – TIB, que constitui um conjunto de funções tecnológicas utilizadas pelos diversos setores da economia. Compõe as funções de metrologia, normalização, regulamentação técnica e avaliação da conformidade. A essas funções básicas agregam-se a informação tecnológica e a propriedade intelectual.

O tema TIB se faz presente em todos os blocos econômicos do mundo, em face de sua função na organização da produção de bens e serviços e seu impacto no comércio internacional.

Suas funções primordiais compõem: a constituição de mecanismos para estreitar o relacionamento técnico entre entidades brasileiras e estrangeiras; a criação de um modelo propício à constituição de negócios de base tecnológica entre entidades técnicas e empresas e principalmente, promover uma maior presença brasileira no cenário internacional.

Para tanto, é necessário capacitar recursos humanos, estabelecer incentivos a redes de pesquisa na área privada e articular instituições e grupos de pesquisa, objetivando assim criar um Sistema Nacional de Propriedade Intelectual com ampla participação de universidades, institutos de pesquisa e organizações empresariais.

Apesar de exigir custos e envolver grandes riscos para as empresas, o processo de Pesquisa & Desenvolvimento deve ocorrer essencialmente dentro delas. O Estado, reconhecendo esse risco, deve articular instrumentos para apoiar a pesquisa nas empresas, através de isenções fiscais e por encomendas feitas às empresas para utilização de serviços e

processos de base tecnológica. Os pontos básicos para as empresas estimularem suas equipes à inovação são o desenvolvimento da cultura da inovação e a valorização do capital intelectual

6. Considerações Finais

O acesso à tecnologia é condição essencial para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento. O Brasil tem condições de contar com uma base sólida para gerar novas tecnologias em áreas estratégicas. A preocupação com os ajustes macroeconômicos tem trazido imenso impacto na acumulação de capacitações, que em longo prazo, serão essenciais para o desenvolvimento econômico.

Os problemas decorrentes do restrito avanço tecnológico podem ser solucionados se o país avançar no campo da inovação e gestão tecnológica. Para que isso ocorra, é fundamental a participação de todos os agentes envolvidos nesse processo. A forma de atuação do Estado quanto às políticas industriais e tecnológicas tem sido alterada significativamente.

De maneira geral, alguns impactos no Sistema Nacional de Inovação Brasileiro já podem ser observados, tais como a promoção da privatização parcial dos institutos tecnológicos públicos, na tentativa de obter recursos decorrentes do setor privado; o reconhecimento de que os investimentos às novas tecnologias devem estar interligados ao investimento na capacitação e treinamento de recursos humanos.

Ainda, a importância conferida à internacionalização do desenvolvimento de tecnologias tem levado o governo a apoiar as empresas para exportar suas atividades, estabelecendo regras para partilhar e proteger direitos de propriedade intelectual. Os esforços atuais devem, necessariamente, focar o processo de inovação tecnológica com o intuito de aumentar o valor agregado dos produtos brasileiros e a capacidade competitiva das empresas tanto no mercado interno quanto no mercado externo.

Assim, o país deve estar atento ao reconhecimento de que inovação e conhecimento tornam-se cada vez mais visíveis como elementos centrais do crescimento das

organizações, e que a inovação é constituída com um processo de busca de aprendizado, socialmente determinado e influenciado por instituições e organizações específicas.

A análise dos principais efeitos da nova Lei de Informática revela sua importância na atração de empreendimentos de grandes empresas internacionais do setor, e no apoio de algumas iniciativas locais de estabelecimento de unidades de produção e de desenvolvimento tecnológico de empresas brasileiras.

É necessário enfatizar a importância de políticas de desenvolvimento industrial e de promoção de substituição de importações, devendo ser estimuladas políticas que visem a internalização de capacitações.

Considera-se que instrumentos de política industrial como a Lei de Informática são fundamentais para a promoção do desenvolvimento industrial e tecnológico em países de economia em desenvolvimento como o Brasil.

Para tanto, estas políticas precisam ser direcionadas no sentido de se estabelecer um vínculo mais forte entre as atividades de Pesquisa & Desenvolvimento e a internalização de etapas produtivas associadas ao esforço inovativo.

A Lei de Inovação Tecnológica, numa tentativa de estabelecer uma aproximação entre as instituições produtoras de bens de conhecimento e as produtoras de bens e serviços, surge como mais um instrumento para facilitar a criação de uma cultura de inovação no País.

A inovação tecnológica, submetida a uma concepção de desenvolvimento, deve resultar da interação entre pesquisadores, agentes econômicos, grupos sociais e órgãos estatais, configurando um ponto de convergência entre as potencialidades científicas e as necessidades econômicas e sociais.

Finalmente, observa-se a crescente colaboração dos centros produtos ao conhecimento dado a crescente necessidade do processo inovativo em apoiar avanços científicos em todos os setores da economia. Alcançar um equilíbrio nessa área é uma questão central na política de inovação e de propriedade Intelectual dos países em desenvolvimento.

7- Bibliografia

ARBIX, Glauco, SALERNO Mario Sergio & DE NEGRI, João Alberto. Inovação, via internacionalização, faz bem para as exportações brasileiras. Rio de Janeiro: XVI Fórum Nacional Economia do Conhecimento, crescimento sustentado e inclusão social, 2004.

BARBOSA, Denis Borges. Uma Introdução à Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CHAMAS, C.I.; MULKLER, A.C. Proteção e exploração econômica da propriedade intelectual em universidades e instituições de pesquisa. Rio de Janeiro:UFRJ, 2001.

FIRJAN - O Papel da inovação e da motivação para a competitividade. Disponível em: http://www.firjan.org.br/notas/media/Paper1_04.pdf Acesso em 14 de Maio de 2006.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI.) Lei da Propriedade Industrial, Rio de Janeiro, 1996.

Revista América Economia: Inovação na América Latina.Edição Brasil.Maio, 2006.

SÁENZ, Tirso W. & GARCÍA Capote, Emílio. Ciência, Inovação e Gestão Tecnológica. Brasília: CNI/IEL/SENAI, ABPTI, 2002.

VIOTTI, Eduardo Baumgratz & Macedo, de Matos Mariano. Indicadores de ciência, tecnologia e inovação no Brasil. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

BIODIVERSIDADE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: O CASO DA BIOPIRATARIA[1]

Priscila Dalla Porta Niederauer Cantarelli[*]

Andiara Roberta Silva[**]

RESUMO

Biodiversidade inclui a totalidade dos recursos vivos ou biológicos, dos recursos genéticos e seus componentes. No entanto, está passando por diversas ameaças de perda das suas espécies, pela ação imoderada do homem que não é motivado pelo desenvolvimento sustentável. A medida que visa um desenvolvimento a qualquer preço, atinge de maneira fulminante a diversidade biológica. Assim sendo, a melhor forma de garantir o equilíbrio ecológico é a tutela, pois antecipa-se em relação aos danos e, assim, atinge melhor a almejada proteção do meio ambiente. Na atualidade, a atenção dos juristas deve voltar-se para uma das grandes questões do novo milênio: a propriedade intelectual. A escassez tem levado os países mais ricos em bioma (conjunto de flora e fauna de uma região) e, de forma paradoxal, mais pobres economicamente, a sofrerem o assédio das indústrias internacionais, sequiosas de bens naturais que lhes garantam a continuidade de um rico filão em divisas patenteadas. Daí a necessidade imperiosa de chamar-se a atenção para a importância do que se denomina de biopirataria.

PALAVRAS-CHAVES: MEIO AMBIENTE; BIODIVERSIDADE; BIOPIRATARIA; PROPRIEDADE INTELECTUAL.

RIASSUNTO

Biodiversità include la totalità dei risorse vivi, o biologichi, e dei risorse genetichi, e suoi componenti. Tuttavia sta passando per diverse minaccie di danno dalla sue speci,

[1] Este artigo é decorrente de uma pesquisa acerca do Direito Ambiental que está sendo realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado, sob orientação do Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araújo. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor do Programa de Pós-Gradução em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Coordenador adjunto do Mestrado em Integração Latino Americana da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

[*] Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo. Aluna do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Especialização em Educação Ambiental.

[**] Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo. Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito – Especialização em Direito Processual Civil, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

per azzione imprudente del'uomo che non è motivato per sviluppo sostenibile. La missura che punta uno sviluppo qualunque prezzo, attinge di maniera impetuosa la diversità biológica. In queto modo, la migliore forma di garantire il equilibrio ecologico, è la tutela, dunque anticiparsi in relazione ale danni, e cosi attinge migliore la desidera tutela dell'ambiente. Nel'attualità, la attenzione del giurista deve voltarsi per uma delle grandi questioni dell nuovo millennio: la proprietà intellettuale. La scarsità aveva portato i paesi più ricchi in bioma (gruppo di flora e fauna di uma regione) e, di forma contradittoria, più poveri in sua economia, soffrirebbero il assedio dalla industrie internazionali, in busca di beni nature che glie garantiranno la continuità di una ricca parte in divise brevettate. Quindi la necessità urgente di chiamarsi la atenzione per la importanza del che si chiama biopirateria.

PALORE CHIAVI: MEZZO AMBIENTE, DIVERSITÀ BIOLÓGICA, BIOPIRATERIA, PROPRIETÀ INTELLETTUALE.

INTRODUÇÃO

O quadro de degradação que se encontra no mundo hodierno é, em sua grande parte, herança da visão antropocêntrica e utilitarista a qual estávamos inseridos no séc. XX. A visão ecológica profunda é holística, a qual concebe o mundo como um todo integrado e não como uma coleção de partes dissociadas, reconhecendo o valor intrínseco de todos os seres vivos.

A questão do meio ambiente, após a Declaração de Estocolmo sobre meio ambiente (1972) e das conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento (ECO/92), onde foi editada a Agenda 21, passou a ser um dos tópicos de maior relevância na agenda internacional. Reconheceu-se ao homem o direito fundamental à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas, em ambiente que lhe permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar.

A comunidade científica internacional, governos e entidades não-governamentais ambientalistas vêm alertando para a perda da diversidade biológica em todo o mundo e, particularmente, nas regiões tropicais. A degradação biótica que está afetando o planeta encontra raízes na condição humana contemporânea, agravada pelo crescimento explosivo da população humana e pela distribuição desigual da riqueza. A

perda da diversidade biológica envolve aspectos sociais, econômicos, culturais e científicos.

Diante dessa realidade, em 1994 o Decreto Legislativo nº. 2 aprovou, no Brasil, a Convenção sobre Diversidade Biológica, embora o tema já estivesse vislumbrado na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 225, o qual consagra o direito de todos os brasileiros ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que nos obriga ao compromisso de preservação de todas as espécies humanas e não humanas.

Foi final da década de 80 que a idéia de desenvolvimento sustentável surgiu como um novo paradigma para nortear as políticas de longo prazo das comunidades, municípios, estados, países e do Planeta como um todo. Em poucas palavras, significa melhorar a qualidade de vida dos que vivem hoje, sem prejudicar as gerações futuras. Com isso considerar-se-á não apenas as dimensões econômicas e sociais do desenvolvimento, mas sim incorporar-se-á objetivos ecológicos, tais como: a conservação dos recursos hídricos, a atenuação das mudanças do clima, a conservação das florestas e da biodiversidade.

A Diversidade Biológica é uma das propriedades fundamentais da natureza, responsável pelo equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas, e fonte de imenso potencial de uso econômico. A biodiversidade é a base das atividades agrícolas, pecuárias, pesqueiras e florestais e, também, a base para a estratégica indústria da biotecnologia. A diversidade biológica possui, além de seu valor intrínseco, valor ecológico, genético, social, econômico, científico, educacional, cultural, recreativo e estético. Com tamanha importância, é preciso evitar a perda da biodiversidade.

A bioprospecção, ao tempo em que se constitui em fonte de recursos a serem revertidos em favor da conservação da biodiversidade, pode contribuir para o fortalecimento da capacidade científica e tecnológica, mas também pode se tornar uma ameaça, na medida em que se pretende estudar a biodiversidade e transformá-la em fonte de recursos, abre-se o patrimônio genético para a biopirataria, consubstanciada na exploração predatória, indevida ou clandestina da fauna e da flora, sem qualquer pagamento da matéria prima. É, em outras palavras, a usurpação de um conhecimento sem o retorno respectivo.

1 O meio ambiente diante da percepção ecológico-sistêmica

Fomos inseridos no séc. XX sob a égide do paradigma cartesiano-newtoniano, complementado posteriormente pelo utilitarismo, o que ocasionou o colapso do meio ambiente. São inegáveis as vantagens que este modelo nos proporcionou, tais como a física clássica e a medicina contemporânea. Porém, estamos diante de um quadro desolador. [2]

A partir desta crise de percepção formou-se uma nova forma de entender o mundo, ou seja, uma reação clara ao paradigma anterior, que é o pensamento sistêmico. Esse novo pensamento sistêmico é um pensamento ambientalista, pois entende o planeta enquanto um todo integrado que não pode ser reduzido à mera soma de suas partes, como afirma Capra:

> [...] o pensamento sistêmico é pensamento ”contextual”, e, uma vez que explicar coisas considerado o seu contexto significa explicá-las considerando o seu meio ambiente, também podemos dizer que todo pensamento sistêmico é pensamento ambientalista.[3]

Essa é uma nova forma de enxergar a relação entre o homem e a natureza. É uma visão holística, a qual concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas, podendo também ser denominada de “ecologia profunda”, a qual adere Fritjof Capra:

> O sentido que eu uso o termo “ecológico” está associado com uma escola filosófica específica e, além disso, com um movimento popular global conhecido como “ecologia profunda”, que está, rapidamente adquirindo proeminência. A escola filosófica foi fundada pelo norueguês Arne Naess, no início da década de 70, com sua distinção entre “ecologia rasa” e “ecologia profunda”. [...] a ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de “uso”, à natureza. A ecologia profunda não separa os seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda concebe o valor intrínseco a todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular da teia da vida.[4]

---

[2] CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2003. p. 6.
[3] CAPRA, op. cit., p. 47.
[4] CAPRA, op. cit., p. 25-26.

Este novo pensamento pode ser sentido atualmente, em vários campos do conhecimento, formando, assim, uma nova concepção transdiciplinar de entendimento da vida. Pode-se resumir este novo pensamento ecológico-sistêmico enquanto pensamento ecológico, no qual a forma de relação do ser humano para com a natureza deixa de ser uma relação dualista e utilitarista para ser uma relação de integração, pois somos parte da mesma. Segundo Singer "as propostas da ética da ecologia profunda costumam adotar algo mais amplo como objeto de valor: espécies, sistemas ecológicos, e até mesmo a biosfera como um todo"[5].

O século XXI deverá ser terreno propício para este pensamento ecológico-sistêmico que consubstancia uma nova ética valorativa, segundo a qual todos os seres vivos têm valor, não importando sua espécie. Esse novo paradigma é condição essencial da sobrevivência da vida, pois diante dos problemas ambientais que hora enfrentamos, não se visualiza outra saída senão enfrentarmos o pensamento anterior que nos levou até aqui, criando uma nova forma de relação entre ser humano e natureza que seja baseada no respeito mútuo e na certeza de que somos parte da natureza e dela cuidando nos cuidaremos, a ela preservando, nos preservaremos, desde a velha sabedoria indígena que nos ensina:

> Isto nós sabemos: a terra não pertence ao homem; o homem pertence à terra. Tudo que acontecer com a terra acontecerá com os filhos da terra. Se os homens cospem no solo, estão cuspindo em si mesmos. Isto nós sabemos: todas as coisas estão interligadas como o sangue que une uma família. Há uma ligação em tudo. O que ocorrer com a terra recairá sobre os filhos da terra. O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios. Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo.[6]

Esse paradigma traz em sua essência a preocupação com as gerações futuras e com o desenvolvimento sustentável, pois segundo Capra "uma sociedade sustentável é aquela que satisfaz suas necessidades sem diminuir as perspectivas das gerações futuras"[7], sendo este o grande desafio do Poder Público e dos cidadãos neste século, tendo como grande desafio "criar comunidades sustentáveis – isto é, ambientes sociais e

---

[5] SINGER, Peter. *Vida e Ética:* os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p.134.

[6] *Carta do Chefe Seatlle*. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br-ambiente/carta.asp>. Acesso em: 10 mai. 2007. "Em 1854 'O Grande Chefe Branco' em Washington fez uma oferta por uma grande área de território indígena e prometeu uma 'reserva' para os índios. A resposta do Chefe Seattle tem sido uma das declarações mais belas e profundas já feitas sobre o meio-ambiente".

[7] CAPRA, op. cit., p. 24.

culturais onde podemos satisfazer as nossas necessidades e as aspirações sem diminuir as chances das gerações futuras"[8].

2 A evolução do pensamento ambientalista

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, Suécia, em junho de 1972, foi um marco fundamental no crescimento do ambientalismo. Participaram representantes de 113 países, 19 órgãos intergovernamentais e quatrocentas outras organizações intergovernamentais e não governamentais[9]. Seu principal objetivo foi para alertar os seres humanos acerca dos perigos ambientais produzidos por eles mesmos.

Foi um divisor de águas, pois se vislumbra as discussões acerca do ambientalismo global antes e depois de Estocolmo. Depois de Estocolmo "o Novo Ambientalismo começou a se traduzir em ação política dos governos: nova legislação, a criação de novos departamentos governamentais e o reconhecimento de convenções internacionais".[10] As organizações não governamentais passaram a desempenhar um papel importante no desenvolvimento das políticas públicas ambientais.

McCormick tece suas impressões acerca da Conferência de Estocolmo, destacando como uma das grandes conquistas o debate entre os países menos desenvolvidos e mais desenvolvidos, sendo que aqueles continuariam investindo no seu desenvolvimento sem descuidar do meio ambiente:

> foi a primeira vez que ao problemas políticos, sociais e econômicos do meio ambiente global foram discutidos num fórum intergovernamental com uma perspectiva de realmente empreender ações corretivas. A conferência objetivava "criar no seio da ONU bases para uma consideração abrangente dos problemas do meio ambiente humano" e "fazer convergir a atenção de governos e opinião pública em vários países para a importância do problema". O evento resultou diretamente na criação do programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (UNEP – *United Nations Environmental Programme).* E marcou igualmente uma transição do Novo Ambientalismo emocional e ocasionalmente ingênuo dos anos 60 para a perspectiva mais racional, política e global dos anos 70. Acima de tudo, trouxe o debate entre

[8] CAPRA, op. cit., p. 24
[9] McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso:* a história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992. p. 97.
[10] McCORMICK, op. cit., p. 19.

> países menos de desenvolvidos e mais desenvolvidos – com suas percepções diferenciadas das prioridades ambientais – para um fórum aberto e causou um deslocamento fundamental na direção do ambientalismo global.[11]

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como ECO 92, realizada no Rio de Janeiro, em 14 de junho de 1992, teve grande relevância, pois foi oficializada neste encontro a *Agenda 21*. Sendo este um documento de natureza programática e "trata-se de um texto assumido oficialmente pelos países representados naquele encontro mundial, simultaneamente, pelo Fórum das Organizações não Governamentais".[12]

> Se Estocolmo havia sido a grande tomada de consciência dos Estados, no âmbito da ONU, dos problemas relativos ao meio ambiente internacional, a ECO/92 veio representar a adição de um componente de desiderabilidade e de conteúdo obrigatório nas políticas e nas normas relativas ao meio ambiente, em todos os campos das relações internacionais que seguiram àquele evento.[13]

A *Agenda 21*[14] teve como principal objetivo preparar o mundo para os desafios deste século, e somente terá sentido na medida de sua efetivação nas agendas nacionais:

> ela é um conjunto amplo e diversificado de diretrizes que, no suceder-se dos vários capítulos, recorre freqüentemente a outros textos das Nações Unidas [...] os documentos das Nações Unidas, mesmo aqueles mais empenhativos, somente gozam de obrigatoriedade após serem convertidos – no todo ou em partes – em instrumentos legais nacionais com toda a força do Direito. Isto só se viabiliza através da competente legislação de cada país. No caso do Brasil, país federativo, os Estados e Municípios poderão legislar a partir da A*genda 21*, seguindo a União e prevalecendo a legislação mais restritiva.[15]

Na agenda 21 são tratadas, em grandes grupos temáticos, questões relativas ao desenvolvimento econômico-social e suas dimensões, à conservação e administração de recursos para o desenvolvimento, ao papel dos grandes grupos sociais que atuam nesse processo. São apontados meios de implementação de planos, programas e projetos que visem ao desenvolvimento sustentável, ressaltando-se sempre os aspectos ligados aos

---

[11] McCORMICK , op. cit., p. 97.
[12] MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 56.
[13] SOARES, Guido Fernando. *Direito Internacional do meio ambiente:* emergência, obrigações e responsabilidades. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006. p. 37.
[14] VIOLA, Eduardo. *A multidimensionalidade da globalização, as novas forças sociais transnacionais e seu impacto na política ambiental do Brasil, 1989-1995.* In. Incertezas da sustentabilidade na globalização. FERREIRA, L.; VIOLA, E. (orgs). São Paulo: Editora da Unicamp, 1996. p. 35.
[15] MILARÉ, op. cit., p. 57.

recursos naturais e à qualidade ambiental. Milaré afirma que "a Agenda 21 é a cartilha básica do desenvolvimento sustentável".[16]

Assim como no Brasil há outros países com experiências bem sucedidas, pois o legislador constituinte conseguiu incluir no art. 225 da Magna Carta os temas de grande relevância da Agenda 21. Todavia, a sua eficácia depende da sua penetração na legislação e nos programas de governo dos países envolvidos, havendo assim, o comprometimento com as gerações futuras e a promoção do desenvolvimento sustentável do planeta**.**

3. A proteção da biodiversidade brasileira

A biodiversidade[17] e biotecnologia invadem a área jurídica, e dela reclamam ordenamentos adequados, já que afetam as características essenciais, finalidades e a indisponibilidade do patrimônio coletivo e, apresentam interfaces com a administração da vida e sua salvaguarda[18]. Nessa ótica, a biodiversidade assim como os demais, recursos naturais passaram a ser considerados como bens escassos, cuja utilização desenfreada compromete a qualidade da vida humana no planeta[19].

Portanto a Constituição Federal adotou a tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, em especial com o meio ambiente[20]. Assim sendo, não se pode tratar de diversidade biológica sem abordar o art. 1º, inciso III, da CF/88, pois para que se tenha dignidade da pessoa humana é necessária à manutenção do equilíbrio do ecossistema planetário. A discussão ecológica e a preocupação com o meio ambiente e proteção dos recursos ecológicos vinculam-se diretamente à sobrevivência do ser humano e aos direitos fundamentais.

---

[16] MILARÉ, op. cit., p. 57.
[17] Segundo a Convenção da Diversidade Biológica no seu art.2º: diversidade biológica é a variabilidade dos organismos vivos de qualquer origem, compreendendo, entre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos dos quais eles fazem parte. Isso compreende a diversidade no seio das espécies entre as espécies, bem como aquela dos ecossistemas.
[18] MILARÉ, op. cit., p.180.
[19] ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; FILHO, Airton Guilherme Berger. Propriedade Intelectual sobre a Diversidade Biológica e sobre os Conhecimentos Tradicionais Associados: entre Sustentabilidade e Biopirataria. *Revista de Integração Latino-Americana*. Santa Maria. ano 1. n. 2, 2004. p. 114.
[20] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 453.

Da mesma forma, o art. 225 da CF/88 visa a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, trazendo toda a sistemática necessária para a segurança da diversidade biológica, ligada a Idéia de vida humana digna e com saúde, em função da proteção e preservação das gerações presentes e futuras, segundo atuação do Poder Público e de toda coletividade[21]

Uma vez que "o direito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente é um direito constitucional que transborda os limites individuais"[22]. Este está vinculado à idéia de um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Portanto, o meio ambiente, no qual a biodiversidade se integra, está disponível para que atenda à existência digna do ser humano.

Desta forma, a qualidade do meio ambiente se transforma em um bem, em um patrimônio, cuja preservação, recuperação e revitalização se transformam em um imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento, assim, assegurar o direito fundamental à vida [23].

Assim, a preocupação maior com a biodiversidade, nos tempos atuais, vem da crescente ameaça de extinção que paira sobre muitas das espécies vivas mais significativas aos olhos humanos. Uma espécie não é introduzida e nem se extingue sem que sua presença ou ausência acarretem conseqüências na cadeia, daí a preocupação com a preservação de diferentes habitats, sem os quais ou fora dos quais as espécies vivas não podem manter-se[24].

Cabe salientar três razões principais que justificam a preocupação com a conservação da diversidade biológica. Em primeiro lugar, acredita-se que a diversidade biológica seja uma das propriedades fundamentais da natureza, responsável pelo equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas. Em segundo, por que a diversidade biológica representa um imenso potencial de uso econômico, em especial, pela biotecnologia. E, por fim, acredita-se que a diversidade biológica esteja se deteriorando, inclusive com

[21] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e Patrimônio Genético.* São Paulo: Max Limond, 1999. p. 28.
[22] FIORILLO, op. cit., p. 28.
[23] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 822.
[24] MILARÉ, op. cit., p.183.

aumento da taxa de extinção de espécies, devido ao impacto das atividades antrópicas.[25].

A partir do século XVII detectamos o desaparecimento de 724 espécies, e mais recentemente, entre os anos de 1900 e 1950, 60 mamíferos e aves se extinguiram, com grande prejuízo para a biodiversidade[26]. Pois, muitas vezes as espécies cultivadas fora dos meios e condições naturais, uma vez que, a movimentação e adaptação de espécies vivas, em formas comerciais e outras, como a biopirataria, podem constituir ameaça de desequilíbrio ecológico ou de extinção.

Nesse sentido, afirma Soares:

> [...] do ponto de vista normativo, que todo comportamento do homem que interfira de maneira direta com aquele processo de evolução das espécies não cultivadas (ou indiretamente, como a alteração dos habitats ou uma captura/pesca de maneira indiscriminada e irracional) e que não tenha sido determinada pelo atendimento de uma necessidade imediata deve merecer regulamentação e eventual sancionamento por parte do direito. [27]

As ameaças à biodiversidade têm várias origens, parte dos riscos globais, parte de causas locais. Entre os riscos globais emergem o efeito estufa, a ruptura da camada de ozônio e as alterações climáticas. Todos esses riscos exercem efeito nefasto na medida em que afetam as espécies vivas e rompem as cadeias ecossistêmicas. Uma vez desencadeado o processo, é praticamente impossível mantê-lo sobre controle. Já as causas locais, são inúmeras: erosão do solo, desmatamento, queimadas, caça e da pesca predatórias, comércio ilegal de espécies, monocultura e pecuária extensiva[28] (MILARÉ, 2001).

Assim, os riscos globais resultam da soma das causas locais. Miralé salienta que:

> É sabido que a destruição da biodiversidade tem sua causa maior na destruição dos habitats. E tais fenômenos e causas têm sua origem, de modo geral em interesses econômicos ou ações mal orientadas, decorrentes da falta de consciência cientifica ou ética a respeito das intervenções que afetam radicalmente os recursos naturais e o equilíbrio do meio. [29]

[25] LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. 1 ed. Bauru: EDUSC, 1999.
[26] MILARÉ, op. cit., p.188.
[27] SOARES, op. cit.,. p. 334.
[28] MILARÉ, op. cit., p.190.
[29] MILARÉ, op. cit., p.192.

Fato incontestável é que nosso país detém cerca de 23% de toda biodiversidade conhecida em nosso planeta[30]. Devido a enorme extensão territorial do Brasil faz com que ele tenha uma ampla quantidade de espécies de flora e fauna, cuja variabilidade não foi totalmente contabilizada. O foco da proteção no que se refere à biodiversidade tem sido dirigido para a Amazônia e Mata Atlântica, havendo um princípio de conscientização quanto ao pantanal e um quase abandono de biomas como o Cerrado e a Caatinga[31].

Deste modo, Antunes[32] sustenta que a grande expansão da fronteira agrícola em direção à Amazônia, assim como, a transferência populacional pra lá, que se dedicaram a atividades garimpeiras, trouxe graves resultados para o meio ambiente, mas, um dos problemas mais graves da Amazônia na atualidade são as queimadas e do desmatamento. Pois, altera os ciclos de água e de energia, induzindo um aumento na temperatura do ar e diminuição nas precipitações, podendo reduzir a quantidade de vapor d'água exportada para outras regiões. A fragmentação das áreas florestais diminui o número de habitats disponíveis para as espécies biológicas.

No mesmo sentido, Milaré[33] alerta que: "no Espírito Santo, em 1988, foram desmatados 41.400 hectares da floresta nativa, contra 44 hectares permitidos, com risco de extinção total dos ecossistemas".

A Mata Atlântica possui um valor ecológico inestimável, possui 20.000 espécies de plantas, é o segundo maior bloco de floresta tropical do país. Como se pode ver, a maioria da população brasileira está situada na área de domínio da Mata Atlântica, assim o bioma é responsável diretamente pela produção de água, estabilização do clima e qualidade do solo. No entanto, a Mata Atlântica ocupava uma área de 1,3 milhões de km2 e hoje encontra-se fragmentada, restando apenas cerca de 5% de sua extensão original, devido a sua exploração desordenada[34].

[30] ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006. p. 338.
[31] ANTUNES, op. cit., p. 340.
[32] ANTUNES, op. cit., p. 341.
[33] MILARÉ, op. cit., p.188.
[34] ANTUNES, op. cit., p. 336.

E calcula-se que 50% das espécies desapareceram pelas alterações dos habitats. Atualmente a prática da caça e da pesca predatórias é responsável por ameaças que pressionam a fauna[35].

Nesse sentido, Machado (1998) esclarece que em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir preventivamente. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.

Os objetivos do direito ambiental são basicamente preventivos. Sua atenção está voltada basicamente para o momento anterior à consumação do dano - o do mero risco. Diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única solução.

Nessa linha de raciocínio, o texto constitucional no art. 225, § 1º e incisos, visa o controle das atividades lesivas, se devidamente controladas evitarão danos maiores. Deste modo, trazem-se a colação algumas medidas preventivas da biodiversidade: a criação de unidades de conservação, estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e sanções administrativas (definidas na Lei 9.605/98, art. 72 a 76).

A Unidade de Conservação é uma denominação brasileira para áreas protegidas pelo Poder Público com a finalidade de resguardar espaços representativos dos recursos naturais do país. E tem sido utilizada em todo o mundo como uma das principais estratégias para garantir a conservação da biodiversidade. Uma vez que, mantém os processos e os sistemas vitais essenciais, preserva a diversidade genética e assegura o aproveitamento sustentado das espécies e dos ecossistemas[36].

Instrumento preventivo de proteção ao meio ambiente, o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) destina-se a analisar, prévia e sistematicamente, os efeitos danosos que possam resultar da implantação, ampliação ou funcionamento de atividades com potencial de causar significativa degradação ambiental e, caso seja necessário, propor medidas mitigadoras para adequá-las aos pressupostos de proteção ambiental.

[35] MILARÉ, op. cit., p.188.
[36] FIORILLO, op. cit., p. 41.

O prévio Estudo de Impacto Ambiental deverá ser realizado por uma equipe multidisciplinar que deverá fazer avaliações técnicas–científicas das conseqüências que a implantação do empreendimento irá causar no meio ambiente do ponto de vista físico, biológico e socioeconômico.

Concluídos os estudos, a equipe multidisciplinar deverá apresentar um documento contendo, de forma simplificada e acessível a todos os interessados, os resultados dos estudos técnicos e científicos de avaliação de impacto ambiental denominado Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. Este relatório deverá ser sempre divulgado e submetido à consulta pública e, em determinados casos, discutido em audiências públicas com o escopo de expor à comunidade da área de influência do projeto os impactos ambientais que podem ser causados por ele e de ouvir as críticas e sugestões relacionadas à implantação da atividade no local [37].

No que se trata da Lei 9.605/98, art. 72 a 76 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas lesivas ao meio ambiente, tanto pessoa física como jurídica. É conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais e representa um significativo avanço na tutela do ambiente, por inaugurar uma sistematização das sanções administrativas e por tipificar organicamente os crimes ecológicos. O diploma também inova ao tornar realidade à promessa constitucional de se incluir a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime ecológico. Também trata da desconsideração da pessoa jurídica.

Este esforço empreendido atualmente no objetivo da conservação da biodiversidade através de seu uso sustentável depende em grande medida do equilíbrio de interesses econômicos entre diversos atores sociais nacionais e internacionais, tais como Estados nocionais, empresas públicas e privadas, sociedade civil, populações indígenas e comunidades locais[38].

Nesse contexto, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco-92), em 1992, 175 países, incluindo o Brasil,

[37] ANTUNES, op. cit., p. 315.
[38] ARAUJO; FILHO, op. cit., p.118.

assinaram a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que foi ratificada em 1994, pelo Brasil[39].

A CDB tem três objetivos: a conservação da diversidade biológica; o uso sustentável de seus componentes; e a repartição justa e eqüitativa dos benefícios resultantes da utilização dos recursos genéticos. A Convenção adotou um único princípio, segundo o qual se reconhece a soberania dos Estados na exploração de seus próprios recursos naturais de acordo com suas políticas ambientais.

Assim sendo, constituiu-se em um marco de grande significado na compreensão e aceitação por parte de governos e da sociedade em geral, sobre a vital importância da conservação da biodiversidade para a manutenção e melhoria da qualidade de vida humana[40]. Entre os projetos mais amplos no Brasil estão aqueles que tratam da biodiversidade dos principais biomas: Amazônia, Pantanal, Mata Atlântica, cerrado e caatinga, muitos dos quais só restam áreas fragmentadas e que são extremamente frágeis.

É importante destacar que os compromissos do País com a conservação da biodiversidade também se traduzem em números: o Brasil tem cerca de 8% de seu território constituído de Unidades de Conservação, regidas pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC). A partir de sua experiência na implementação dos objetivos da Convenção, o Brasil procura contribuir para os debates que vêm ocorrendo na CDB sobre temas como o acesso e a repartição de benefícios relativos aos recursos genéticos e aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade; áreas protegidas; transferência de tecnologia; e a diversidade biológica de florestas, montanhas, mares e costas e ecossistemas de águas interiores[41].

4 Os direitos de propriedade intelectual com relação à Biodiversidade

> A ciência é uma expressão da criatividade humana, tanto a individual como a coletiva. Uma vez que a criatividade tem diversas expressões, considero a

[39] ANTUNES, op. cit., p. 346.
[40] SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.
[41] ANTUNES, op. cit., p. 315.

> ciência como uma iniciativa pluralista que engloba diferentes "maneiras de conhecer". Para mim, ela não se restringe à ciência ocidental moderna, mas inclui os sistemas de conhecimento de diversas culturas em diferentes períodos da história.[42]

A primeira vez que o direito se defrontou com o tema das relações entre propriedade intelectual, meio ambiente e organismos geneticamente modificados foi no *leading case* julgado pela suprema corte dos estados Unidos, Diamond vs Chakrabarty.[43]

No que se refere ao Brasil, a Constituição Federal em seu artigo 225, § 1º, II e V, determina ao Poder Público que preserve a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e que fiscalize as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação do material genético. O legislador ordinário fez editar as seguintes normas: Lei nº. 8.974/95 que regulamenta as atividades ligadas a engenharia genética. E também considerar como acréscimo que o artigo 5º, XXIX, da Constituição Federal protege o direito de propriedade intelectual.

Segundo Antunes[44] a discussão sobre o patenteamento de Organismos Geneticamente Modificados (OMG) deixou de ser um debate puramente econômico ou legal para assumir contornos ético-políticos.

Muitas críticas tem sido feitas a possibilidade legal de patenteamento de microorganismos e das diferentes formas de manipulação genética em animais e plantas. Como a de Jeremy Rifkin[45] ao afirmar que:

> o debate sobre a concessão de patentes a formas de vida é uma das questões mais importantes enfrentadas pela humanidade, pois vai direto ao âmago de nossas crenças acerca da natureza da vida, questionando se seu valor é intrínseco ou meramente utilitário.

Nesse sentido Vandana Shiva sustenta que "(...)A Bula Papal, a carta de Colombo e as patentes concedidas pelos monarcas estabeleceram os fundamentos jurídicos e morais da colonização e do extermínio de povos não-europeus. (...) Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade

---

[42] SHIVA, Vandana. *Biopirataria:* a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 29-30.
[43] Ibid., p. 41.
[44] ANTUNES, op. cit., p. 341.
[45] RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia – A valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. Tradução de Arão Sapiro. São Paulo: Makron books, 1999. p. 68

intelectual (DPI). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). (...) noções eurocêntricas de propriedade e pirataria são as bases sobre as quais as leis de DPI Do GATT e da Organização Mundial do Comércio (OMC)[46].

Como justificativa para os Direitos de Propriedade Intelectual (DPI), alega-se que eles estimulam e recompensam a criatividade intelectual. Conhecimento e criatividade foram, todavia, definidos de maneira tão estreita no contexto dos DPI, que a criatividade da natureza e dos sistemas de conhecimento não-ocidentais é totalmente ignorada. DPI, teoricamente, são direitos de propriedade de produções da mente. Por toda parte, pessoas inovam e criam. Se os regimes de DPI refletissem a diversidade das tradições de conhecimento que respondem pela criatividade e inovação nas diferentes sociedades, seriam necessariamente pluralistas – refletindo também os estilos intelectuais de outros sistemas de propriedades e de direitos – levando a uma incrível riqueza de permutações e combinações. [47]

A autora segue alertando que:

> os sistemas de conhecimento autóctones são de um modo geral ecológicos, enquanto o modelo dominante de conhecimento científico, caracterizado pelo reducionismo e fragmentação, não está equipado para levar em consideração integralmente a complexidade das inter-relações na natureza. Essa insuficiência torna-se particularmente significativa no domínio das ciências da vida, que lidam com seres vivos. A criatividade nas ciências da vida tem que incluir três níveis:
>
> 1. A criatividade inerente aos seres vivos, que lhes permite evoluir, recriar-se e regenerar-se.
>
> 2. A criatividade de comunidades indígenas que desenvolveram sistemas de conhecimento para conservar e utilizar a rica diversidade biológica do nosso planeta.
>
> 3. A criatividade dos cientistas modernos nos laboratórios de universidades ou grandes empresas, que descobrem maneiras de utilizar os seres vivos para gerar lucro.[48]

Existem conflitos entre a CDB e o Tratado Sobre Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) relacionado ao Comércio Internacional, pois, enquanto a CDB, estabelece princípios de repartição justa e eqüitativa dos benefícios, valorização dos conhecimentos tradicionais entre outros, o sistema de patentes do TRIPS protege, assegura monopólio e propriedade àquele que detém e desenvolvem novas tecnologias e

[46] SHIVA, op. cit., p. 24.
[47] SHIVA, op. cit., p. 31.
[48] SHIVA, op. cit., p. 31-32.

produtos, inclusive os oriundos da biodiversidade acessada por meio de conhecimento tradicional. As propostas sobre a implementação dos princípios da CDB entre os países mega-biodiversos e aqueles detentores de tecnologia não avançam em função de que alguns países, como é o caso dos EUA, não ratificaram essa tratado multilateral. Portanto, não são obrigados a respeitar (e não respeitam) os princípios da Convenção[49].

Em suas próprias palavras Shiva afirma que:

> o acordo sobre TRIPs do Ato Final do GATT baseia-se em um conceito de inovação extremamente restrito que, por definição, tende a favorecer as corporações transnacionais em detrimento dos camponeses e povos das florestas do Terceiro Mundo em particular. A primeira restrição é a mudança de direitos coletivos para direitos privados. Conforme declara o preâmbulo do acordo, os DPI são reconhecidos apenas como direitos privados. Isso exclui todos os tipos de conhecimento, idéias e inovações que acontecem nas "terras comunitárias intelectuais" – nos povoados entre os lavradores, nas florestas entre os povos tribais,e até mesmo nas universidades entre os cientistas. O acordo sobre os TRIPs é, portanto, um mecanismo para a privatização das "terras comunitárias intelectuais" e a desintelectualização da sociedade civil. A mente se torna um monopólio das grandes empresas.[50]

Como aponta Shiva "a emergência das novas biotecnologias mudou o sentido e o valor da biodiversidade. Ela foi convertida, de base da sustentação da vida para as comunidades pobres, em base da matéria-prima para empresas poderosas"[51].

> As patentes são necessárias para gerar um clima de invenção e criatividade. E são mais importantes como ferramentas de controle de mercado. De fato, a existência de patentes enfraquece a criatividade sócia da comunidade científica reprimindo o intercâmbio livre entre cientistas.[52]

Shiva alerta para duas restrições aos direitos intelectuais das populações locais e comunidades indígenas impostas pelo sistema de propriedade intelectual do TRIPS, em especial a propósito das patentes sobre invenções biotecnológicas: a primeira diz respeito aos direitos de propriedade intelectual que são reconhecidos apenas como direitos privados. No entanto, os conhecimentos tradicionais em sua grande maioria são de autoria plural, fazem parte de transmissão oral do conhecimento durante gerações e fazem parte da livre circulação entre as comunidades de conhecimentos, material biológico, e produtos derivados. E a segunda restrição é que segundo o TRIPS, para ser

[49] SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002. p. 132.
[50] SHIVA, op. cit,. p. 32.
[51] Ibid., p. 89.
[52] SHIVA, op. cit,. p. 36.

patenteável uma inovação deve ter potencialmente uma aplicação industrial, excluindo todos os setores que produzem e inovam fora do modo de organização industrial[53].

Shiva ainda afirma que:

> a U. S. *Trade Comission* (Comissão Internacional do Comércio dos Estados Unidos) alega que a indústria norte-americana está perdendo entre 100 e 300 milhõs de dólares por ano devido à "fraca" proteção da propriedade intelectual nos países de Terceiro Mundo. Quando se leva em conta o valor da biodiversidade e das tradições intelectuais do Terceiro Mundo utilizadas livremente por interesses comerciais nos Estados Unidos – e não países como a Índia – que se dedicam á pirataria.[54]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da situação em que se vive, a melhor forma de garantir o equilíbrio ecológico é a tutela preventiva. Isso, porque, a vocação preventiva do direito ambiental é inquestionável, pois, antecipa-se em relação aos danos, e assim atinge a almejada tutela do meio ambiente.

Deste modo, diante da crise ecológica, pelo prisma filosófico e jurídico, a natureza tornou-se simplesmente cenário em que o ator principal é o homem, pois se autoproclama "dono e senhor". No entanto, cedo o meio ambiente perderá a consistência ontológica, já está se tornando depósito de resíduos e os reservatórios de recursos não estão sendo protegidos como deveriam.

É necessária uma tomada de consciência no sentido de que a biodiversidade está integrada pelos conhecimentos e inovações da tradição dos povos, fora do sistema formal dos direitos. A biopirataria é uma forma nova de colonialismo, substituindo, no mundo moderno, os caçadores de plantas por exploradores de genes. No entanto, existe uma dificuldade de traçarem-se os limites da bioprospecção, assim entendida a utilização da biodiversidade como fonte de recurso para o fortalecimento da capacidade científica e tecnológica.

A preocupação dos Estados, especialmente os mais assediados pelas indústrias multinacionais, está em traçar o ponto de equilíbrio na utilização da biodiversidade

[53] SHIVA, op. cit., p. 31-32.
[54] SHIVA, op. cit,. p. 33.

como instrumento na obtenção de vantagem econômica. Ao traçar a sua política de bioprospecção, ou seja, de manuseio dos recursos genéticos, não se pode olvidar que se insere, nesse patrimônio, o conhecimento secular, adquirido pelas comunidades tradicionais. É a cultura de povos que, ao longo do tempo, utiliza-se dos recursos naturais, por meio de técnicas e invenções primárias, aperfeiçoadas a cada geração.

Acredita-se que as proposições internacionais para proteger a biodiversidade e frear a biopirataria apresentam três ordens de idéias: a partilha dos lucros oriundos das patentes baseadas no conhecimento primitivo de povos incultos; os pagamento de *royalties* a esses povos e a impossibilidade de venda ou negociação do conhecimento científico que possa influenciar na genética.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; FILHO, Airton Guilherme Berger. *Propriedade Intelectual sobre a Diversidade Biológica e sobre os Conhecimentos Tradicionais Associados: entre Sustentabilidade e Biopirataria*. Revista de Integração Latino-Americana. Santa Maria. ano 1. n. 2, 2004.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2003

Carta do Chefe Seatlle. Disponível em: <http://www.cetesb.sp.gov.br-ambiente/carta.asp>. Acesso em: 10 mai. 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. DIAFÉRIA, Adriana. *Biodiversidade e Patrimônio Genético.* São Paulo: Max Limond, 1999.

LÉVÊQUE, Christian. *A Biodiversidade*. 1 ed. Bauru: EDUSC, 1999.

McCORMICK, John. *Rumo ao paraíso:* a história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1992.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

RIFKIN, Jeremy. *O Século da Biotecnologia – A valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. Tradução de Arão Sapiro. São Paulo: Makron books, 1999.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria:* a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Thex Ed., 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SINGER, Peter. *Vida e Ética:* os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. Tradução de Alice Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOARES, Guido Fernando. *Direito Internacional do meio ambiente:* emergência, obrigações e responsabilidades. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.

VIOLA, Eduardo. A multidimensionalidade da globalização, as novas forças sociais transnacionais e seu impacto na política ambiental do Brasil, 1989-1995. In. Incertezas da sustentabilidade na globalização. FERREIRA, L.; VIOLA, E. (orgs). São Paulo: Editora da Unicamp, 1996.

DIREITOS AUTORAIS E O USO PÚBLICO DA MÚSICA NO CONTEXTO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Sávio de Aguiar Soares*

RESUMO

O presente artigo aborda a temática dos direitos autorais no âmbito musical com o desiderato de englobar a tutela jurídica em conformidade com os ditames constitucionais a partir da releitura dos institutos e conceitos autoralísticos, situando-se na problemática da propriedade intelectual em face da nova ordem jurídica e principalmente no estudo do diploma autoral no prisma do direito civil constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AUTORAL. OBRA MUSICAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIGNIDADE HUMANA.

RIASSUNTO

Questo lavoro versa su i diritti d´autorale nel campo musicale ha come obiettivo cercace la tutela giuridica d´accordo com le norme costituzionale per una rilettura di istituti e concetti autorale, nella problematica della proprietá intelettuale davanti a nouva ordine giuridica e principalmente nello studio della legge autorale nella visione dello diritto civile costituzionale.

PAROLE-CHIAVE: DIRITTO D´AUTORE. OPERA MUSICALE. DIRITTI FONDAMENTALI. DIGNITÀ UMANA.

INTRODUÇÃO:

Vale dizer, de início, que a compreensão total da questão requer um estudo minudente acerca das premissas de ordem doutrinária e legislativa no âmbito do Direito Privado, abrangendo a categoria dos Direitos Intelectuais (*jura in re intelectuali*) os quais se desenvolveram substancialmente no século XX em face do advento de uma

* Advogado. Mestrando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS.

conjuntura ímpar consistente no avanço de novas ferramentas de divulgação das obras intelectuais por diversas formas e processos admitidos de circulação jurídica das criações do intelecto humano.

Nesse sentido, diante de reiteradas práticas ilícitas de violação aos Direitos de Autor e dos que lhe são Conexos em detrimento dos direitos e garantias assegurados na Carta Política e em normas infraconstitucionais, exsurge a necessidade de promover a efetiva tutela legislativa, judicial e extrajudicial, contratual e obrigacional no tocante à titularidade dos criadores intelectuais e também quanto aos demais sujeitos de Direitos Autorais.

Por seu turno, torna-se proeminente ensejar a discussão em matéria de Direito Autoral no campo de execução pública musical, suscitando a aferição da integral aplicabilidade e efetividade da Lei de Direitos Autorais (LDA), Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que alterou, atualizou e consolidou a legislação brasileira na proteção legal aos Direitos de Autor e dos que lhe são Conexos com o fito de identificar os problemas que estejam dificultando a plena eficácia das normas autorais.

A propósito, a finalidade precípua consiste no estudo dos consectários legais e jurídicos decorrentes das relações formadas em virtude da utilização pública da música entre os usuários de obras musicais e os titulares destas representados pelas associações integrantes da entidade de gestão arrecadadora dos direitos autorais.

Convém asseverar, a título de fixação do marco teórico, a importância de definição categórica dos princípios da proteção autoral, tendo em vista a natureza jurídica dos Direitos Autorais considerados como direitos fundamentais (art. 5º, IX, XXVII e XXVIII, da CF), aquilatando a controvérsia sobre a colocação de tais direitos na órbita dos direitos reais em razão da coexistência (dualidade) de direitos de cunho patrimonial e pessoal (moral).

Além disso, busca-se entender por inteiro o cenário atual da proteção autoral inclusive com a observância dos meios de defesa dos direitos autorais relacionados com a utilização da música por suas variadas formas (transmissão ou emissão, retransmissão, comunicação ao público em locais de freqüência coletiva, fonogramas, radioteledifusão etc).

Destarte, pela interpretação dos preceitos legais em consonância com o estudo das normas regulamentares e estatutárias da entidade de gestão arrecadadora dos Direitos

Autorais *in casu*, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, poder-se-á perceber a aplicabilidade e efetividade do diploma autoral concernente aos direitos de exclusividade, de aproveitamento econômico das obras musicais (retribuição econômica aos criadores intelectuais), fiscalização, conservação das obras musicais utilizadas sobretudo em vista dos procedimentos de gestão dos Direitos de Autor decorrentes da utilização musical e do proveito pecuniário auferido.

Por fim, considerando os aspectos supracitados neste intróito, o presente estudo visa correlacionar as estruturas administrativas de arrecadação e fiscalização dos direitos autorais, perfazendo uma explanação condizente com a adequada interpretação e crítica do Direito em tela.

1 NOÇÕES GERAIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITOS AUTORAIS

Na definição de Bittar [1] os direitos intelectuais são aqueles que se referem às relações entre a pessoa e as coisas (bens) imateriais que cria e traz à lume entre os homens e os produtos do seu intelecto expressos sob determinadas formas, a respeito dos quais detêm verdadeiro monopólio.

Desse modo, está visto, a gênese dos direitos intelectuais constitui-se na criação do espírito humano que se rege pelos interesses materiais do indivíduo como modo de exteriorização de pensamentos, sensações, sentimentos, conhecimentos, estabelecendo-se por instrumentos mecânicos tangíveis ou simplesmente perdurando na dimensão incorpórea do que se expressa (desprovido do emprego de suporte fático) consoante a necessidade do criador intelectual.

Bittar [2] assevera que os direitos intelectuais cumprem finalidades estéticas (de deleite, beleza, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência), bem como atende a objetivos práticos (de uso econômico, ou doméstico, de bens finais resultantes da criação como móveis, automóveis, máquinas etc), ascendendo ao mundo do Direito em razão da diferenciação em dois sistemas jurídicos especiais quanto ao Direito de Autor e ao Direito de Propriedade Industrial.

[1] Bittar, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.
[2] Idem, ibidem.

Por conseguinte, o Direito de Autor regula as relações jurídicas decorrentes da criação intelectual e a utilização das obras intelectuais pertencentes ao campo de atuação da literatura, das artes e das ciências (arts. 11 a 13 da Lei nº 9.610/98). Enquanto o Direito Industrial aplica-se a regulação das criações estéticas de cunho utilitário voltadas para a satisfação das necessidades humanas imediatas, sendo dotadas de uso empresarial, afigurando-se nas chamadas patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial) e marcas (de indústria, de comércio, ou de serviço e de expressão, ou sinal de propaganda).

Vale mencionar a proposição de Bittar [3] de que os Direitos intelectuais constituem a síntese entre a defesa dos vínculos de cunho pessoal (direitos morais) e patrimonial (pecuniário) do autor com sua obra e posterior controle da circulação jurídica em conformidade com os diferentes interesses envolvidos desde os de seu explorador econômico aos do titular do respectivo suporte físico e dos da coletividade aos do Estado, haja vista a utilização econômica da obra.

Assim, a justificativa teleológica para a bipartição dos Direitos intelectuais funda-se no fato da valoração dos interesses sobreditos, dado que os bens de natureza utilitária dotados de interesse mais imediato para a vida humana são sujeitos a um prazo menor de exclusividade do criador. Em contrapartida, os direitos decorrentes das criações intelectuais munidas de maior alcance social exigem lapso de proteção patrimonial estendido.

Portanto, é inteligível que o Direito intelectual conceitua-se como propriedade imaterial ou incorpórea na qualidade de gênero, tendo como espécies os direitos de autor, os direitos conexos, os direitos de propriedade industrial e os direitos personalíssimos (direito moral de autor).

Em que pese essa esquematização doutrinária acima ora esposada emerge subsistente consignar, ainda que brevemente, a posição do Prof. Leonardo Poli que preconiza a reconstrução das instituições e conceitos de Direito Autoral mediante a ressistematização do Direito Autoral, ou seja, a tripartição da propriedade intelectual em três ramos, propriedade industrial, Direito Autoral e propriedade tecnodigital, que comungariam das mesmas normas fundamentais. De modo que, essa nova categoria jurídica versaria sobre aplicação do direito autoral em vista da tecnologia digital que

[3] Idem, ibidem.

sistematicamente tem ocasionado mudanças cruciais na seara da propriedade intelectual. Todavia, esse tema seria apropriado para outro estudo cuja dimensão não comporta neste momento do presente artigo maiores comentários. [4]

Nesse contexto, a razão de ser dos Direitos do Intelecto situa-se na inarredável proteção autoral que se exige por meio dos tratados e convenções internacionais, assim como pelas legislações internas da maioria dos países componentes da Organização Mundial do Comércio (OMC) em sua quase totalidade signatários da Convenção de Berna relativa aos Direitos Autorais e da Convenção de Paris alusiva aos direitos industriais.

Por pertinente, os Direitos sob exame são objeto de proteção por motivos de ordem histórica o que pretende esclarecer a idéia da tutela das obras intelectuais a fim de refrear violações variadas que se aperfeiçoam sobremodo com o avanço tecnológico direcionado a práticas ilícitas, dentre outras, como a feitura de edições e cópias abusivas.

A conceituação de direito de autor é amplamente convergente com os ditames legais, considerando que se reconhece como ramo da Ciência Jurídica que já se corporificou de forma autônoma como conjunto de normas pertinentes à disposição de direitos e obrigações emanados da atividade criadora em suas diversas hipóteses de realização no campo literário, artístico, científico ou assemelhado, quando da divulgação da criação do espírito por meio da denominada comunicação jurídica da mesma que implica aspectos de cunho patrimonial e moral ao titular da obra.

Vale frisar ponderações sobre a natureza jurídica do Direito de Autor como ramo do Direito com fisionomia própria, como Direito *sui generis* (especial), nas palavras de Bittar se sujeita a disciplinação específica, em separado das codificações, diante de princípios e regras consagradas, universalmente, em sua totalidade estrutural.[5]

Roberto Senise Lisboa enumera, com propriedade, as características principais dos direitos autorais bipartidos em sua essência, refletindo os seguintes elementos: incindibilidade dos direitos morais e patrimoniais, dualidade dos direitos em morais e pecuniários, a perpetuidade (perenidade) do vínculo entre a obra e seu autor, viabilidade

[4] POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.
[5] Bittar, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

da comunicação da obra, temporariedade dos direitos patrimoniais, exclusividade do autor para a utilização econômica da obra e também a interpretação estrita dos negócios jurídicos firmados pelo autor para a circulação jurídica da obra. [6]

Cumpre delinear a conceituação basilar com o escopo de aduzir a natureza jurídica *sui generis* dos direitos autorais a partir do preceituado no diploma autoral e no próprio texto constitucional. Logo, o direito autoral destina-se a salvaguardar os titulares de direitos de autor e dos que lhe são conexos na defesa da paternidade e integridade das obras intelectuais, em observância ao caráter bifronte, no tocante ao aspecto de manifestação direta da personalidade intangível do autor da própria essência da atividade criadora (arts. 24 a 27 da LDA) e, igualmente, na qualidade de propriedade móvel ante a natureza de direito real pela índole econômica viável no exercício do *jus utendi, fruendi et abutendi* (direito de usar, fruir e dispor) de sua criação, por força dos arts. 28 a 45 do diploma autoral. [7]

É cediço que a obra intelectual reveste-se de originalidade e criatividade aplicadas na divulgação da própria personalidade do criador que manifesta seu estado de espírito e sua inteligência sob a égide do monopólio autoral.

Por pertinente, as características peculiares aludidas que se coadunam com o direito de exclusividade do autor de divulgar a obra ao público e fruir dos rendimentos econômicos dela decorrentes, e também com o direito de fiscalização do aproveitamento pecuniário das obras referem-se à materialização e distribuição voltada em prol da consentânea retribuição em virtude da projeção econômica da criação.

Contudo, os citados direitos de feitio patrimonial (econômico) se tornam suscetíveis de limitação temporal diante do interesse público de que a obra seja amparada por lapso de tempo delimitado, com vistas à mantença de um equilíbrio entre o direito individual do criador em gozar de suas garantias fundamentais e o direito à informação e ao conhecimento que se busca incessantemente, implicando a noção de domínio público.

Desse modo, o domínio público é visto pela ótica da função social da propriedade intelectual em virtude da cessação da exclusividade que constitui o autêntico monopólio deste direito fundamental pertencente ao titular de direito autoral. O art. 46, da LDA é

[6] LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil:** direitos reais e direitos intelectuais. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. 4 v.
[7] Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

expressão da função social do direito de propriedade intelectual e aduz seu esteio jurídico no inciso XXIII, do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. [8]

Os direitos morais de autor estão eminentemente correlacionados com a própria essência da atividade de criação intelectual, por seu turno, detendo *status* de prerrogativa intransferível, irrenunciável e inalienável da pessoa do autor que merece proteção legal *ad infinitum*.

O primeiro aspecto a ser observado é respeitante ao direito de ordem moral ante a manifestação direta da personalidade, de caráter intangível, abrangendo a paternidade (autoria), o nome (designação dada à obra intelectual), a integridade (direito de veiculação da obra conforme aprouver ao autor), exclusividade (direito de uso da obra pelo autor ou por quem for outorgado para tal), o inédito (direito de manter a obra reservada para si, ou seja, não divulgada), retirada da circulação (assegurada pelo autor para alterações ou por motivo de foro íntimo), modificação e preservação da memória da obra intelectual, qualificando-se como direito personalíssimo dado os caracteres da originariedade, oponibilidade *erga omnes*, extrapatrimonialidade, indisponibilidade ou irrenunciabilidade, intransmissibilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade e a imprescritibilidade.

Os Direitos conexos denominados como vizinhos ou análogos aos do autor, ou também próximos aos de autor, paraautorais ou afins, conceituam-se como direitos de cunho patrimonial nivelados aos de autor em razão da divulgação e publicização das obras intelectuais por parte dos artistas, intérpretes (cantores) e executantes (músicos), englobando as pessoas que recitam e declamam obras intelectuais, gravadoras, produtoras fonográficas, editoras musicais e emissoras de rádio e televisão.

No que atine aos direitos conexos em espécie, a lei autoral (Lei nº 9.610/98) disciplina a matéria nos arts. 89 a 96, consoante as categorias pertencentes ao campo de aplicação dos titulares paraautorais, alcançando as obras protegidas no que se refere às interpretações artísticas e musicais, vocalizações, execuções por meio da emissão de sons, ou de sons e imagens, produções sonoras, enfim, criações intelectuais fundadas em afins já de fato fixadas e vitalizadas pelos responsáveis por divulgar e até mesmo perpetuar as obras intelectuais ali reportadas.

---

[8] CASASSANTA, Eduardo Monteiro de Castro. Direitos autorais de execução pública musical. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6966>. Acesso em:13 ago. 2005.

2 DIREITOS AUTORAIS MUSICAIS

2.1 A música no prisma legal

A música pode ser entendida como movimento, ritmo, sons, silêncios, ruídos e até mesmo sentimento ou consciência do espaço-tempo e ainda conversas, o estar atento àquele que domina seu instrumento, o misturar-se às ondas do mar ou à multidão reunida numa feira, o imaginar num átimo a agitação dos átomos no dizer de J. Jota Moraes "é músico aquele que ouve ativamente, criativamente, pois nem sempre colocar um disco no aparelho de som e sentar-se para ouvir o dado escolhido significa alienação[...]".[9]

Nesse panorama, a música enquanto objeto de tutela em lei é fruto de uma série de fatores que se compatibilizam com os anseios das populações em adquirir entretenimento e o exercício de modos de intercâmbio de informações e conhecimentos entre todos, cumulando-se com a transformação mundial engendrada com o progresso da economia de mercado que, além dos instrumentos econômicos de avanço industrial e tecnológico, também atinge a cultura dos povos, em relevo do Ocidente, proporcionando a aplicação da música para fins que se peculiarizam desde o processo de criação da mesma até a configuração tecnológica e industrial, acarretando influxos nas relações sociais e de ordem econômico-financeira.

Vale mencionar que o interesse da proteção legal obviamente não é tão-só a garantia de exclusividade e aproveitamento pecuniário da obra em vista do autor, porém destacando-se a cadeia de produção que envolve cifras incomensuráveis no patamar de bilhões de dólares por ano em todo o mundo segundo estimativas consultadas. Como reflexo pode-se concatenar essa questão com o advento de infinitos grupos musicais, compositores de toda sorte, cantores e intérpretes, enfim, formulando uma cultura massificada.

Destarte, ocorre que a obra musical juridicamente considerada fulcra-se tradicionalmente na fixação em suporte[10], tangível ou intangível, sendo a alavanca para

[9] MORAES, J. Jota. **O que é música**. São Paulo: Brasiliense, 2001.
[10] Cuida-se de termo técnico cediço na seara do direito intelectual, significando meio físico ou material em que é insculpida obra, como papel no caso dos livros, cd e dvd, no caso das músicas.

a comunicação ao público. Esta é contemplada pela circulação jurídica da obra corroborada com o pressuposto da existência de diversas aplicações e meios de propagação à coletividade de pessoas, vale dizer, pelas formas e processos de utilização da criação intelectual.

2.2 Sujeitos de direitos autorais

De antemão, cumpre aludir ao Regulamento de Arrecadação em vigor do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD o qual classifica os usuários de obras musicais em conformidade com a modalidade de atividade econômica e a freqüência de utilização das obras musicais, lítero-musicais e fonogramas em execuções públicas de acordo com a parte I, dos princípios gerais, item 07, enquadrando respectivamente em usuário permanente, eventual e geral, *ipsis verbis*:

> "usuário permanente – aquele que de maneira constante, habitual e prolongada utiliza obras musicais e fonogramas em sua atividade profissional ou comercial. A periodicidade do pagamento de retribuição autoral será no mínimo mensal. No caso de promoção de espetáculos, cinemas e circos considera-se habitual à execução musical sempre que o usuário, num mesmo local de que seja proprietário, arrendatário ou empresário, tiver efetuado o mínimo de 8 (oito) espetáculos ou audições musicais por mês durante 10 (dez) meses em cada ano civil. Também se enquadram como permanentes, os empresários locais ou regionais que promovem espetáculos musicais em várias cidades, nas mesmas condições acima referidas. Caso o usuário permanente se torne inadimplente, perderá a prerrogativa de usufruir qualquer benefício que lhe tenha sido conferido em razão da permanência da utilização musical.
> usuário eventual – aquele que por exclusão não é usuário permanente.
> usuário geral – para os efeitos do Regulamento de Distribuição, é aquele que não foi enquadrado como emissora de radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, circo e parque temático, sala de projeção, promotor de show, espetáculos e eventos especiais."

Em síntese, para os fins conceituais aplicáveis conforme o Regulamento sobredito designa-se usuário de direito autoral como:

> "toda pessoa física ou jurídica que utilizar obras musicais, lítero-musicais, fonogramas, através da comunicação pública, direta ou indireta, por qualquer meio ou processo similar, seja a utilização caracterizada como geradora, transmissora, retransmissora, distribuidora ou redistribuidora. (cf. item 1, dos princípios gerais do Regulamento de Arrecadação do ECAD)."

São exemplos de usuários de música aqueles previstos no art. 68, §3º da LDA, tais como os promotores de eventos e audições públicas, cinemas e similares, emissoras de televisão por assinatura, boates, clubes, lojas comerciais, micaretas, trios, desfiles de escola de samba, estabelecimentos industriais, *shopping centers*, salões de beleza, clínicas, academias de ginástica, pessoas físicas ou jurídicas que disponibilizem músicas na *internet* etc.

A cobrança dos direitos autorais relacionados com a música observa uma tabela de preços de abrangência nacional em que os valores devidos variam de acordo com o tipo, a classe e o nível de usuário, bem como pela capacidade socioeconômica da unidade da federação e nível populacional do município em que esteja localizado o usuário.

Em relação à obra musical os titulares originários consistem no compositor da música e o autor-compositor da letra (obras primígenas), assim como o adaptador, tradutor, arranjador e compositor de variação no caso das obras derivadas. [11]

Por outro lado, observa-se a presença da titularidade derivada pautada nas relações contratuais de ordem sucessória (sucessão *mortis causa*) ou *inter vivos* nas espécies contratuais diversificadas tais como edição, cessão, representação ou execução, entre outras, alcançando a órbita dos direitos paraautorais. Em última análise, provindo da sub-rogação dos direitos autorais relativos a criação da obra musical, lítero-musical ou fonograma.

Vale frisar outros sujeitos que atuam no campo musical, quais sejam, o editor como pessoa física ou jurídica a que se imputa o direito exclusivo de reprodução da obra e de divulgação, baseando-se nos limites do contrato de edição (art. 5º, X, da LDA).

Além do produtor como pessoa física ou jurídica responsável pelo custeio (responsabilidade econômico-financeira) da fixação do fonograma ou de obra audiovisual, promovendo a reprodução, direta ou indireta, total ou parcial e a distribuição, por intermédio da venda ou locação de exemplares da reprodução e pelas outras modalidades de utilização legalmente protegidas (art.5º, XI da LDA).

---

[11] RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. Lei de Direitos Autorais nas obras musicais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 67, 1 set. 2003. Disponível em:<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4328>.Acesso em: 20 fev. 2005

De acordo com o previsto nos arts. 97 a 100, do Título VI, da LDA em vigor é lícito tecer comentários acerca das associações de titulares de direitos de autor e dos que lhe são conexos, posto que se constitui em um traço distintivo na seara da propriedade intelectual o que viabiliza o arrimo de todo o sistema legal de proteção e defesa da paternidade e integridade das obras intelectuais, assegurando o regular funcionamento da estrutura de arrecadação e distribuição dos direitos autorais de forma eficiente e eqüitativa.

Vale dizer, a consistência do sistema se funda em princípios emanados do próprio texto constitucional na medida em que estabelece no art. 5º, XXVIII, "b", a possibilidade de fiscalização do proveito pecuniário das obras utilizadas em face das entidades associativas que congregam os diversos sujeitos de direito autoral (autores, compositores, músicos, intérpretes, executantes, literatos, artistas etc).

Portanto, as associações são aquelas entidades sem fins lucrativos, que têm a faculdade, em nome do autor e/ou titular, de exercer a ação de vigilância e controle sobre as vantagens ou as utilizações que se auferem com a obra, retratando precisamente a gestão coletiva. [12]

No Brasil, hodiernamente, segundo informa o próprio ECAD existem 12 (doze) associações de titulares de direitos de autor e conexos relacionados com a execução pública musical. Cuida-se do escritório central único (ECAD) responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos correlacionados com a execução pública das obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas.

O ECAD, Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, configura uma associação civil, quer dizer, de caráter privado, sem fins lucrativos, mantida pelas associações de titulares de direitos de autor e os que lhe são conexos foi instituído com o escopo basilar de autorizar a utilização das obras intelectuais preservadas sobre sua égide no atinente ao arrecadar e distribuir os direitos de execução musical e assemelhados.

Inequívoca, portanto, a legitimidade legal e processual do ECAD no tocante à qualidade de mandatário judicial ou extrajudicialmente de seus filiados, consoante remansosa jurisprudência dominante.

---

[12] PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais:** os direitos autorais do trabalhador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 2 v. p. 250.

Destarte, impõe-se o modelo baseado na outorga de mandato em que as associações integrantes do ECAD delegam-lhe poderes, colocando-o como mandatário das mesmas para a defesa judicial e extrajudicial em nome próprio como substituto processual, bem como na cobrança dos respectivos direitos autorais. Vale dizer, o ECAD recebe poderes por meio das associações dos titulares de direitos autorais nacionais e estrangeiros e não diretamente dos titulares, de modo que a centralização da arrecadação e distribuição ocorre com o desempenho do escritório corporificado pela formação da Assembléia Geral como órgão de direção, atribuindo-lhe responsabilidade social corporativa no desenvolvimento de suas múltiplas atividades. [13]

3 TUTELA AUTORAL DAS OBRAS MUSICAIS

3.1 Aspectos legais

A proteção legal é indiscutível em face da obra musical caracterizada como síntese de melodia, harmonia e ritmo, sendo composta apenas de sons ou de sons e textos, na medida em que é expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte físico, tangível ou intangível.

De acordo com Pedro Vicente Bobbio citado por Edmir de Araújo os direitos correlacionados à representação da obra são na terminologia do direito de autor denominados de grandes direitos enquanto os pequenos direitos são aqueles relativos à execução musical.[14]

Faz-se imperioso aduzir que a execução pública ocorre pela utilização de obras musicais nos locais qualificados como de freqüência coletiva independentemente da existência de lucro ou não, tais como, teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares e clubes, associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitem obras literárias, artísticas ou científicas,

[13] SANTIAGO, Vanisa. **A gestão coletiva dos direitos autorais**. Palestra proferida em 2005.
[14] ARAÚJO, Edmir Netto de. **Proteção judicial do direito de autor.** 1. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 64.

por força do art.68, §3º, da LDA, indicando que essa enumeração é meramente exemplificativa.

A divulgação de uma obra musical por qualquer meio ou processo suscita, por via de conseqüência, reflexos na órbita patrimonial em favor dos autores, editores e empresas fonográficas de acordo com percentuais especificados para cada qual, embasando a necessidade de retribuição pela criação intelectual que é usufruída por terceiros.

Ademais, impende afirmar que as limitações ao direito de autor correspondem às possibilidades de utilização da obra intelectual sem necessidade de prévia e expressa autorização do titular da obra autoral, isto é, seja esta autorização do próprio autor ou do titular dos direitos patrimoniais de autor o que equivale a exceções aos princípios aplicáveis aos direitos patrimoniais de autor.

A legislação autoral brasileira em vigor elenca uma série de possibilidades de reprodução lícita de obras intelectuais, isto é, hipóteses nas quais não há violação aos direitos patrimoniais de autor. Insta aduzir que há celeuma na doutrina jurídica especializada acerca do entendimento relacionado com as limitações tratadas no diploma autoral, nos termos dos arts. 46 a 48 da LDA, questionando se a interpretação e aplicação dos dispositivos sob análise devem ser feitas de forma restritiva ou ampliativa.

Nesse sentido, é lícito concluir que as normas constitucionais aplicáveis aos direitos autorais merecem plena efetividade do intérprete e aplicador da lei autoral, sendo que os parâmetros definidos no texto constitucional não podem ser olvidados. Com efeito, vale destacar a importância dos preceitos correlatos da Constituição Federal de 1988 que versam sobre o acesso à informação, ao desenvolvimento nacional, educação, cultura e ciência todos compreendidos como razões de limitação ao direito patrimonial de autor que se posicionam em norma hierarquicamente superior ao diploma autoral e não podem ser por este expungidas do ordenamento jurídico pátrio.

Quanto à órbita moral são hipóteses de violação as condutas que incorrem na inobservância dos direitos proclamados no art. 24 da LDA segundo o qual seria transgressão a atribuição de autoria sem respaldo fático e jurídico que atinja a paternidade e integridade da obra; a não indicação de nome, pseudônimo ou sinal

convencional na utilização da obra; a modificação da obra sem o consentimento do autor, entre outros.

As violações aos direitos morais de autor são aquelas que dizem respeito à ofensa aos sentimentos subjetivos da pessoa do autor em especial em face da identificação do autor (direito de nominação), ensejando reparação ou compensação por perdas e danos inclusive de ordem extrapatrimonial por causa do direito ao crédito (identidade) de autoria.

Nesse diapasão, a inviolabilidade da pessoa humana tem este viés relativo a um setor peculiar que atine ao bem jurídico imaterial resultado da atividade de criação o qual se materializa com a exteriorização da obra intelectual (literária, artística e científica).

A ordem jurídica confere a tutela jurídica geral da personalidade com suporte na cláusula da dignidade da pessoa humana para proteger o homem nas suas relações existenciais e patrimoniais. Nessa perspectiva, o pensamento do civilista César Fiuza aduz que a razão de ser dos direitos da personalidade é promover o homem pessoal e socialmente em sua dignidade e cidadania a fim de abranger a tutela tanto das situações patológicas em que o sujeito padece de danos a sua personalidade quanto todas as demais, definindo o alcance da chamada cláusula geral de tutela da personalidade. [15]

Na ordem de valores fixada pelo legislador constituinte introduziu-se a titularidade do direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado a fim de prevenir, reparar ou reprimir lesões aos bens jurídicos da personalidade, nos termos do art. 12 do Código Civil de 2002, em consonância com os preceitos constitucionais que preconizam a máxima salvaguarda à dignidade humana. [16]

Nesses termos, é inconteste a natureza jurídica da relação autor-obra como substrato para a tutela de diversos aspectos da personalidade intelectual no respeitante a intimidade, a honra, a reputação (boa fama), justificando o resguardo desses bens inerentes à pessoa do autor.

---

[15] FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.167.

[16]RIBEIRO, Valério Augusto. Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/direito privado. In: FIUZA, César. (coord.) **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Thomson, 2004. p. 98.

3.2 Gestão coletiva de direitos autorais musicais

Pode-se identificar o modelo brasileiro sob o prisma da Lei nº 5.988/73 que condensou as normas relativas à proteção autoral que se apresentavam anteriormente esparsas e confusas. Além do que havia uma variedade de associações (em tese articuladas com interesses comuns) que suscitava um panorama de disputas entre autores e editores sobretudo em virtude dos contratos firmados entre as sociedades brasileiras e as congêneres dos titulares norte-americanos.

A Lei de 1973 previu o princípio da centralização da arrecadação e distribuição no âmbito da estruturação administrativa do sistema autoral com o fito de solucionar a problemática da existência da multiplicidade de associações em consonância com o princípio da liberdade associativa. Além do ECAD propriamente dito o referido diploma legal estabeleceu a criação de um organismo estatal de assistência, consulta e fiscalização denominado Conselho Nacional de Direito Autoral – CNDA.

Por outro lado, o CNDA foi desativado em 1990 em razão de reformulações administrativas que transformaram o Ministério da Cultura em Secretaria especial, sendo que com o advento da LDA em vigor ultimou-se a extinção legal do órgão supracitado, concentrando a salvaguarda autoral na esfera do ECAD.

O modelo de gestão coletiva que foi adotado no Brasil é de natureza voluntária, uma vez que a outorga de poderes à organização é o instrumento para que esta exerça os direitos de seus associados. A administração das obras intelectuais dos respectivos titulares sucede sob a forma de autogestão com a ingerência de um corpo administrativo pelo exercício da gestão conjunta dos direitos de autor e dos direitos conexos.

No tocante à dinâmica das licenças centralizadas na seara autoral discute-se a eficiência do sistema de proteção das criações do espírito diante da tecnologia digital que possibilita reproduções indiscriminadas devido à facilidade de usos e multiplicação das criações do espírito, enveredando para a formulação de mecanismos de codificação e acompanhamento dos usos autorizados.

A Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores – CISAC a fim de viabilizar a concessão de licenças em face da comunicação digital introduziu o Sistema de Informação Comum (CIS), configurando uma rede de bases de

dados unidas cujas informações acerca das obras e titulares são disponibilizadas para identificação rápida e exata. [17]

Na compreensão de Vanisa Santiago o tipo de gestão coletiva mais adequado ao mundo da multimídia e das tecnologias digitais é o do "*one-stop-shop*" ou da "*ventanilla única*" que significa em inglês ou espanhol "guichê único" caracterizado pela emissão de licenças para o uso de obras intelectuais de naturezas diversas, garantindo-se a proteção e atuando como facilitador no que se atém a acessibilidade às obras.

Vanisa Santiago acrescenta que o sistema do guichê único possibilita, por exemplo, ao produtor de uma obra multimídia que necessite da autorização do autor de um texto poético, do autor de uma música e do autor de um desenho por meio de uma só organização que conceda licenças ou autorizações centralizadas para várias espécies de obras reduzindo despesas.

Desta feita, em se tratando de eficácia jurídica e administrativa, pode-se aduzir o aspecto relativo valores arrecadados pelo ECAD os quais são distribuídos de acordo com as formas de utilização da música em razão dos critérios fixados pelas associações de autores. Nas execuções musicais mecânicas, por exemplo, são repassados 2/3 (dois terços) das importâncias para os titulares de direitos de autor (autores, compositores e editores musicais) e 1/3 (um terço) para os titulares de direitos conexos (intérprete, músicos acompanhantes e produtores fonográficos). Enquanto que na música ao vivo todo o valor arrecadado dentro do percentual preestabelecido é do titular de direito de autor é, visto que não há emprego de fonograma (suporte material).

Conforme dispõe o próprio ECAD geralmente a distribuição é feita com os percentuais de 75% (setenta e cinco por cento) para autores e 25% (vinte e cinco por cento) para editoras musicais, além do que o devido a título de direitos conexos para os intérpretes são repassados 41,70% (quarenta e um vírgula setenta por cento), para os músicos 16,6% (dezesseis vírgula seis por cento) e para as produtoras de fonogramas 41,70% (quarenta e um vírgula setenta por cento). Noutro dizer, afigura-se o "ponto", que é o valor de cada execução musical em qualquer tipo de distribuição, podendo ser autoral ou conexo.

[17] SANTIAGO, Vanisa. **A gestão coletiva dos direitos autorais**. Palestra proferida em 2005.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imperioso o fundamento constitucional decorrente da nova ordem jurídica que promoveu a funcionalização dos institutos do direito civil o que suscitou percucientes modificações paradigmáticas, em especial, no tocante aos critérios interpretativos condizentes aos valores albergados na Carta Política, uma vez que esta destacou expressamente as relações existenciais em desfavor daquelas de caráter patrimonial.

Os reflexos desse processo sobredito no texto constitucional produziram a consolidação dos direitos humanos fundamentais em prol da plena eficácia normativa, insculpindo-se os incisos XXVII e XXVIII do art. 5º da CF que foram devidamente regulamentados pelo diploma autoral. Além da garantia de liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença na dicção do art. 5º, inciso IX, da CF, sendo a confirmação da plenitude de amparo, nos termos do ordenamento do direito de propriedade intelectual.

Nesse espectro erigiu-se entre outros, por inteiro, o princípio fundamental da autorização (anuência) formal prévia e expressa do titular de direito autoral para utilização da obra protegida, sob as penas da lei, uma vez que de sua violação incide responsabilidade civil e criminal por se tratar de ato ilícito.

O princípio da exclusividade positivado (art. 5º, XXVII, CF) que tem guarida na ordem jurídica notadamente não constitui direito absoluto, porquanto se torna determinante a ponderação de valores em conformidade com a já mencionada função social (art.5º, XXIII, da CF).

A validade jurídica da proteção autoral no caso concreto evidentemente consubstancia-se na máxima efetividade de controle do uso e de seus consectários das criações do espírito, de sorte que o mandamento constitucional constitui-se inelutável pela pujança dos direitos fundamentais em tela, justificando a razão de ser do sistema jurídico vigente.

Vale dizer que o sistema de proteção em comento atende a preceitos oriundos de tratados e acordos internacionais especialmente afigurando-se na Convenção de Berna cuja mantença é encargo da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), sendo que a aplicação dos princípios de lastro internacional tem ressonância expressiva na economia de mercado em que se enquadra a realidade brasileira.

Por seu turno, diante da dimensão continental do território brasileiro aliada a ingente desinformação que atinge um numeroso percentual de usuários de obras intelectuais protegíveis dificulta-se a prática da utilização autoral, tornando-se um fator dentre vários para a verificação de violações pelo uso indiscriminado em desfavor dos direitos de autor à míngua de mecanismos eficazes para a consecução das prerrogativas dos sujeitos de direito autoral.

O respeito aos preceitos fundamentais é direito e dever de todos como arrimo do Estado Democrático de Direito, exigindo atuação incisiva em favor dos direitos do intelecto humano. O proveito pecuniário pelo emprego concreto da criação do espírito não se trata de mero individualismo, mas especialmente de preservação da atividade criadora que demanda a tutela como pressuposto de existência, visto que a questão econômica não pode ser dissociada dos esforços intelectuais do sujeito de direito autoral que naturalmente requer sustentação para o exercício de suas produções.

Impende, portanto, depreender que a efetividade da proteção autoral à luz do texto constitucional é assegurada como princípio que se irradia como decisivo para a continuidade da cadeia produtiva complexa que precede a divulgação de uma obra intelectual.

Conclui-se que a promoção do ser humano se perfaz na seara do direito autoral pelo papel dignificante que a atividade criadora das produções artísticas, científicas e literárias proporciona ao próprio criador intelectual, dado que objeto de propriedade de ordem material e moral reconhecido socialmente cujo monopólio deve ser compatibilizado com o interesse público ante os objetivos de índole cultural da humanidade.

Assim como, vale destacar a elevação da dignidade humana a princípio constitucional da ordem pública como fundamento da República, nos moldes no Estado Democrático de Direito, que diretamente deflui para as relações jurídicas privadas no sentido de funcionalizar a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais para a realização da pessoa humana.

Nesses termos, o diploma autoral vigente aduz preceitos idôneos a dar guarida ao homem na condição de titular de direitos quanto aos frutos de seu intelecto com espeque no sentido social próprio do paradigma axiológico da ordem democrática do Estado Brasileiro que se coaduna com a disciplina internacional do tema em estudo.

Finalmente, pode-se asseverar que a lei de direitos autorais é satisfatória no sentido de integrar supedâneo para a máxima efetivação dos direitos fundamentais do homem em consonância com os ditames constitucionais, respaldando por definitivo as prerrogativas acima indicadas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Proteção judicial do direito de autor.** 1. ed. São Paulo: LTr, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2004.

BRASIL. Lei n. 9619/1998. Lei de Direitos Autorais de 19 de fevereiro de 1998. *DOU*, Brasília, 20 fev. 1998.

CASASSANTA, Eduardo Monteiro de Castro. Direitos autorais de execução pública musical. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 730, 5 jul. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6966>. Acesso em: 13 ago. 2005.

FIUZA, César. **Direito civil:** curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.167.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil**: direitos reais e direitos intelectuais. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. 4 v.

MORAES, J. Jota. **O que é música**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

PIMENTA, Eduardo. **Princípios de direitos autorais:** os direitos autorais do trabalhador. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

RIBEIRO, Valério Augusto. Os direitos da personalidade vistos sob a perspectiva da dicotomia clássica direito público/direito privado. In: FIUZA, César. (coord.) **Curso avançado de direito civil**. São Paulo: Thomson, 2004.

RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. Lei de Direitos Autorais nas obras musicais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 67, 1 set. 2003. Disponível em:<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4328>.Acesso em: 20 fev. 2005

SANTIAGO, Vanisa. **A gestão coletiva dos direitos autorais**. Palestra proferida em 2005.

ABANDONO AFETIVO NAS NOVAS ORDENS CONSTITUCIONAL E CIVIL: AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS NO CAMPO DA RESPONSABILIZAÇÃO

Bianca Gabriela Cardoso Dias[*]

Maria da Fé Bezerra da Costa[*]

RESUMO

Com o advento de uma nova ordem constitucional e civil no ordenamento jurídico brasileiro, surgem questões antes não vislumbradas e questionamentos que padecem de resoluções. A família, tão atingida pelas mudanças que essa nova ordem impôs, é alvo permanente dessas questões. Uma das mais relevantes celeumas nesse sentido é a responsabilização dos pais para com os seus filhos quando da configuração do abandono afetivo, isto é, as possíveis conseqüências jurídicas geradas a partir da omissão dos genitores no desenvolvimento mental e moral da criança enquanto sujeito de direitos e deveres na sociedade.
Este trabalho possui essa proposta, qual seja, a de demonstrar a plausibilidade da existência de um efetivo dano moral e psíquico sobre os infantes que sofrem do abandono afetivo por parte de seus genitores, bem como o fundamento jurídico da responsabilidade civil imposta a estes por esses atos, ensejando indenização por dano moral àqueles.

PALAVRAS-CHAVE: ABANDONO–AFETIVO, RESPONSABILIDADE – CIVIL, INDENIZAÇÃO.

ABSTRACT

With the advent of a new constitutional and civil order in the Brazilian legal system, questions before not glimpsed and questionings appear that need resolutions. The family, so reached for the changes that this new order imposed, is target permanent of these questions. One of most important problems in this direction is the responsabilization of the parents with its children when of the configuration of the affective abandonment, that is, the possible legal consequences generated from the omission of the genitors in the mental and moral development of the child while subject of rights and duties in the society.
This work possess this proposal, which is, to demonstrate the possibility of the existence of an effective pain and suffering and psychic on the infants who suffer of affective abandonment on the part of its genitors, as well as the legal bedding of the civil

[*] autora: Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.
[*] co-autora: Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas.

responsability imposed to these for such acts, trying indemnity for pain and suffering to those.

KEYWORDS: ABANDONMENT–AFFECTIVE, RESPONSIBILITY–CIVIL, INDEMNITY.

INTRODUÇÃO

A família contemporânea, constituída e reconhecida como núcleo da sociedade no art. 226 da Carta Magna Brasileira, perpassou por uma série de modificações até que se alcançasse a situação jurídica atual. A ordem constitucional de 1988 foi a que primeiro nos trouxe inovações, tratando a existência da entidade familiar ainda que sem a celebração civil do casamento (instituindo a *união estável)*, bem como do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e o reconhecimento civil do casamento religioso, além de um rol extenso de direitos à criança e ao adolescente, componentes em formação da família.

O Código Civil de 2002, como não poderia deixar de ser, aderiu a essa nova forma de tutelar a entidade familiar, reconhecendo e regulando os dispositivos acima expostos, dentre outros. Sua entrada em vigor proporcionou ao mundo jurídico uma verdadeira transformação de idéias, pensamentos e doutrinas que até então eram consideradas inválidas.

Dentro dessa nova concepção de família, novos questionamentos foram surgindo, trazendo ao jurista o desafio de adequar-se e posicionar-se a essas novas situações decorrentes de tantas mutações. Dentre esses novos desafios, faz-se presente a questão do abandono afetivo, ou seja, a não-prestação por parte dos pais ou de um deles da afetividade ao seu descendente, sendo esta concebida em todos os efeitos advindos do laço sentimental que une pais e filhos. Questiona-se: seria esse abandono afetivo apto a gerar responsabilização civil dos pais perante os filhos? Qualquer que seja a resposta a essa pergunta, conseqüências jurídicas relevantes estariam sendo trazidas à baila, sendo estas mesmas de indispensável análise pelo jurista moderno, sob pena de haver todo um retrocesso jurídico diante da evolução trazida nos últimos anos.

Nesse diapasão, este artigo busca fundamentar juridicamente uma resposta para a pergunta supramencionada, abordando, sem a intenção de oferecer uma análise taxativa, a existência de obrigatoriedade ou não dos pais dessa assistência afetiva e as

conseqüências legais do reconhecimento da possibilidade de responsabilização dos pais omissos.

1. A família e o "princípio da afetividade"

Conforme já foi citado anteriormente, a família sofreu uma forte transformação desde os primórdios de sua constituição. Os doutrinadores, ao tratar dessa evolução histórica, costumam citar a família patriarcal como um dos primeiros modelos de núcleo familiar, sendo que o chamado *pater familiae* era o chefe de todos os aspectos da mesma, tanto na ordem política como econômica, financeira e até política. Sua autoridade era tamanha que o mesmo poderia decidir inclusive sobre a vida e a morte de seus filhos, caso estes o desobedecessem.

Todavia, com o desenvolvimento da sociedade e a vinda dos períodos Renascentista e, principalmente da Revolução Industrial, período este em que a mulher adentrou o mercado de trabalho, observou-se que a família perdeu o *status* que anteriormente tinha. A mulher também passou a contribuir para a vida doméstica e, recentemente, ganhou igualdade jurídica com o seu cônjuge ou companheiro. Os filhos havidos fora do casamento, antes tidos como ilegítimos, agora são iguais aos tidos dentro do matrimônio, tendo igual direito à filiação no registro civil.

Estes últimos, com a nova ordem constitucional, conquistaram diversos direitos que podem ser observados no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, que dispõe:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso).

Esse artigo, que é a coluna cervical de toda a tutela jurídica brasileira da criança e do adolescente, trouxe para o jurista o vislumbramento de um novo aspecto componente da família: o direito à convivência familiar. No que se refere à tutela infralegal, ademais, temos o art. 1.634 do Código Civil, que regula: "Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda..."

O legislador, ao incluir tal circunstância no referido rol, foi bastante feliz, uma vez que resta comprovada a necessidade que sofre a criança de conviver no seio de uma família estruturada, que lhe dê condições aptas a permitir o desenvolvimento sadio de seu caráter, que está em formação constante. A criança precisa de uma referência a quem recorrer, a quem ter como exemplo, e a quem lhe preste a atenção que será fundamental na sua constituição.

Isto posto, já temos a raiz do que alguns doutrinadores denominaram de princípio da afetividade. Por esse princípio, decorrente inclusive do princípio da dignidade humana, tão perseguido pelo Estado Democrático de Direito, os pais ou responsáveis têm de fornecer aos seus filhos o afeto, isto é, a presença amorosa, o cuidado, ainda que o responsável não seja aquele que está com a guarda, de procurar estar presente nas oportunidades que lhe são oferecidas, etc. Dessa forma, os pais não devem prestar apenas a assistência material (de alimentar, de vestir, etc.) ou jurídica (representação ou assistência em caso de litigância judicial), mas também psicológica e moral, compreendendo o desenvolvimento psíquico do infante, que também deve estar amparado pelos responsáveis.

Analisada a forma com a qual se apresenta atualmente a afetuosidade dos pais para com os filhos, passemos agora à apreciação de sua obrigatoriedade.

2. A afetividade enquanto dever dos pais

O mundo jurídico tem se deparado nos últimos tempos com uma questão concernente à afetividade que, por ser nova, muito tem intrigado julgadores, advogados e doutrinadores. Nos casos de separação judicial ou outros de mesma natureza, o responsável adimplente com pensões alimentícias e demais obrigações materiais adversas está obrigado a prestar afetividade ao seu filho? Seriam as visitas, presença e demais efeitos desse afeto obrigações do ascendente para com o seu descendente?

Nesse ponto, encontra-se uma divisão doutrinária relevante. Uma parte dos juristas acredita que não, não há no ordenamento jurídico previsão de obrigatoriedade nesse sentido; uma vez que a prestação alimentícia é adimplida, o pai (ou mãe) encontra-se livre de quaisquer outras obrigações. Acreditam estes que não pode a Lei obrigar o responsável a sentir afeto pelo filho, sendo impossível impor a manutenção de um laço sentimental já rompido. Tal laço é elemento que advém do espírito, do psíquico humano, não podendo a Lei determinar a sua criação ou extinção. O legislador não

poderia, segundo essa corrente, invadir tal campo humano, qual seja, o da sentimentalidade. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já se manifestou nesse sentido.

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.
> 2. Recurso especial conhecido e provido[1].

Por outro lado, há aqueles que acreditam ser a afetividade dever dos pais efetivamente. Tendo em vista a formação do infante que é influenciada diretamente pela presença de seus genitores na formação de sua opinião, caráter e relações pessoais, fica patente a extrema relevância do relacionamento entre pais e filhos. Tal relacionamento, pautado no amor, carinho, afeto e outros é fundamental para o crescimento emocional da criança. O afeto representa:

> ...dividir conversas, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações; mostrar caminhos, aprender, receber e fornecer informação. Significa iluminar com a chama do afeto que sempre aqueceu o coração de pais e filhos sócioafetivos, o espaço reservado por Deus na alma e nos desígnios de cada mortal, de acolher como filho aquele que foi gerado dentro do seu coração. (MADALENO, 2004, p. 08)[2].

A própria comunidade científica reconhece isso, quando em seus artigos científicos especializados no assunto, recomendam que, nas hipóteses de separação, a guarda seja o mais compartilhada possível, a fim de que o infante possa ser suprido na prestação dessa necessidade que a todos nós é natural. Para tanto, essa vertente prega a convivência harmônica entre a prestação econômico-patrimonial e a prestação emotivo-psíquica ao infante. Somente as duas conjugadas estariam aptas a fornecer à criança condições de desenvolvimento sadio. Nesse sentido, estariam ambas incluídas no dever de assistência, constituindo obrigatoriedade.

---

[1] Resp Nº 757.411 – MG (2005/0085464-3). Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Fernando Gonçalves.
[2] In Angeluci. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. 2006.

Ademais, é do maior interesse da sociedade em geral que o afeto, bem como a prestação econômica, seja efetivamente oferecido, pois resta comprovado por meio de estatísticas que, quando a entidade familiar falha ao proporcionar esses elementos, há grande risco de o infante enveredar pelo caminho da ilegalidade, criminalidade, vícios e outros destinos não mais desejáveis. Como nos afirma VELASQUEZ[3]:

> O abandono e a negligência familiares e a falta de afeto e diálogo também são problemas comuns que afligem os jovens, não sendo de espantar que **mais de 90% dos adolescentes infratores** internados provenham de famílias bastante desestruturadas, marcadas por agressões físicas e emocionais, problemas psiquiátricos e pela **ausência das figuras paterna e materna,** seja pela **rejeição** pura e simples, seja pela morte ou doença, muitas vezes causados também pela violência urbana. (grifo nosso).

Sopesados os dois lados, podemos determinar posicionamento a respeito. Muito embora não haja expressa referência à afetividade no ordenamento jurídico, ao efetuarmos interpretação sistemática e teleológica da Constituição e Código Civil, sem nos esquecermos do Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tendo em mente seus princípios informadores, percebemos que o legislador concebeu uma legislação voltada ao bem-estar da criança e do adolescente. É indubitável, conforme já foi exposto *supra*, que esse bem-estar é composto das facetas econômica e emocional, não podendo haver configuração de fato desse bem jurídico tutelado sem que ambos os elementos estejam presentes na formação da criança. Portanto, o afeto é sim dever dos pais, uma vez que cabe a estes a responsabilidade pela formação saudável do infante, a fim de que este seja inserido na sociedade de modo a contribuir e acrescentar positivamente na evolução da comunidade e de seus pares. De fato, a lei não pode obrigar alguém a amar a outrem, mas no caso dos ascendentes, o mínimo que se espera é a dedicação ao infante, fornecendo a base moral que para este é imprescindível. Ainda que não haja o amor propriamente dito, deve haver a presença, o comparecimento.

3. Responsabilidade Civil X Afetividade

Tendo por base o que foi acima esclarecido, passemos agora a outro ponto deveras importante no estudo do abandono moral: gera indenização a sua configuração?

[3] VELASQUEZ. Hecatombe X ECA. 2006.

O pai que, ao fornecer todo o aparato material ao infante, arcando com pensões e demais obrigações afins, está sujeito ao pagamento de indenização a título de dano moral à criança que por ele sofreu abandono moral, ou seria tal idéia cercada de tentativa de enriquecimento ilícito?

Antes de tratarmos do mérito da questão, é válido um rápido exame do que enseja a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio. Segundo VENOSA[4]:

> O termo responsabilidade civil é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio jurídico danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar.

Sob essa ótica, verifica-se que o cometimento de ato ilícito gera o dever de indenizar. O Direito não permite que um indivíduo cause dano a outrem e saia ileso, sofrendo a vítima sozinha os efeitos desse dano. Se assim fosse, como considerar o conceito de Justiça dado pelo jurista romano Ulpiano, que define: *justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*[5]? Daí o nosso novel *Codex* dispor em seu art. 186 que: *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".*

Neste ponto, vale ressaltar a sapiência do legislador, que incluiu no rol exposto a possibilidade de reparação de dano exclusivamente moral, seguindo a linha do legislador constituinte.

Estabelecidos esses lineamentos iniciais, cabe a nós agora analisarmos os elementos que, quando presentes, ensejam a responsabilidade civil. A **culpa**, concebida como a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar[6]. Existem casos contemplados pelo sistema jurídico em que esta é dispensada; são as hipóteses de responsabilidade objetiva, respaldadas na teoria do risco, em que é relevada a potencialidade de gerar danos em detrimento da culpa. Todavia, vamos analisar a responsabilidade civil sob o seu aspecto subjetivo (da culpa), pois, como se explanará adiante, é nele que se baseia a imputabilidade do abandono afetivo.

---

[4] VENOSA. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 2005.
[5] "Justiça consiste em dar a cada um o que é seu".
[6] VENOSA, *Idem.*

Dessa forma, a culpa se configura não só com o dolo (intenção deliberada de agir de forma ilícita, prejudicando a outrem por meio da má-fé – culpa em sentido amplo), mas também com a negligência, imprudência e imperícia (culpa em sentido estrito). Na primeira destas, o agente comete uma conduta danosa por desatenção, ou seja, incorre em descuido no seu comportamento, ou ainda, não age como o dever de cuidado imposto pela lei determina. Na segunda, por sua vez, o indivíduo atua com afobação, afoiteza, pressa e precipitação, criando um perigo que resulta em dano posteriormente. Na última, configura-se inabilidade, inexperiência, inaptidão no ofício que o agente se propõe a exercer. Qualquer que seja o instituto vislumbrado na situação *in concreto*, estar-se-á diante da culpa civil.

O **dano**, de outro modo, é o efetivo prejuízo sofrido pelo agente sobre um bem que está sob a tutela jurídica de proteção. É infração do dever jurídico de *neminem laedere*[7], causando perda injusta de cunho patrimonial ou moral. Para que o mesmo se mostre incontestavelmente presente no caso, deve ser atual, não hipotético. A indenização deferida pelo juiz deverá ser apta a repor esse prejuízo. Aqui cabe um parêntesis: além da finalidade reparadora da indenização imposta, tem a mesma, também, natureza preventiva, isto é, de alerta aos demais membros da sociedade que não incorram naquele dano, ou sofrerão as conseqüências judiciais cabíveis no caso.

Por fim, como elemento último da responsabilidade civil, temos o **nexo causal**. Este pode ser configurado como o vínculo, a conexão entre a conduta culposa ou dolosa do agente e o prejuízo experimentado pela vítima. Em outras palavras, deve o comportamento do indivíduo estar diretamente ligado ao dano cometido; se não foi ele o causador do prejuízo, ou se este foi conhecido por incidência de caso fortuito ou força maior, ou ainda se a própria vítima foi a única responsável pelo prejuízo que sobre ela recaiu, esse liame se quebra e, conseqüentemente, não se verifica a responsabilidade civil.

Vistos os elementos compositivos da responsabilidade civil, resta agora saber se o abandono afetivo é conduta cuja existência traz à baila a culpa, o dano e o nexo causal.

De início, deve-se afirmar que a responsabilidade civil no caso em tela é subjetiva. Isto porque não se pode imputar aos pais o dever de afetividade sem se

[7] "Não lesar a ninguém"

aplicar o *princípio da razoabilidade.* A professora Lúcia Valle Figueiredo[8] nos ensina que:

> A razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade.

Dessa forma, não pode o legislador ou o julgador obrigarem o genitor sem a guarda a prestar o mesmo afeto, em intensidade e freqüência, que aquele que possui a guarda; ou impor ao ascendente que mora em outro estado ou país que este ignore e seja omisso suas obrigações profissionais (ou mesmo familiares, no caso de constituição de nova família) adquiridas neste lugar para prestar o afeto, deve sim demonstrá-lo, mas não deve ser imposto a ele o mesmo rigor que se concederia em situação adversa. Por tudo isso, concluímos que é imprescindível a presença do elemento *culpa* na responsabilização civil dos pais, sendo esta aferida pela análise do julgador em cima das circunstâncias que cercam o comportamento efetuado por estes.

A fim de exemplificar, trazemos Acórdão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004), por sua Sétima Câmara Cível, que dispôs:

> INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.
> A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

No caso em tela, após separação do casal, a guarda do filho de seis anos ficou incumbida à mãe. O pai, a despeito de estar sempre atendendo à obrigação de prestar alimentos, ficou completamente ausente da vida do infante, apesar dos clamores efetuados por este último. Não importava o quanto este clamasse pela presença do pai, este, confundindo a relação conjugal (rompida) com a relação parental (jamais rompida, a não ser com a perda do poder familiar), julgando estar cumprindo com todos os seus deveres ao prestar a assistência material, apenas ignorava. Todavia, o comportamento do genitor trouxe ao filho conseqüências danosas consideráveis, especialmente no sentido moral e psíquico. Vale dizer que esse dano, muito embora tenha natureza moral,

[8] In SILVA, Alan. Princípio da Razoabilidade. 2006.

teve de ser provado nos autos, através de depoimentos de pessoas que com a criança conviviam e demais provas idôneas admitidas em Direito.

Por outro lado, não se pode admitir culpa dos pais em situações tais que esta deve ser afastada de pronto. O caso deve ser analisado em sua particularidade, sob pena de se estar ignorando o princípio constitucional da razoabilidade, já citado neste estudo. Por exemplo, não pode o julgador considerar presente a culpa quando o genitor é militar e está submetido a mudanças constantes de endereço (ressalte-se: o dever de afeto não é extinto, mas apenas relativizado); ou quando a própria criança tem resistência à presença paterna, devendo o pai utilizar todos os meios disponíveis para vencer a barreira que o separa daquela; ou ainda quando o ascendente estiver em estado de dependência de entorpecentes, recuperando-se em Centro que exija o afastamento de crianças.

Posto isso, passemos ao elemento dano. De fato, como em qualquer outra hipótese de reparação civil, o dano deve estar comprovado no pedido formulado pela vítima. No caso, o representante ou assistente deve instruir o processo com provas aptas a formar o convencimento do juiz no sentido de demonstrar o acometimento de dano ao infante. Nesse diapasão, o dano moral sofrido não estará presente apenas se estiver conjugado com a dor física ou psíquica;

> Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto emocional a ser examinado em cada caso [9].

Demonstrado esse aspecto no processo, o julgador deve decidir pela presença deste requisito da responsabilização civil. Assim também entende SANTOS[10], quando leciona que:

> *...no entender deste operador uma ação deste porte tem o ônus probandi do inciso I do art. 333 do CPC, ou seja, a peça tem que ser instruída com as provas do abandono moral que estão revestidas nos registros fotográficos, de filmagens, e testemunhas sobre aqueles momentos presenciais de fundamental assistência moral à criança com especificação de*

[9] VENOSA. *Ibidem.*
[10] SANTOS. Daniel Cuba dos. Abandono familiar e o dano Moral. 2005.

> *alguns destes momentos, para que a presunção seja deduzida não só dos fatos, mas de atos que não foram praticados pela omissão e que estabelece como verdadeiros os fatos argüidos no abandono moral.*.

Por fim, entendemos necessária também a demonstração do nexo causal entre o comportamento culposo do genitor e o dano apresentado pela vítima. Não estaria o Judiciário fazendo verdadeira justiça se porventura instituísse indenização por dano moral a uma criança, sendo a origem deste dano causa externa à relação jurídica parental. Seria criada, isto sim, uma insegurança jurídica nos relacionamentos familiares, com os pais arcando por prejuízos que não são de fato responsáveis.

Finalmente, reconhecida a existência de todos esses elementos citados na lide, o julgador deve conceder a indenização a título de dano moral. Esta, como apontado pela doutrina, deve buscar a recomposição do que foi perdido; ainda que não alcance esse fim facilmente, este deve estar no entendimento do julgador que irá aferir o *quantum* indenizatório. No caso específico do dano moral, não é só a dor sofrida pelo indivíduo que deve ser reparada, mas o dano efetivo em sua dignidade, incomodada na sua essência por atos que ultrapassam o normalmente suportável. Nesse sentido, o Projeto de Lei 6.960/02 pretende acrescentar ao art. 944 do Diploma Civil o seguinte parágrafo: "*A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante"*[11].

Na hipótese de abandono afetivo, o julgador deve fixar indenização ainda que esta seja uma tarefa de difícil execução, tendo em vista a ausência de orientação legislativa concernente ao assunto. Todavia, isso não escusa o juiz de levar a cabo essa fixação, que pode ser orientada por alguns critérios doutrinários, como o cuidado em não permitir que a reparação seja meramente simbólica; evitar o enriquecimento ilícito; observar casos semelhantes na jurisprudência para não promover decisões díspares; atender ao "prazer compensatório" dado à vítima; analisar a gravidade do caso em tela, buscando sempre a efetivação da justiça, etc. A par disso, interessante a observação de MELO:

> Não se pode rejeitar a possibilidade de pagamento de indenização do dano decorrente da falta de afeto simplesmente pela consideração de que o verdadeiro afeto não tem preço, porque também não

[11] VENOSA, *Ibidem. Pg. 282*

> tem sentido sustentar que a vida de um ente querido, a honra e a imagem e a dignidade de um ser humano tenham preço, e nem por isso se nega o direito à obtenção de um benefício econômico em contraposição à ofensa praticada contra esses bens.[12]

Portanto, o magistrado deve determinar a indenização com fulcro na consecução do espírito da lei e do sistema jurídico como um todo, qual seja, a reperação justa de um dano sofrido injustamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi tratado e discutido no decorrer deste trabalho, não foge à razoabilidade concluir que o abandono afetivo, quando devidamente configurado, é situação que enseja a tutela do Judiciário. O infante realmente abandonado e com danos em sua esfera moral e psíquica encontra-se prejudicado em aspectos de sua vida que dificilmente serão apagados. A sociedade como um todo se ergue diante dessa conjuntura, tendo em vista a iminência desse dano sofrido refletir-se nesta, já que essa criança será parte ativa desta comunidade, e a sua bagagem moral será determinante para o seu comportamento nesta.

Entendemos não residir razão na tese daqueles que não vislumbram no abandono moral uma hipótese de responsabilização e, conseqüentemente, de indenização. Como já foi apontado, o fato de não haver amor do pai pelo seu filho não retira daquele o dever de prestar convivência familiar e de respeito. Não é preciso que se ame filialmente uma pessoa para que se preocupe com ela, basta o sentimento de solidariedade que une todos os sujeitos dentro de uma sociedade, a fim de que esta se desenvolva. Este sentimento independe de parentesco; deve ser inerente ao homem enquanto animal social. Na hipótese, essa sensibilidade soma-se ao clamor do sangue, que também não pode ser ignorado.

Por tudo isso reafirmamos: o abandono familiar é apto a gerar conseqüências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, devendo o julgador, por óbvio, observar atentamente a presença ou não dos elementos daquela, a fim de provocar justa reparação, e não injusto enriquecimento. O magistrado, enquanto representante do

[12] MELO. Abandono Moral – Fundamentos de Responsabilidade Civil. 2005.

Estado, é hábil para determinar se a situação enseja ou não reparação e, caso enseje, também o é para fixar a justa indenização. A jurisprudência já se tem manifestado a favor dessa tese, e espera-se que o tema seja mais debatido nos Tribunais brasileiros.

REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Affonso. *Abandono Afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 4, nº 165. Disponível em:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1066> Acesso em: 22 mai. 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário Compacto Jurídico. São Paulo: Rideel, 2006

MELO, Nehemias Domingos de. Abandono Moral: Fundamentos da Responsabilidade Civil. Direito Net – Artigos. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/19/11/1911/> Acesso em: 27 mai. 2007.

SANTOS, Daniel Cuba dos. Abandono Familiar e o Dano Moral. São Paulo/SP. Disponível em: <http://www.marica.com.br/2005b/1807drdaniel.htm>. Acesso em: 27 mai. 2007

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Indenização por Abandono Afetivo. Textos Jurídicos, Belo Horizonte/ MG. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/tex252.htm. Acesso em 26 mai. 2007

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2004. 23ª edição.

SILVA, Alan de Siqueira. *Princípio da Razoabilidade*. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a 5, nº 203 .Disponível em:<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1634> Acesso em: 26 mai. 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Alegação de abandono afetivo não enseja indenização por dano moral. Notícias do STJ. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=15894> Acesso em: 26 mai. 2007.

VELASQUEZ. Miguel Granato. HECATOMBE X ECA. Doutrina – Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre/ RS. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id527.htm> Acesso em: 27 mai. 2007

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2005. 5ª edição.

A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR INTERESSE SOCIAL: POSSIBILIDADES E OBSTÁCULOS

Daniel Gaio*

RESUMO

A aquisição da propriedade por interesse social — recentemente previsto pelo Código Civil de 2002 — e suas possibilidades de interpretação são de forma controvertidos na doutrina brasileira que se corre o risco de esvaziar a sua possibilidade de aplicação. A definição de sua natureza jurídica, a responsabilidade pelo pagamento da propriedade adquirida, bem como a possibilidade de utilização do instrumento contra o poder público são analisadas no presente texto.

PALAVRAS-CHAVE: PROPRIEDADE, AQUISIÇÃO, SOCIAL, CÓDIGO, CIVIL

ABSTRACT

The acquisition of property for social interest – recently in the Civil Code of 2002 – and its possibilities of interpretation are controversial in Brazilian literature which provokes the risk of no application of this instrument. The definition of its legal nature, the accountability regarding the payment for the acquisition of the property, as well as the possibility of using this instrument against the public sector are analyzed in this text.

KEY WORDS: PROPERTY, ACQUISITION, SOCIAL, CODE, CIVIL

* Doutorando em Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Bolsista da CAPES.

1 - Introdução

Apesar da rica contribuição da doutrina brasileira para o debate sobre a função social da propriedade, ainda são poucos os estudos que se detiveram em aprofundar o referido princípio a partir da recente codificação civil. Isso se explica, em um primeiro momento, pela polêmica em torno da constitucionalização de inúmeros institutos de direito civil, já que a codificação civil então vigente tinha como pressuposto a realidade social e econômica do século XIX.

Por outro lado, transcorridos pouco mais de treze anos entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil, é compreensível que agora os esforços se direcionem com mais afinco para as inovações legislativas existentes.

Cabe observar que o longo processo de tramitação legislativa parece não ter sido suficiente para uma adequada compreensão da integralidade do novo estatuto civil. Exemplo disso é o dispositivo que permite ao juiz declarar determinada propriedade como sendo de interesse social[1]. A interpretação acerca do sentido e alcance desta inovação é de tal maneira controvertida que se corre o risco de esvaziar a sua possibilidade de aplicação.

Devido a esse impasse, impõe-se buscar uma interpretação compatível com o princípio da função social da propriedade e com os demais valores constitucionalmente estatuídos.

2 - O alcance do instituto previsto no art. 1228, §§ 4º e 5º, do novo Código Civil

Apesar do novo Código Civil não ter produzido mudanças substanciais em relação à codificação anterior[2], alguns institutos poderiam ser aqui estudados à luz do princípio da função social da propriedade, tais como: o usucapião, o direito de vizinhança, os direitos de credores hipotecários ou pignoratícios.

Entretanto, devido à polêmica e controvertida recepção pela comunidade jurídica, optou-se aqui por abordar o disposto nos parágrafos 4º e 5º do artigo 1228, do novo Código

[1] Lei 10.406/02, art. 1228, §§ 4º e 5º.
[2] FACHIN, Luiz Edson. *Direito das Coisas*. Revista da EMERJ – Especial. Parte II, jul. 2002 a abril 2003, p. 140-144, p. 140.

Civil, já batizado pela doutrina como "aquisição da propriedade por interesse social". Estabelecem os citados dispositivos:

> § 4º - O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
>
> § 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Trata-se, pois, de regra que permite ao juiz declarar determinada propriedade como sendo de interesse social, sempre que presentes os requisitos legais acima referidos. Tal tarefa hermenêutica não está isenta de dificuldades, visto que conceitos jurídicos com características diametralmente diversas são reunidos e encadeados como pressupostos lógicos[3]. Além disso, como adiante se verá, não há indicação da titularidade da propriedade afetada, tampouco indicação mais precisa referente a sua operacionalização.

Em virtude dessas particularidades encontradas, as posições doutrinárias serão apresentadas em separado, de forma que se possibilite apontar os obstáculos e limites de cada posicionamento. Resta aqui prejudicado, entretanto, a análise jurisprudencial, já que os requisitos legais para a aplicação desse instituto só restariam preenchidos a partir do início de 2005[4].

2.1. Caracterização como usucapião especial ou coletivo

O enquadramento deste instituto como usucapião é minoritário na doutrina[5]. O argumento central consiste na semelhança entre os requisitos exigidos pelo Código Civil e

---

[3] A doutrina tem sido visivelmente crítica de tal instituto. Nesse sentido, ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Revista da EMERJ, nº 22, 2003, p. 73-93, p. 91, assinala que o novo instituto está repleto de conceitos indeterminados e que convertem a competência judicial em discricionariedade difícil de ser contornada.

[4] Cf. art. 2030 do novo Código Civil (Lei 10.406/02); Nesse sentido, MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Anotações sobre os aspectos intertemporais do direito das coisas no novo Código Civil*. Revista da EMERJ, nº 24, 2003, p. 288-300, p. 295; e CAMBI, Eduardo. *Propriedade no Novo Código Civil: Aspectos Inovadores*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, nº 25, set.- out. 2003, p. 124-136, p. 129.

[5] CAMBI, Eduardo. *Propriedade*..., op. cit., p. 129.

os do usucapião coletivo urbano previsto pelo Estatuto da Cidade[6]. As diferenças entre ambas as leis se restringem às exigências do Estatuto da Cidade, quais sejam: que os destinatários sejam de baixa renda e que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural[7].

Apesar das semelhanças, não há como entender que o referido dispositivo possa ser objeto de aquisição originária do usucapião[8]. Isso porque o artigo 1228, § 5º da recodificação civil é explícito ao estabelecer que o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário, o que por si só seria suficiente para excluir a possibilidade de usucapião.

Outras considerações sobre a existência ou não do requisito subjetivo do ânimo de ser dono e a sua relação com a boa-fé — prevista no art. 1228, § 4º — perdem importância prática[9], pois além de incongruente com o instituto do usucapião previsto constitucionalmente, não haveria sentido em trocar o usucapião gratuito por uma modalidade onerosa. Além disso, nada impede que os réus possam invocar o usucapião como matéria de defesa, tanto para as áreas rurais[10] como para as áreas urbanas[11].

2.2. Caracterização como desapropriação por interesse social

Quando o projeto de Código Civil foi enviado ao Congresso Nacional, Miguel Reale defendeu na exposição de motivos que o dispositivo ora em análise é uma nova forma de desapropriação por interesse social. Com este propósito, conferiu-se ao juiz poderes para que o titular do domínio receba, previamente, dos possuidores, o justo preço da nua propriedade[12].

---

[6] Como estabelece o artigo 10, da Lei 10.257/01.
[7] CAMBI, Eduardo. *Propriedade*..., op. cit., p. 129.
[8] MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo Código Civil Anotado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 58.
[9] A doutrina aponta a dificuldade em se caracterizar a boa-fé subjetiva, ou seja, o desconhecimento do vício possessório, caso seja realizada uma interpretação literal do dispositivo. Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Revista da EMERJ – Especial. Parte II, jul. 2002 a abril 2003, p. 168-176, p. 172-173.
[10] Conforme art. 7º, da Lei 6.969/81.
[11] Como dispõe o art. 13, da Lei 10257/01.
[12] REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 33-34.

De acordo com a justificativa, assinalou-se que, sobretudo após a lei de usucapião especial ter dado relevo ao trabalho como elemento constitutivo da propriedade, tornou-se ainda mais imperioso dar garantias ao possuidor de boa-fé, como também ao proprietário. Busca-se assim resolver um conflito social, evitando que se restitua o imóvel ao reivindicante, mas também que o mesmo receba o justo preço[13].

Deduz-se, ainda, que se trata de novo conceito de posse, e que se pode qualificar como posse-trabalho, tendo o mesmo grande alcance social[14]. Nesse sentido, cita-se o caso concreto de loteamentos clandestinos, onde os ocupantes são demandados pelos legítimos proprietários[15]. Outras situações a estas se somam, tais como os loteamentos irregulares, admitindo o seu emprego igualmente na manutenção de posseiros no solo que ocuparam[16].

Fica claro que nesse caso, pretende-se evitar o desalojamento de famílias que ocupam de forma consolidada o imóvel, mas ao mesmo tempo também evitar que haja um sacrifício ao proprietário. Daí a necessidade da desapropriação acompanhada da devida indenização. A doutrina brasileira majoritariamente entendeu que a hipótese prevista pela codificação civil se caracteriza como desapropriação[17]. Assim, a mais enérgica das limitações ao direito de propriedade alarga-se nos seus fundamentos[18].

Apesar desse entendimento, é imperioso atentar que a utilização indiscriminada deste instituto pode gerar situações de injustiça, como aquela em que os possuidores já possuem todos os requisitos necessários para aquisição da propriedade por intermédio do usucapião.

---

[13] REALE, Miguel. *O projeto*..., op. cit., p. 36-37.
[14] REALE, Miguel. *O projeto*..., op. cit., p. 82.
[15] REALE, Miguel. *O projeto*..., op. cit., p. 159.
[16] GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 117.
[17] REALE, Miguel. *O projeto*..., op. cit., p. 36-37; GOMES, Orlando. *Direitos*..., op. cit., p. 117; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 4º vol. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181-182; FACHIN, Luiz Edson. *Direito*..., op. cit., p. 141-142; MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo*..., op. cit., p. 58-59; Da mesma forma citam-se os Enunciados 82 e 84, aprovados pela Jornada de Direito Civil, in *JORNADA DE DIREITO CIVIL*. Org. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005, p. 12.
[18] FACHIN, Luiz Edson. *Direito*..., op. cit., p. 141-142.

2.3. A (in)constitucionalidade da nova modalidade expropriatória

Justamente por conta desse alargamento da desapropriação, algumas alegações de inconstitucionalidade têm sido apresentadas. Nesse sentido, questiona-se o fato da desapropriação ser matéria constitucional, não cabendo, por conseqüência, ao legislador ordinário prever hipótese não admitida na Constituição Federal[19]. Da mesma forma é argüida a inconstitucionalidade do Código Civil pelo fato desta legislação não estabelecer a indenização prévia, tampouco atribuir quem deve pagar a indenização[20].

Salienta-se que a desapropriação indireta é uma criação dos tribunais. Ademais, o texto constitucional, ao disciplinar, de maneira geral, os casos de expropriação de interesse social, não discrimina taxativamente as hipóteses a serem abrangidas, nem declara que a competência para a sua salvaguarda constitua monopólio dos Poderes Executivo e Legislativo[21].

Além disso, o inciso II do art. 22 da Constituição Federal diz que é competência privativa da União legislar sobre desapropriação. Não há nenhuma exigência que a matéria tenha que ser veiculada em uma lei geral de desapropriações, fato este que confere constitucionalidade formal ao texto em análise.

No que se refere ao pagamento prévio, há de se considerar que os proprietários já se encontram desapossados, ao contrário do pagamento prévio da desapropriação tradicional. Por sua vez, no caso de haver necessidade urgente do Poder Público se imitir na posse, e não havendo consenso sobre a indenização, mesmo assim o pagamento acaba não sendo prévio.

---

[19] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Crítica ao anteprojeto de Código Civil*. Revista Forense, nº 242, abril - jun. 1973, p. 16-24, p. 21-22.
[20] CAMBI, Eduardo. *Propriedade*..., op. cit., p. 129-130.
[21] REALE, Miguel. *O projeto*..., op. cit., p. 36-37.

2.4. A responsabilidade pela argüição e pelo pagamento - a questão do justo preço e o cumprimento da função social da propriedade

No que se refere à legitimidade para argüir tal instituto, apesar de ser mais adequado que a proposição seja efetuada pelos réus ocupantes[22], o dispositivo legal parece conferir amplos poderes ao juiz, a fim de que este determine essa solução, caso necessária à composição do conflito.

A respeito da responsabilidade pelo pagamento do valor é omisso o legislador civil. Entretanto, a solução que aponta o pagamento pelos possuidores é a mais factível[23], posto que o Poder Judiciário apenas excepcionalmente pode interferir na elaboração das políticas públicas do Executivo — no caso específico, determinando que tal área seja desapropriada para fins de interesse social.

Além disso, ressalta-se que os poderes públicos não teriam recursos suficientes para tal tarefa, na medida em que é considerável a quantidade de situações que se enquadram na hipótese legal. Nada impede, contudo, que o Poder Executivo — caso entenda ser hipótese de indiscutível interesse social — decrete a desapropriação da área e indenize o proprietário.

Salienta-se que estas decisões estão recheadas de controvérsias, pois, além conhecida deficiência dos recursos públicos face às prioridades existentes, há de se considerar a existência de um conjunto de medidas economicamente mais eficientes para o cumprimento da política agrária ou urbana[24].

Acrescente-se o fato de que o Estado não pode ser obrigado a pagar algo se ele não é parte no processo judicial. Ademais, há de considerar as dificuldades relacionadas ao pagamento dos precatórios judiciários.

---

[22] Essa é a posição da Jornada de Direito Civil, cf. Enunciado 84, in *JORNADA*..., op. cit., p. 12.

[23] Nesse sentido, foi aprovado na Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal o Enunciado nº 84, o qual estabelece que os réus da ação reivindicatória devem ser eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização, cf. *JORNADA*..., op. cit., p. 12; e MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo*..., op. cit., p. 59; Em sentido contrário, FACHIN, Luiz Edson. *Direito*..., op. cit., p. 141.

[24] O fato do poder público adquirir e implantar a infra-estrutura e os equipamentos públicos anteriores à ocupação da terra exemplificam a redução dos custos supracitados.

Embora a responsabilidade pelo pagamento da desapropriação deva ser responsabilidade dos possuidores, algumas outras dificuldades subsistirão. Uma delas é de ordem operacional, pois não é pouco comum que em áreas irregulares os ocupantes se encontrem em condições financeiras suficientes para o pagamento da indenização.

Naturalmente que esta questão remete ao problema do justo preço. Sendo hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária ou urbana, o ato expropriatório se configura uma sanção pelo descumprimento da função social, constituindo-se a penalização na forma diferenciada em que se procede o pagamento[25].

No que se refere à hipótese do art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil, cabe discutir quais são os termos da justa indenização prevista no art. 5º, inciso XXIV da Constituição Federal. Tendo em vista que indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilitaria o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento[26], algumas questões merecem ser consideradas.

Independentemente da necessária análise pormenorizada das circunstâncias concretas de cada caso, parece não ser adequado aplicar o critério de valor de mercado em loteamentos clandestinos ou irregulares em que o proprietário tenha descumprido os princípios da boa-fé e da função social da propriedade. Cabe também distinguir em que medida o proprietário do imóvel deve se beneficiar da valorização imobiliária resultante das mais-valias urbanísticas — estas existentes em razão do próprio assentamento humano[27]. Como afirma Comparato, ressarcir pelo valor venal do bem expropriado aquele que descumpre o seu dever fundamental de proprietário é proceder com manifesta injustiça, premiando o abuso[28].

Cabe aqui ressaltar que qualquer discussão acerca do *quantum* indenizatório deve ser precedida da análise sobre a procedência da reivindicação do imóvel pelo proprietário.

---

[25] Como prevê os artigos 182, § 4º, e 184, caput, ambos da Constituição Federal.

[26] MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 777.

[27] Merece aqui ser citado um pequeno trecho da fundamentação do voto vencedor de uma outra desapropriação indireta analisada pelo Superior Tribunal de Justiça: "Enfim, por força das invasões, uma área industrial e inservível para residência, tornou-se viável para fim de loteamento, principalmente depois de, a custo zero para os proprietários, ter bancado a Prefeitura as obras de infra-estrutura". in STJ, 2ª Turma, RESP 324.417, 2001.

[28] COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, nº 07, 1998, p. 73-87, p. 84-85.

Isto porque, um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada[29].

Por conseguinte, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas[30]. Exatamente nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo negar procedência a uma ação reivindicatória em virtude de descumprimento da função social da propriedade[31].

2.5. Possibilidade de interposição contra o Poder Público

Outra questão carecedora de aprofundamento consiste na possibilidade de estender a aquisição de propriedade por interesse social também às propriedades públicas. Tendo a Constituição Federal vedado expressamente que imóveis públicos possam ser adquiridos por usucapião[32], não há como ocorrer aquisição originária decorrente do descumprimento da função social da propriedade, mesmo que presente o *animus domini* — no caso dos possuidores não terem ciência do domínio público.

Por outro lado, o legislador constituinte, ao estabelecer que o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil[33], deixou em aberto a possibilidade de conferir direitos subjetivos a pessoas que ocupam imóveis públicos. Nesse sentido, a legislação infraconstitucional condicionou a concessão de uso em áreas urbanas — individual ou coletiva — ao cumprimento dos mesmos requisitos do usucapião constitucional[34].

Tendo o texto constitucional atribuído uma função social da propriedade para imóveis públicos que estejam sendo ocupados por pessoas — supostamente carente de

[29] TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. in *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. org. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303-329, p. 310.
[30] COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos*..., op. cit., p. 85.
[31] TJSP, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 212.726-1/8.
[32] Conforme estabelece os artigos 183, § 3º e 191, da Constituição federal.
[33] Cf. artigo 183, § 1º, da CF.
[34] Basta para isso confrontar o caput do artigo 183 da Constituição Federal, com os artigos 1º e 2º da Medida Provisória 2.220/01.

recursos econômicos[35] —, admite-se, portanto, que a propriedade pública também possui uma função social. Aliás, a Constituição Federal em nenhum momento determina que a função social da propriedade é exclusividade dos imóveis privados.

Um óbice à possibilidade do Poder Judiciário decretar a desapropriação para fins de interesse social de imóvel público seria a violação do princípio da separação dos poderes, devendo o interesse público — secundário — ser definido pela própria Administração Pública. Por outro lado, poder-se-ia argumentar que o Poder Judiciário, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, e na justiça social — de forma a garantir a segurança da posse —, teria competência de definir o interesse público a ser perseguido[36].

Embora possa ser defensável a tese de aplicação do art. 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil, para os imóveis públicos[37], não há dúvidas de que a sua aplicação suscitaria inúmeros problemas práticos, como a necessidade de definir um procedimento jurídico — de forma que o ente público pudesse ser indenizado pelos ocupantes —, além da dificuldade em se ponderar judicialmente a escolha das prioridades da Administração Pública[38].

Diante destas controvérsias, e em consonância ao princípio da proporcionalidade[39], parece ser mais adequado que o magistrado não aplique ao poder público a desapropriação prevista no artigo 1228, §§ 4º e 5º do Código Civil; e quando entender que os ocupantes devem permanecer no imóvel, decida pelo indeferimento da ação reivindicatória — devidamente fundamentado nos princípios da função social da propriedade, da dignidade da

---

[35] Embora a Constituição Federal não realize essa distinção, o artigo 2º da Medida Provisória 2.220/01 expressamente estabelece que a concessão de uso coletiva tem como um dos requisitos a área ser ocupada por população de baixa renda.

[36] O interesse público neste caso é classificado como "primário", isto é, refere-se ao interesse da sociedade ou da coletividade como um todo. Cf. Renato Alessi, apud MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002, p. 43; Nessa linha de raciocínio, seria adequado afirmar que, apesar de não ser papel do Judiciário determinar aos demais poderes a implementação de políticas públicas, seu papel é apenas de eliminar os excessos. Cf. PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: Plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: RT, 2005, p. 80.

[37] MELLO, Marco Aurélio Bezerra. *Novo*..., op. cit., p. 59, admite o instrumento em imóveis públicos; Em sentido contrário, CAMBI, Eduardo. *Propriedade*..., op. cit., p. 131, e a maioria do integrantes da Jornada de Direito Civil, por meio do Enunciado 83, in *JORNADA*..., op. cit., p. 12.

[38] No que se refere a esse controle das políticas públicas, ver BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aspectos específicos*. org. por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 599-635, p. 615.

[39] Sobre o referido princípio ver, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112-125.

pessoa humana e da justiça social. Dessa forma, impossibilitado de desalojar os ocupantes, caberá então ao Poder Público a definição do instrumento e das condições necessárias para a legalização da posse da terra.

3 - Considerações finais

Depreende-se que o instituto previsto no artigo 1228, §§ 4º e 5º do novo Código Civil não pode ser aplicado de forma imediata e indiscriminada. A adoção de um mecanismo que prevê o pagamento por um determinado bem deve pressupor, de forma pormenorizada, a exclusão de outras hipóteses menos onerosas aos ocupantes.

Por outro lado, não há como desconsiderar que a aquisição da propriedade por interesse social pode se constituir, em situações-limite, um importante instrumental de resolução de conflitos de propriedade urbana e rural.

Embora existam dificuldades relacionadas à capacidade de pagamento por parte dos ocupantes e à definição de um valor indenizatório justo, é possível constatar — notadamente em áreas urbanas — que algumas negociações entre proprietários e ocupantes já vêm sendo realizadas, o que comprova a utilidade deste dispositivo legal.

Entretanto, o cumprimento dos requisitos previstos no Código Civil não exclui o surgimento de outras dificuldades. A título de exemplo, cita-se a possibilidade de determinado assentamento urbano não ser compatível com a legislação urbanística e ambiental.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aspectos específicos*. org. por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 599-635.

CAMBI, Eduardo. *Propriedade no Novo Código Civil: Aspectos Inovadores*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre, nº 25, set.- out. 2003, p. 124-136.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, nº 07, 1998, p. 73-87.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 4º vol. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito das Coisas*. Revista da EMERJ – Especial. Parte II, jul. 2002 a abril 2003, p. 140-144.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19ª ed. atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JORNADA DE DIREITO CIVIL. Org. Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005.

MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Anotações sobre os aspectos intertemporais do direito das coisas no novo Código Civil*. Revista da EMERJ, nº 24, 2003, p. 288-300.

_____. *Novo Código Civil Anotado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Crítica ao anteprojeto de Código Civil*. Revista Forense, nº 242, abril- jun. 1973, p. 16-24.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: Plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 33-34.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Os princípios constitucionais e o novo Código Civil*. Revista da EMERJ, nº 22, 2003, p. 73-93.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. org. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 303-329.

_____. *Os direitos reais no novo Código Civil*. Revista da EMERJ – Especial. Parte II, jul. 2002 a abril 2003, p. 168-176.

A NOVA HERMENÊUTICA E CONSTITUCIONALIZAÇÃO: A REVISÃO PARADIGMÁTICA DO DIREITO PRIVADO E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Fernanda Barbosa dos Santos*

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho**

RESUMO

Este artigo reflete sobre a constitucionalização do Direito Privado, ou, especificamente, sobre o significado hermenêutico da assunção dos princípios constitucionais como normas jurídicas, no esforço por uma re-compreensão do Direito Civil em contexto pós-positivista. Aborda a aplicabilidade das normas e sua eficácia, buscando demonstrar como os princípios constitucionais passam a nortear o Direito em todas as dimensões de sua experiência, exigindo a assunção de um novo modelo hermenêutico em superação aos modelos positivistas herdados do século XIX. O artigo chama a atenção para a concepção tópico-retórica como exemplo do raciocínio prático, voltado para o problema e não para o sistema, sendo uma verdadeira inversão de perspectiva com relação ao paradigma da interpretação-aplicação do direito como um raciocínio do tipo silogístico. Pensando sobre o direito como argumentação, chama a atenção para a importância da reconstrução paradigmática do Direito Privado em curso para a construção do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: HERMENÊUTICA; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; CONSTITUCIONALIZAÇÃO; DIREITO PRIVADO E CONSTITUIÇÃO; DIREITO PRIVADO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

ABSTRACT

This paper researches the process of constitutionalization of Private Law, and the hermeneutical meaning of the affirmation of normative value of constitutional principles, in the post-positivist horizon. It shows that constitutional principles command every experience of Law, requiring a new hermeneutical paradigm. We can't use the old models of Positivism anymore. This task requires considering Law as an example of practical reasoning, and invites to consider the paradigmatic importance of Rhetoric for Law, in its special orientation to the case and not to the system, in a quite different perspective than that of Positivism (who claims for a syllogistic paradigm for

* Mestranda em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Especialista em Direito Público pela Universidade do Grande Rio.

** Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC. Este texto deve ser tributado majoritariamente ao trabalho da pesquisadora Fernanda Barbosa dos Santos. A participação do co-autor deu-se apenas de forma acessória, e resultou pouco relevante para o desenvolvimento do raciocínio.

Law). It also remarks on the importance of the paradigmatic reconstruction of Private Law in the context of the construction of Brazilian constitutional and democratic state of law.

KEYWORDS: HERMENEUTICS; CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; CONSTITUTIONALIZATION; CONSTITUTION AND PRIVATE LAW; PRIVATE LAW AND DEMOCRATIC STATE OF LAW.

INTRODUÇÃO

Este artigo não compreende o estudo de dispositivos específicos do Direto Civil, mas, assumindo um ponto de vista da Teoria do Direito, enfatiza a necessidade de uma renovada interpretação no Direito Privado. Destaca-se a introdução, pelo novo Código Civil, de significativas modificações e conquistas em sede de Direito Privado, no esforço de adequar o ordenamento jurídico-civil aos preceitos constitucionais de tutela e promoção dos direitos fundamentais. Ao menos, deve ser esta a postura do intérprete: trata-se de um esforço e de um problema, pois, como se tem apontado reiteradamente, o Código é fruto de um projeto defasado com relação à Constituição de 1988:

> As inovações palpáveis trazidas pelo Código de 2002 traduzem-se em poucas já que uma das principais diretrizes da comissão elaboradora era preservar, sempre que possível, o Código de 1916. Constata-se, por conta disso, que é um Código recheado de preceitos elaborados em uma outra época e comprometidos com uma realidade já extinta, O projeto antecede a constitucionalização do direito privado – que recoloca a Carta Maior de 1988 como elemento unificador do ordenamento jurídico – e as legislações especiais que possuem, na atualidade, um importante papel no ordenamento jurídico pátrio. (...) Sendo assim, a latente inovação legislativa – tão preconizada pelos defensores do novo Código – acaba por manter a bagagem teórica oferecida pelo Código anterior, preconizando a racionalidade patrimonial em detrimento daquela voltada à pessoa humana. (FACHIN, 2005, p. 8)

A verdadeira ruptura na experiência do Direito Privado brasileiro não se encontra no advento do novo Código Civil, mas na assunção de uma nova postura hermenêutica, com fundamento na idéia de que a Constituição vige com supremacia também nas relações privadas. Contudo, é evidente o grande desafio de superar uma proclamação apenas aparente, na busca de um ideal de uma democracia verdadeira, com "concreta" efetivação das normas jurídicas e a consolidação de uma cidadania inclusiva.

A crise do sistema de prestação jurisdicional no Brasil não se explica apenas tem pelo imenso volume de processos que precisam ser decididos. A questão não é quantitativa, mas diz respeito também e especialmente ao modo e aos critérios de solução das lides. Isto está relacionado com o cultivo da ilusão legalista. Acredita-se que tudo precisa ser regulado, que as leis devem ser reformadas, que os códigos devem ser atualizados e que a ordem jurídica deve ser sempre modernizada, sem o que se acredita não ser possível decidir as lides com justiça.

Os próprios operadores do direito têm dificuldade em manter-se razoavelmente informados sobre o direito vigente. O positivismo jurídico não vem resolvendo as grandes questões do nosso tempo, que exigem algo mais além da simples racionalidade lógico-formal.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 DO ILUMINISMO AO POSITIVISMO

O advento da modernidade marca-se por três mudanças importantes: o ponto de partida do pensamento filosófico passa a ser o sujeito do conhecimento; tudo pode ser conhecido através de um conceito distinto, formulado pelo pensamento, pelo sujeito do conhecimento; e, enfim, a realidade passa a ser vista como um sistema racional de mecanismos físicos e matemáticos. O homem seduz-se pela possibilidade da conquista científica e técnica da natureza.

No horizonte da ciência do direito, o jusnaturalismo se apresenta como uma dimensão privilegiada do iluminismo, e comunga com este a pretensão racionalista dos séculos XVII e XVIII de libertar o homem dos preconceitos religiosos, sociais e morais.

A pretensão racionalista iluminista, que acreditara poder ler na razão humana todo um sistema de direitos naturais, dá lugar ao movimento codificador: esta mesma razão pretensiosa acredita agora ser capaz de regular detalhadamente toda a existência individual e social, na construção de Códigos. O Direito moderno consolida-se no século XIX preocupado com segurança jurídica e objetividade da ciência, afastando-se da especulação valorativa e dos tradicionais métodos argumentativos e retóricos que marcaram o pensamento jurídico medieval. Passa a viger o paradigma matemático para o pensamento jurídico. A Escola da Exegese impõe o apego excessivo à lei e à

interpretação gramatical e histórica, limitando a atividade criativa do juiz em nome de uma interpretação objetiva. Ela pretende, a rigor, excluir a possibilidade da interpretação.

Mas também a Escola Histórica do Direito, vinculada ao Romantismo enquanto movimento de reação ao Iluminismo, ao acentuar o compromisso do direito com a experiência cultural concreta de um povo, abre caminho para o positivismo.

1.2 CRISE DO POSITIVISMO E OS NOVOS DESAFIOS DO PENSAMENTO JURÍDICO

Com as grandes revoluções do século XVIII, nasce o Estado de Direito, com a afirmação dos direitos do homem e a limitação do poder soberano. O Direito tem como finalidade garantir a segurança jurídica (principalmente contra o Estado, mas também nas relações horizontais), impedindo o arbítrio do soberano e limitando a ação estatal. O Estado passa a submeter-se ao Direito.

O Estado Liberal foi ao mesmo tempo o maior fruto da doutrina do direito natural como o palco de sua destruição, pois foi o palco do nascimento das grandes codificações. O positivismo do século XIX adentrará o século XX encontrando seu apogeu na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, fundamentalmente comprometido com o problema da estabilidade da ordem jurídica no período após primeira guerra.

Importando apenas a lei validamente posta, sem qualquer preocupação de cunho valorativo, exaspera-se o formalismo pela identificação do direito com a coatividade, condizente com a preocupação com garantir maior segurança às relações sociais e garantir a ordem pública.[1]

Mas o que fomos capazes de fazer e o que sofremos por ocasião da segunda guerra impõe, no entanto, uma revisão do formalismo da ciência do direito, que encaminha para uma reaproximação do direito aos valores éticos; num primeiro momento, esta auto-crítica assume os contornos de um retorno ao direito natural, mas

[1] Não é esta, a rigor a preocupação de Kelsen. A Teoria Pura do Direito não assume qualquer compromisso de ordem política, mas pretende ser uma teoria do direito em geral, "onde quer que se encontre". Mas foi fundamentalmente este o destino político que autoridades e juristas em geral lhe deram ao aderirem entusiasticamente às suas teses.

conduz, sob a influência da virada lingüística que reinventa a filosofia no século XX, às conquistas dos pensadores pós-positivistas comprometidos com a investigação do papel desempenhado pelos princípios constitucionais como norteadores da ordem jurídica. Há um reencontro entre direito e moral implicada na assunção de que os princípios – expressos ou implícitos – constituem o cerne do ordenamento jurídico (eis que direitos fundamentais, que são o coração da Constituição, são também princípios).

Mas este reencontro entre direito e moral dá-se no pano de fundo de uma filosofia pós-metafísica (isto é, não essencialista) e de um contexto político pluralista. O desafio do pensamento jurídico nos dias atuais está em balizar este reencontro entre direito e moral, desde quando reconhecemos a insuficiência do formalismo como garante da segurança jurídica. Nesta mudança de paradigma e neste desafio, dá-se o resgate da razão prática, sustentada na argumentação em uma comunidade dialógica e fundada na verossimilhança, em detrimento da razão teórica, que dá primazia à lógica formal, à certeza, ao método demonstrativo.

2. APLICAÇÃO E EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO E O NOVO MODELO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

O constitucionalismo e a codificação são contemporâneos ao advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar sistematicamente o Estado e o poder político; o outro, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, principalmente no campo sócio-econômico. O modelo de codificação do Estado Liberal vinculava-se a uma estrita e rígida separação entre o Direito Público e o Privado.

Novos problemas da sociedade em rápida transformação levam a doutrina a tratar do processo de descodificação do Direito Privado, diante do advento de micro-sistemas legislativos que circulam à margem do Código Civil, baseados em princípios muitas vezes contraditórios com o Código. Neste sentido, a descodificação implica a fragmentação do sistema de Direito Privado.

O paradigma civilista do Direito, baseado no prestígio do Código Civil como o grande estatuto estruturante da vida privada e social, sofre também um grande golpe com o advento da Constituição Social, que revê a presença do Estado no ambiente

privado não apenas exercício do seu poder normativo, passando a disciplinar amiúde as relações econômicas e privadas desde uma perspectiva não mais individualista, mas também pela própria atuação do Estado na economia.

Mas a crise do Estado Social, decorrente menos de razões internas (da alegada crise fiscal, substanciada numa pretensa falência do Estado, incapaz de custear-se) do que de uma reconfiguração da ordem internacional (com o fim da guerra fria, deixou de existir a ameaça que motivara a burguesia a pactuar com o operariado da Europa ocidental a instauração do Estado Social), coloca novos desafios e indefinições para a história do Estado e do Direito no Ocidente.

As alternativas são o retorno ao Estado Liberal (como de modo mais ou menos grosseiro se pode resumir a aspiração do neoliberalismo, de preocupações fundamentalmente econômicas) ou a construção do novo Estado Democrático de Direito; esta última foi a opção do Constituinte brasileiro em 87-88, e no diálogo e compromisso com esta decisão fundamental acerca da República que queremos ser, é que se desenvolvem as propostas de revitalização da Constituição como marco da vida política, econômica e social, redirecionando toda a interpretação do Direito Privado.

A constitucionalização do Direito Civil, entendida como sendo a revisão, desde o ponto de vista constitucional, dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico a reorientar a interpretação e aplicação do Direito Civil. Ela constitui uma dimensão essencial do processo de mudança paradigmática por que passa toda a ordem jurídica brasileira, no trânsito do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, no contexto do desafio e do compromisso para com a construção do Estado Democrático de Direito. Nesta nova perspectiva, a unidade do sistema civil não se compreende com abstração da Constituição Federal como um processo.

No novo contexto de complexidade social e de uma democracia sempre em construção, fragmentariedade e constitucionalização do Direito Privado são termos que se completam. A progressiva formação de micro-sistemas legislativos autônomos, que dão resposta a necessidades setoriais, e a produção de normas arrimadas em diferentes fundamentos e imperativos, nem sempre concordes teleologicamente, embora incidentes sobre as mesmas relações jurídicas, denunciam a insuficiência da racionalidade codificante, segundo as quais os grandes Códigos foram concebidos. Assume-se a

necessidade de uma nova racionalidade, que dê conta da diferença constitutiva de nossa condição pós-moderna, do plural, mas que ainda se conceba nos quadrantes de uma racionalidade e assim da possibilidade do entendimento. Um raciocínio tópico emancipador porque ligando sempre os ramos do Direito Privado à Constituição, que lhes confere unidade, coerência e legitimidade democrática.

É evidente o papel de destaque conferido à Constituição como uma diretriz imperativa de todo o sistema normativo, e, conseqüentemente, seu principal elemento de unificação. Contudo, é de lembrar que sempre há de se interpretar a Constituição, como sempre há de se interpretar a lei. Só por meio dela, a partir da letra, mas sem se contentar com ela, encontra-se a norma como sentido normativamente operante. Não é possível a aplicação sem interpretação, tal como, esta só faz sentido quando posta ao serviço da aplicação. Interpretar é aplicar e aplicar é interpretar. Na medida em que a Constituição integra a unidade sistemática do Direito Civil brasileiro, emprestando-lhe as suas bases principiológicas em sentido forte (suas normas estruturantes), toda interpretação e aplicação do Direito Civil, será interpretação e aplicação da Constituição.

Os problemas implicados na questão da aplicabilidade e da interpretação dizem respeito a qualquer norma de Direito, mas eles se tornam especialmente importantes quando se trata de normas constitucionais, especialmente tendo em vista a tradição autoritária com que queremos romper, que via na afirmação de direitos uma parte simplesmente decorativa na Constituição (mas que devia constar da Constituição e ser enaltecido nos manuais de Direito Constituição: afinal, somente assim esta afirmação de direitos poderia cumprir a função que lhe estava ideologicamente reservada: a de encobrir o desprezo dos militares e de seus juristas pelos direitos humanos).

No contexto da construção do Estado Democrático de Direito e da reconfiguração da ordem de Direito Privado, à sua luz, a importância central atribuída aos princípios, com o reconhecimento da sua força normativa, comparece como uma das principais características do Direito Constitucional que reconhece que as normas jurídicas são gênero de que são espécies as regras e os princípios, diferentemente de outrora, em que apenas as regras ostentavam natureza normativa (validade em sentido forte), enquanto os princípios eram, simples, diretrizes do pensamento no conhecimento do direito.

Se os princípios são normas, e se as normas jurídicas estão aí para serem concretizadas no mundo dos fatos, não há razão nenhuma que justifique que os princípios constitucionais não possam embasar uma pretensão em juízo. Afirmar que princípios constitucionais são normas jurídicas, e como tais imperativas, significa que o efeito por ele pretendido deverá ser imposto coativamente, caso não se realize espontaneamente, como se passa com as demais normas jurídicas:

> A teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra, sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma; e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 2004, p. 294).

Com o processo de constitucionalização, observa-se, cada vez mais abertamente, a função essencial da doutrina e à jurisprudência na formação e na evolução do direito, destacando-se que, nenhum jurista deve ainda pensar que apenas os textos legislativos infraconstitucionais sejam importantes para conhecer o direito.

Destaca-se, também, que com a entrada em vigor do novo Código Civil, a doutrina inclina-se na árdua tarefa de construção de novos modelos interpretativos, onde é imperativo retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, ao Diploma Fundamental vigente. È inolvidável que o novo Código absorveu várias das grandes modificações e conquistas sociais em matéria de Direito Civil, presentes na Constituição de 1988, mas ele não é o melhor exemplo daquela que se pretende uma nova fase (a era do Direito Civil Constitucional).

Por Direito Civil Constitucional compreende-se uma nova atitude teórico-prática do jurista na compreensão do Direito Civil como um sistema de normas integrados na Constituição, relativos à proteção da pessoa em si mesma em suas relações familiares e patrimoniais. Trata-se de uma guinada completa na ordem das suas relações jurídico-

privadas. Tendo por finalidade firmar as bases mais comuns e abstratas da regulamentação de tais relações e matérias, suscetíveis de aplicação imediata, ou que servirão de ponto de referência para a interpretação da norma aplicável ao caso concreto.

Foi o Direito Civil Constitucional quem conferiu uma nova dimensão ao Direito Privado, redimensionando até mesmo o conceito de autonomia privada na teoria dos negócios jurídicos.

Com a fragmentação e a constitucionalização, surgem novos desafios no campo da interpretação do Direito Privado. Também o recorrente recurso do novo Código Civil a princípios e cláusulas gerais torna necessário outro raciocínio jurídico que não o tradicional lógico-dedutivo, próprio de formalismo positivista da racionalidade moderna. Vendo a interpretação da lei como operação intelectual única e integral, reconhece-se que a interpretação jurídica é essencialmente a compreensão do critério normativo da concreta solução do problema. Assim, a leitura do novo Código deve abrigar um pensamento jurídico como razão prática, dotado de uma intenção axiológico-normativa, comprometido com a concretude do processo decisório.

> Deste modo, convém fixar: interpretar uma regra é aplicar o sistema inteiro de princípios, e qualquer exegese comete direta ou indiretamente aplicação da totalidade do Direito. Necessariamente, a interpretação sistemática pressupõe reelaboração da suposta vontade original do legislador, tendo em vista a contemporânea ordem de valores. Dadas a natureza axiológica do sistema jurídico e sua estruturação materialmente hierarquizada, as diversidades entre os ramos, por conseguirem residir especialmente na medida em que preponderam estes ou aqueles princípios, sem que se prejudique a idéia de totalidade dialética do sistema, sem a qual o Direito, como idéia, deixa de fazer sentido e de lograr a adesão racional mínima que o faz dotado de legitimidade em suas sanções positivas ou negativas. (FREITAS, 2002, p. 269).

Seguindo o raciocínio:

> Assim, não obstante as distinções entre institutos e relações jurídicas, a interpretação tópico-sistemática tem de trabalhar com a noção de que a diversidade é de grau ou de função, sendo conciliáveis ou superáveis as contradições, justamente pelo recurso a princípios ascendentes ates desde o "metacritério" da hierarquização, que se apresenta como principio estruturado máximo, precisamente com a função racionalizadora de evitar a fragmentação e as contrariedades internas ou de emprestar consistência ao sistema, na síntese positiva dos princípios, das regras e dos valores. Para alem de visões unilaterais e insuladas, o sistema jurídico demanda a conexão

> das parcelas normativas com a totalidade axiológica na consciência do interprete, responsável pela fundamentação racional da decisão. (FREITAS, 2002, p. 269).

Nas decisões do Supremo Tribunal Federal, podemos notar algumas posições que ignoram o caráter normativo dos princípios e a circunstância fundamental de toda norma infraconstitucional ser a realização dos princípios constitucionais (sob pena de inconstitucionalidade). Cola-se um exemplo do tipo de raciocínio que marcava as posições do Supremo, de há dez anos atrás:

> AI-AGR 190912/sp–São Paulo. AG.RE NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 25/03/1997. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ. 23.05.1997 pp-21734 Ement vol-01870-04 pp 00801.
> Ementa:
> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento. Ausência de Prequestionamento. Súmulas 282 e 356/stf. Ofensa a Princípios Constitucionais. Alegação a ser aferida a partir da interpretação de normas infraconstitucionais. Impossibilidade.
> 1–É inadmissível o recurso extraordinário quando o tema constitucional suscitado não foi objeto do indispensável prequestionamento. Incide o óbice das súmulas 282 e 356 desta corte.
> 2–A violação à norma constitucional, capaz de viabilizar a instância extraordinária, há de ser direta e frontal e não aquela que demandaria, antes, o exame das normas ordinárias. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Tende a ser outro o posicionamento do STF quanto o tema, entendendo que os princípios são normas jurídicas. Ou é que se espera.

3. PENSAMENTO JURÍDICO COMO ARGUMENTAÇÃO

O desafio da hermenêutica jurídica se impõe também porque o processo de afirmação e construção de princípios jurídicos interage com o processo de assunção e construção de valores éticos, no contexto, no entanto, de uma sociedade pluralista. A busca do consenso e do entendimento é o *telos* de todo pensamento que se assume como racional. O raciocínio jurídico que recorre a princípios está em última análise referindo-se a valores (os quais não são pensados aqui como entes subsistentes em si, mas em sua histórica e permanente reconstituição, de que a vivência do direito participa), e se o faz racionalmente, deve fazê-lo tendo como guia a busca do entendimento. Mas como

entender-nos acerca de valores numa sociedade pluralista, marcada pela diferença, pela diversidade, pela multiplicidade de convicções acerca do que é a felicidade ou o sucesso pessoal, acerca enfim das maneiras como se deve viver?

Neste contexto, deve-se reconhecer a contribuição, por exemplo, da Teoria da Argumentação, de Chaim Perelman, no processo de reconstrução paradigmática do direito e na construção daquilo que se tem chamado de pós-positivismo, porque confere uma nova perspectiva ao discurso jurídico a partir de bem fundamentadas críticas às concepções dominantes, e dando primazia para a lógica do razoável, para a argumentação e deliberação, ao direito como pensamento prático.

Apenas a retomada do direito como pensamento prático, de matiz retórico-argumentativa, com abandono, portanto, do paradigma epistêmico (próprio da matemática, que no direito reduz o pensamento ao silogismo) permite enfrentar o desafio de decidir um caso perante o qual se impõem normativamente dois princípios diferentes. É importante frisar que não se trata de uma situação excepcional, mas de algo absolutamente característico de um ordenamento principiológico em uma sociedade pluralista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de constitucionalização do Direito atinge todos os seus ramos, mas é notável e especialmente importante no âmbito civil. Esta tendência deixou de ser uma promessa e já pode ser evidenciada em muitas decisões, nas quais os magistrados buscam, numa nova perspectiva a partir da qual construir suas sentenças.

Passa-se a falar em Direito Civil Constitucional, numa reorientação cabal da experiência e da interpretação-aplicação do Direito Privado à luz do desafio da construção do Estado Democrático de Direito.

A revisão paradigmática do Direito Privado é uma dimensão essencial – e, decerto, é a mais surpreendente – da reviravolta da ciência e da prática jurídica nos últimos anos consubstanciada num novo significado da Constituição e de sua supremacia.

Gostaríamos de, por fim, chamar a atenção para o significado ético-existencial deste processo.

Vivemos o processo ético de construção aberta e permanente de referências, possibilitador da construção da biografia de cada um assim como da história das comunidades e das Nações. Este processo, pelo qual sempre nos decidimos, encontra nos dias atuais temas e problemas de um significado extraordinário. A biotecnologia rompe os limites de nosso poder sobre nós mesmos, e a sociedade vive dúvidas sobre estas que são as questões mais polêmicas de nosso tempo. A própria natureza humana está em jogo, segundo a intuição, por exemplo, de Habermas (2002).

Ora, estas, que são as questões mais fundamentais da contemporaneidade (por exemplo: decisões sobre a possibilidade de manipulação genética de seres humanos, sobre o início e fim da proteção jurídica da vida *etc*.) são, em certo sentido, questões de Direito Privado!

O pensamento que anima a reflexão jusprivatista deve dar conta do significado ético dos problemas com que lida (deve estar consciente inclusive de que se trata da discussão acerca do que é ser um ser humano) e da complexidade que o pluralismo impõe à discussão e à decisão sobre isto.

A reconstrução da Dogmática do Direito Privado está inserida no marco filosófico do constitucionalismo, o pós-positivismo. Tal reconstrução, ao longo de uma trajetória visa uma reflexividade, demonstrando a importância da aplicação da função hermenêutica dos princípios constitucionais na pós-modernidade jurídica. Fazendo com que o Código Civil deixe de ser o centro norteador das relações privadas, sistematizando o direito em torno da visão publicista. Deixa-se claro então, que a idéia de Direito Privado e Direito Público passa a ser uma nomenclatura retrógrada, pois só obteremos uma sociedade inclusiva, com todo o aparato dos direitos civis dos cidadãos num todo.

A substituição de um orgulhoso e emotivo apego ao Código como o monumento da cultura jurídica entendido como o centro do ordenamento jurídico, por uma visão principiológica, retórico-argumentativamente orientada, comprometida com o caso concreto em sua singularidade e irrepetibilidade, e sempre consciente de que a resolução de todo e cada caso concreto é a oportunidade e o ensejo para a realização da própria Constituição, é decerto uma auspiciosa boa notícia na história recentíssima da teoria do

direito brasileira. Os juristas que se ligam a este movimento prestam um serviço inestimável à construção do Estado Democrático de Direito.

A Constituição não poderia não poderá tornar-se a Constituição de um Estado Democrático de Direito sem a revisão, por exemplo, dos antigos dogmas civilistas acerca do público e do privado ou do sistema de fontes do direito. A revisão da dogmática do Direito Privado, neste processo de constitucionalização que discutimos, é condição *sine qua non* para a construção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Lucas Abreu; SOARES, Mário Lúcio Quintão. A dimensão dialética do novo Código Civil em uma perspectiva dialógica. In: BARROSO, Lucas Abreu. (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro, 2006. p. 1-14.. In:

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de; PEREIRA, Jane Reis. *A nova interpretação do direito:* Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. Prefácio à 2ª Edição. In: SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. *In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito.* 3ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*. A caminho de uma eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 6.ed. São Paulo: Método, 2003.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos de direito privado. São Paulo. Editora RT, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VIANNA, Luiz Werneck et alli: *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. *Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PROVOCADA PELO SEU EXPERIMENTALISMO INSTITUCIONAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL n° 45/2004

José Ribas Vieira[*]

Deilton Ribeiro Brasil[**]

RESUMO

O problema central constitui na abordagem de como o Supremo Tribunal Federal enfrenta o desafio de ser o guardião dos preceitos constitucionais e, ao mesmo tempo, oscilar num pêndulo interpretativo em que privilegia ora um entendimento desvinculado de considerações morais ora sendo por elas guiado, demonstrando, assim, estar em consonância com as expectativas da sociedade. O paradoxo insere-se também na perspectiva de que nem sempre os apelos provenientes da sociedade são moralmente relevantes e, muitas das vezes, discrepam dos princípios constitucionais consignados. Esta percepção gera um clima de incerteza e imprevisibilidade quanto à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas questões cruciais que são colocadas à sua apreciação. Em síntese, a difícil tarefa de encontrar o justo entre o legalismo e a ética. Surgem dificuldades em detectar o posicionamento dos ministros do Supremo. Estarão eles dispostos a efetivar os valores consagrados no texto da Constituição? Quais as estratégias interpretativas utilizadas para representar o papel de depositário das esperanças de uma sociedade despolitizada e fragilizada? Como este olhar contribui para uma melhor análise da Justiça Constitucional?

PALAVRAS-CHAVES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, MINISTROS, JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

ABSTRACT

The central problem constitutes in the approach of as the Supreme Federal Court that faces the challenge of being the guardian of the constitutional precepts and, at the same time, to oscillate in an interpretative pendulum in that privileges a disentailed understanding of moral considerations for now for now being for them guided, demonstrating, like this, to be in consonance with the expectations of the society. The paradox also interferes in the perspective that not always the coming appeals of the society are morally important and, many of the times, differ of the consigned constitutional principles. This perception generates an uncertainty climate and

[*] Doutor em Direito pela UERJ. Professor do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* da UGF/RJ. Pesquisador junto ao Laboratório de Análise Jurisprudencial da UGF/RJ. E-mail: jribas@rdc.puc-rio.br

[**] Mestre em Direito Empresarial pela FDMC de Belo Horizonte/MG. Doutorando em Direito pela UGF/RJ. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br.

unpredictability with relationship to the position adopted by the Supreme Federal Court in the crucial subjects that are placed to your appreciation. In synthesis, the difficult task of finding the fair between the legalism and the ethics. Difficulties appear in detecting the positioning of the judges of the Supreme Court. Will they be disposed to execute the values consecrated in the text of the Constitution? Which done the interpretative strategies use to represent the receiver's of the hopes of a non-political and weakned society? How does this glance contribute to a better analysis of the Constitutional Justice?

KEYWORDS: FEDERAL SUPREME COURT, THE GUARDIAN OF THE FEDERAL CONSTITUTION, JUSTICES, CONSTITUCIONAL JUSTICE.

INTRODUÇÃO

A teoria constitucional tem como função precípua analisar a efetividade dos Direitos Fundamentais insculpidos na Constituição. No enfoque adotado, qual seja examinar os fundamentos filosóficos que alicerçam a ordem jurídico-constitucional, cuida-se de erigir uma temática que busque a Justiça Constitucional, afastando-se, neste sentido, da diferenciação teórica da Jurisdição Constitucional, em que os aspectos técnico-jurídicos assomam com mais nitidez. Trata-se, portanto, de um tema bastante complexo no âmbito da Teoria do Direito e da Teoria da Constituição e que vem suscitando discussões acaloradas nas últimas décadas. Persegue-se uma densidade teórica capaz de enfrentar os desafios da realização da Justiça Constitucional e implementar o Estado Democrático de Direito.

Observa-se que o Estado moderno passa por profundas transformações nas esferas política e social, culminando num processo de descrença das instituições políticas. O cidadão assiste ao desmoronamento dos referenciais político-institucionais que haviam balizado o Estado moderno. Acrescente-se a este descrédito, a ausência de princípios éticos basilares do agir político. A conseqüência é a despolitização do sujeito e sua fragilidade perante a complexidade da vida moderna. Ocorre a transferência das expectativas frustradas para o Judiciário, instância possibilitadora de resgate dos ideais de Justiça. Como afirma Antoine Garapon, o juiz torna-se não somente o garante

dos direitos mas o responsável pela recuperação da democracia, "o guardião das promessas" (*O juiz e a democracia: o guardião das promessas*).

De fato, a transferência das esperanças para o Judiciário implica que o foco das decisões, especialmente as do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, converta-se em palco preferido para a reabilitação da ética e da plena realização dos direitos fundamentais. A noção de Justiça Constitucional aparece com mais clareza: aspira-se a uma legitimação efetiva, apta a convergir os anseios do cidadão, e não apenas os procedimentos atinentes à sua competência, com os direitos proclamados no texto constitucional.

Trata-se, nesta etapa do desenvolvimento da pesquisa do Laboratório de Análise Jurisprudencial de centrar a investigação do Corte dos Fundamentos Filosóficos nos efeitos decorrentes da Emenda Constitucional n. 45/04, que acena, em princípio, para o delineamento de um ativismo formal, podendo configurar um fortalecimento da jurisdição no seu sentido puramente formal, hipótese a ser desvendada no presente estudo. Ou, ao revés, busca-se interpretar as deliberações do Supremo Tribunal Federal como a expressão do justo no jogo dialético entre o legal e o bom (Cf. RICOUER, Paul, O justo entre o legal e o bom. *In: Leituras 1: em torno ao político*).

Cuida-se, portanto, de indagar a respeito do novo posicionamento assumido pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne ao seu papel de intérprete maior da Constituição Federal, capaz de efetivar os fundamentos e objetivos máximos da República Federativa do Brasil, concretizando o comando de constituir-se em Estado Democrático de Direito. Neste sentido, faz-se necessário analisar se esses desideratos são plenamente concretizados ou se a hipótese do ativismo formal iria obstaculizá-los em nome de uma visão meramente formal e processualista.

Primeiro ponto de destaque na sistemática instituída pela Emenda Constitucional no. 45/04 diz respeito aos pressupostos traçados pelo art. 103-A, ...§ 1º da Constituição Federal, a saber: "*...controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública...*", qualificada pelo risco de geração de "*...grave insegurança jurídica* [1] *...*" e "*...relevante multiplicação de*

[1] Inevitável consignar a combinação de cláusulas vagas: insegurança, que compreenderá todo o espectro de situações que se ponham além da zona de certeza positiva de segurança, vez que tanto há insegurança na zona de certeza negativa, como em toda a zona cinzenta de incerteza quanto a essa qualidade; e ainda

processos...". Vê-se, a partir dessa moldura de cabimento, que a vinculatividade tupiniquim tem como móvel, não a construção gradual da melhor compreensão do Direito, mas sim a pacificação de um conflito que ameace *a um só tempo*, o Estado Democrático de Direito e à eficiência do Judiciário pelo excessivo número de demandas [2] – e por via transversa, o acesso à justiça. Desse apertado figurino, têm-se por conseqüência inicial, o descarte do principal mérito apontado para o sistema de *stare decisis*, a saber, a possibilidade genericamente oferecida de construção coletiva e continuada da compreensão dos institutos jurídicos.

Clara a má compreensão, pelos proponentes de nossa solução, do instituto paradigma: o traço da vinculatividade – do funcionar como o critério hierarquicamente determinante da solução a ser conferida por instância inferiores do Judiciário – não se constitui, *isoladamente***,** a essência do sistema. E isso se afirma, porque constitui igualmente elemento integrante do sistema de precedentes vinculantes – já se disse acima – as possibilidades do *distinguishing* e do *overruling*, que constituem justamente os mecanismos próprios a promover, por razões distintas, o apartamento do caso paradigma – logo, não é aplicabilidade coercitiva às instâncias inferiores que confere fisionomia ao sistema de precedentes vinculantes. Ao contrário, o caráter de obrigatória adesão se põe, no sistema inglês e norte-americano, como conseqüência, como coroamento do reconhecimento da formação de uma cadeia de consolidação da compreensão do Direito, [3] que se iniciou – na verdade – junto ao juiz da causa, de primeiro grau, e que se enriquece com a contribuição dos demais agentes judicantes.

---

grave, medida de intensidade que como tal, se reveste igualmente de palpável indeterminação, eis que sua caracterização depende do ponto mínimo que se adote por paradigma para essa aferição da gravidade.

[2] Uma vez mais se pode apontar a baixa densidade da norma constitucional editada, na medida em que não se tem por claro qual seja o segmento do Judiciário (se primeiro grau, se Tribunais) – se é que é de se fracionar essa análise – cujo risco de multiplicação excessiva de causas deva ou possa desafiar súmula vinculante.

[3] É de CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004, a imagem de que o sistema de precedentes permita "*...assentar a própria fiada de tijolos sobre o alicerce sólido das fiadas assentadas pelos que vieram antes...*".

Vinculatividade, como instrumento vertical, de oferta de solução à divergência (portanto, de mediação de um conflito de entendimentos caracterizado nas instâncias inferiores), caminha lado a lado com a radicalização de um modelo hierárquico de Justiça, aumentando o fosso que separa o juiz da causa, da comunidade, dos detentores últimos do poder, que passam a deter a prerrogativa de vincular aos demais. Privilegia-se a hierarquia, em detrimento da agregação do conhecimento, elemento principal de legitimação da solução norte-americana e inglesa.

Adotadas, na definição dos pressupostos de cabimento da súmula vinculante, cláusulas vagas, têm-se por conseqüência a reserva de uma ponderável margem de discricionariedade em favor (exclusivamente) do Supremo Tribunal Federal – que, navegando na extensa zona de indeterminação quanto ao que possa ser grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos, terá em suas mãos a última definição quanto a oportunidade para a edição do precedente vinculante; definição essa que não se sujeita (ao menos do ponto de vista prático) a qualquer outra apreciação crítica.

Descaracteriza-se ainda – com a outorga da competência, com exclusividade, em favor de uma única instância jurisdicional, tendo por base uma moldura de cabimento construída a partir de cláusulas vagas – a idéia de compromisso, permanente e transversal, de todo o Poder Judiciário, com a construção da compreensão das leis e do Direito posto, na medida em que cada juiz, não pode identificar o seu papel nessa tarefa de instituição de um precedente vinculante, que se formará (ou não), por decisão exclusiva do Supremo Tribunal Federal, segundo critérios que são de baixa sindicabilidade. Assim, enquanto no sistema norte-americano, todo juiz sabe que em toda atuação sua, constrói (ou contribui para desconstruir) precedentes vinculantes, esse mesmo sentimento de pertencimento à cadeia decisória, no sistema brasileiro, ou não existirá, ou terá por base elementos muito tênues.

Completa o quadro de perplexidades em relação ao traço “pacificador” ou “mediador” da súmula vinculante como instituída, a circunstância de também se

incluir entre seus pressupostos de edição, cuidar-se de momento que se ponha "*...após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional...* [4] ". E isso se diz porque também aqui se afasta a opção brasileira dos modelos clássicos em que supostamente busca inspiração, eis que a reiteração não se constitui condição para a caracterização de uma decisão como precedente vinculante nos sistemas norte-americano e inglês.

Importa ainda perceber que a alternativa de reduzir a possibilidade de conferir o signo da adesão obrigatória às hipóteses de controvérsia (e controvérsia qualificada, como já se disse), reservando-se ainda a competência privativamente ao Supremo Tribunal Federal constitui opção formal pela valorização prioritária da estrutura hierarquizada de organização da autoridade e da Justiça, [5] sem o correspondente benefício de construção de conhecimento agregado. Mais ainda, o modelo teórico fundado na hierarquia não encontra no Judiciário brasileiro, adesão a seus princípios, valendo por todos, aqueles segundo o qual haja no modelo hierárquico, um desejo por uniformidade que conduza à afirmativa de que, idealmente, devam todos [6] "*... march to the beat of single drum...*". [7] A função de mediação de conflitos, com decisões de adesão obrigatória, conferida ao órgão de cúpula da estrutura do Judiciário, consolida, portanto uma opção pela estruturação vertical da autoridade judiciária, cumprindo subordinar a própria interpretação desse novo instituto a essa premissa teórica.

---

[4] O texto transcrito sugere outra perplexidade, na medida em que associado esse pressuposto (reiteradas decisões sobre a matéria constitucional) com aqueles contidos no art. 103-A, § 1º (controvérsia entre órgãos e relevante multiplicação de processos) o resultado aparentemente, é no sentido de que a súmula vinculante só se pode verificar em matéria constitucional, o que significa desqualificar a controvérsia geradora de grave insegurança jurídica que envolva matéria infra-constitucional. No particular, todavia, sempre se poderá sustentar que o tema seja de opção política – e a crítica a essa, eficaz, a rigor, encontraria melhor lugar ao longo da discussão da iniciativa reformadora.

[5] DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*: a comparative approach to the legal process. New Haven and London: Yale University Press, 1986, pp. 20-3.

[6] Id. Ibid. 1986, p. 20.

[7] Embora se possa afirmar que a disparidade de decisões envolvendo a uma mesma hipótese gere um sentimento de repúdio no âmbito do próprio Judiciário, que reverencia o valor de segurança jurídica como um imperativo a se buscar, nem por isso se pode dizer que desejem seus integrantes marcharem todos ao som do mesmo tambor. E se isso já não se põe no plano do genérico, com maior razão, as estruturas da base hierárquica do Judiciário resistem a essa verticalização das decisões, que a eles se apresenta como uma *captio diminutio*.

Uma alternativa de *salvação,* ainda que parcial, do necessário envolvimento do Judiciário em maior abrangência, para com a fixação de um precedente de adesão obrigatória, e mesmo de abrandamento dessa radicalização em favor da hierarquia, será a exegese que se venha a conferir à referência contida no art. 103-A, *caput* da Carta de Outubro, de que a edição da súmula vinculante possa ser suscitada por provocação. Afinal, tendo em conta o princípio da unidade da Constituição, e considerando a regra contida no art. 103-A, § 2º, da CF, é sustentável a interpretação no sentido de que a *provocação* contida no *caput,* é distinta daquela proveniente dos órgãos estranhos ao Judiciário, restando, *a contrario sensu,* como terreno de incidência desta, as hipóteses de iniciativa pela própria Magistratura. Uma leitura desse teor, que permita – ainda que sujeita à ulterior definição de hipóteses de cabimento por lei, eis que o texto constitucional àquela complementação pelo Legislador alude – a provocação a partir do Judiciário, convida as Cortes a participar ativamente do processo de formação de um precedente vinculante, [8] diminuindo a inclinação fortemente hierárquica denunciada pelo texto, aumentando o traço democrático de um instrumento dessa magnitude e importância [9] .

Observe-se que essa experiência – da provocação pelos níveis hierárquicos inferiores, da pronúncia por estrutura superior, detentora de competência para a apreciação da matéria constitucional – já existe como experiência no campo dos sistemas de controle concentrado de constitucionalidade, e pode portanto proporcionar alguma inspiração para um modelo que se venha a construir no campo da edição de súmula vinculante.

Completa o quadro de perplexidades em relação ao traço "pacificador" ou "mediador" da súmula vinculante como instituída, a circunstância de também se

[8] Em verdade, quem melhor poderá depor acerca dos riscos de relevante multiplicação de processos – por exemplo – que as Cortes que, primariamente, com eles se defrontam?

[9] Importante, de outro lado, evidenciar que a sistematização, por Cortes de hierarquia inferior, dos termos do conflito a merecer apreciação por parte do órgão de cúpula, também é apresentado por DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process.* 1986, p. 20 como característica da estrutura hierarquizada de exercício de autoridade. No contexto, todavia, a admissibilidade da provocação por magistrados ou tribunais de outro patamar hierárquico, contribuiria para um nível de abertura do sistema – e não de maximização do traço vertical.

incluir entre seus pressupostos de edição, cuidar-se de momento que se ponha "*...após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional...*". Afinal, a literalidade do texto pode conduzir à compreensão de que não caiba a edição de súmula vinculante, em hipóteses em que a grave insegurança jurídica e a possibilidade de relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, envolva a aplicação de normas infra-constitucionais – o que nem por isso, desqualificará a controvérsia. Assim, os valores pretendidos tutelar com a possibilidade da instituição de súmula vinculante não são particulares às normas constitucionais; logo, a solução oferecida pode se mostrar acanhada para as finalidades que pretenderia alcançar [10] .

É certo que sempre poderá o Supremo Tribunal Federal operar a inclusão de determinado tema no espectro de cabimento da edição de súmula vinculante, qualificando o debate sobre a lei infra-constitucional como tema envolvendo *quaestio* de inconstitucionalidade reflexa. Essa, todavia, é rota que passa por terreno pantanoso, seja porque o tema da competência para a análise pelo Supremo Tribunal Federal da inconstitucionalidade reflexa sempre encontrou resistência no âmbito da própria Corte, seja porque – justamente pela escassa prática de tal análise – não se tem ainda adequadamente construídos os critérios que permitam a identificação precisa desse fenômeno. O caminho, portanto, do alargamento da compreensão dos temas passíveis de edição de súmula vinculante pode conduzir à traição constitucional, conferindo-se ao Supremo Tribunal Federal maior espectro de poder que o exercício de poder constituinte reformador lhe pretendeu conferir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O projeto de materialização de um Laboratório de Análise Jurisprudencial (LAJ) considerou, desde sua origem, a pouca atenção de parte da produção acadêmica nacional

[10] É também de MOREIRA LIMA, Augusto César. Precedentes no Direito, 2001, p. 114 a afirmação de que a grande inspiração do modelo de súmula vinculante, então ainda em proposta, tinha por principal objetivo "*...diminuir o número de ações e recursos que tem de ser decidido pelos tribunais...*".

de um estudo sistemático sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal relativo aos direitos fundamentais. Seguimos a prática do estudo de casos que pudessem servir de paradigma para essa discussão. Para tanto, foi utilizada metodologia própria, de caráter descritivo, crítico e reflexivo sobre o inteiro teor dos acórdãos. Buscou-se, assim, identificar os padrões de formação de uma decisão, para, a partir daí, compreender a visão política e filosófica que a Suprema Corte brasileira tem sobre o direito. O estudo sobre temas determinados se apresentou como o grande desafio de construção teórica, exigindo a busca de uma matriz de análise que permitisse, com o desdobrar do projeto, aplicação também sobre outros temas constitucionais. E numa visão prospectiva pretendeu-se ainda preservar a dimensão temporal de análise – prática também pouco comum no direito brasileiro, mas corriqueira em outros sistemas constitucionais, notadamente o norte-americano e o alemão.

Numa primeira etapa desse processo de delimitação de um modelo de análise – e de subseqüente avaliação em concreto de temas enfrentados pelo STF – elegeu-se o estudo do artigo 5º, X da CF como pólo temático central. Mas para tanto foram demarcados cortes com componentes teóricos capazes de orientar a análise: saber os cortes da hermenêutica; do republicanismo; e. por último do processo como estratégia de poder. Com esse procedimento estratégia metodológica, direcionamos, então no exame de determinados direitos fundamentais como o direito contidos no referido dispositivo constitucional do artigo 5º inciso X da Constituição Federal de 1988 como é o caso dos direitos à honra e à intimidade. Desse empreendimento investigativo resultou uma obra já publicada. [11]

Na seqüência do mesmo projeto – e tendo em conta o imperativo de cortes de análise que permitissem uma compreensão para além da dogmática jurídica, foi incorporado o corte de análise de matriz filosófica em substituição do marco analítico do processo como estratégia de poder. Novas decisões foram examinadas a partir dos já mencionados cortes analíticos, consolidando um modelo de análise igualmente materializado em outra obra, já concluída, e no prelo.

O estudo até agora se concentrou basicamente sobre os argumentos que sustentam decisões relacionadas aos direitos fundamentais, e que serviram de justificativas. Isso nos levou à reflexão sobre uma matriz adequada de análise orgânica

[11] Duarte, Fernanda. Direito à Imagem à Honra. Renovar. 2006.

das decisões do STF, e ainda o estudo da porção axiológica da nossa constituição no âmbito da jurisdição constitucional, firmando um compromisso do LAJ de contribuir com a teoria constitucional pós-45 não só a partir de reflexões em abstrato, mas também a partir de uma relação dialética com o intérprete jurisdicional maior.

A proposta de efetivação de uma matriz teórica de análise sobre o modo de formação da decisão; e, ainda, a preservação de uma perspectiva de continuidade temporal dessa mesma avaliação, pressupõe sensibilidade e resiliência em relação a fenômenos que afetem substancialmente o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. Afinal, a identificação de inflexões em linhas identificadas como constantes, por parte da Corte, em um momento de modificação institucional, podem se apresentar enganosas, se o comentarista não se detiver, antes, a identificar quais sejam as mudanças institucionais ocorridas. Só a partir daí é que teremos condições de refletir, numa visão de futuro, nos padrões decisórios do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, introduzindo extensas mudanças, desde o regime da magistratura, composição de órgãos jurisdicionais, até a consagração de institutos importantes como o da súmula vinculante (Lei 11.417/06) e da repercussão geral (Lei 11.418/06), decerto é de ser tida como um parâmetro temporal relevante; um potencial divisor de águas no comportamento da Corte analisada pelo que poderão traduzir no futuro do nosso *Judicial Review* como ator político e institucional

Nesse contexto de fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal, como pretenso espaço uniformizador de Jurisprudência, apresenta-se um conjunto de comportamentos possíveis – com destaque para uma tendência aos ativismos – que deve ser acompanhado *ab initio*, no que pareça ser o seu espaço constitucional, e naquilo que o STF venha a afirmar como seu potencial área de atuação.

O projeto de pesquisa em andamento – e já com dois (dois) anos de aprofundamento e produção acadêmica – enfrenta agora, portanto, o imperativo de uma problematização originária dos efeitos da Reforma do Judiciário, tendo em conta principalmente, um previsível impulso de um ativismo formal, voltado para o alargamento e centralização das atribuições constitucionais destinadas ao Supremo Tribunal Federal, numa trilha de consolidação de sua função republicana de órgão de cúpula do judiciário no Brasil.

Na verdade, o ativismo formal assumido, possivelmente de forma mais explicita após a Emenda Constitucional n° 45/04, coincide com uma grave crise de legitimidade dos poderes da República, notadamente a do Legislativo e Executivo. A potencialidade e a grandeza da crise institucional em andamento entre nós, reforçam a importância de que, com esse projeto de pesquisa, possamos traçar não só qual o *desenho estratégico* como ator político que o Supremo Tribunal Federal vem assumindo; mas também em que medida isso se relaciona com um abdicar de competência de outras funções do poder.

REFERÊNCIAS

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*: palestras proferidas na Universidade de Yale. Trad. Silvana Vieira [Traduzido de The nature of the judicial process], São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process.* New Haven and London: Yale University Press, 1986.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; GOMES, Maria Paulina (coords.). Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal: laboratório de Análise Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas.* 2 ed. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HART, Herbert L.A. *Direito, Liberdade, Moralidade.* Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

_____. *O conceito de direito.* Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

MOREIRA LIMA, Augusto César. *Precedentes no Direito.* São Paulo: Editora LTr, 2001.

RICOUER, Paul, O justo entre o legal e o bom. *In: Leituras 1: em torno ao político*. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

PRESCRIÇÃO AMBIENTAL: ESTUDO SOBRE O PRAZO PRESCRICIONAL NAS AÇÕES CIVIS DE RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL

Marina Gontijo Viana[*]

Marinella Machado Araújo[**]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da prescrição nas ações civis publicas de responsabilização por dano causado ao meio ambiente. Uma vez que a Lei n 7.347 de 24 de julho de 1985, ou Lei da Ação Civil Publica, não dispõe sobre o prazo prescricional, o entendimento deste instituto nesta ação esta sendo construído a partir de embasamentos da doutrina, de princípios e fundamentos jurisprudenciais. Neste sentido, a importância e essencialidade da prescrição dentro do ordenamento jurídico interno para fins de segurança jurídica, unido à razoabilidade do art. 206 do Código Civil, que delimita o prazo prescricional geral de 10 anos, alem disso, a preocupação com a efetividade do direito e o sentido de Justiça Intergeracional são os fundamentos de que se valera este trabalho para defesa da existência da prescrição nas ações civis públicas de cunho ambiental. Cumpre ressalvar que o entendimento jurisprudencial brasileiro que já analisou esta questão se posiciona pela imprescritibilidade. O que será devidamente combatido uma vez que desconsidera a importância da segurança jurídica e a efetividade a que se propõe o Direito.

PALAVRAS-CHAVES: PRESCRIÇÃO; MEIO AMBIENTE; DANO AMBIENTAL.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the impact of the action right lost, especially in actions regulate by the Law n. 7.347, July 24th 1985, to the effective environmental protection established by the Constitution 1988. The absence of prescriptional prize to the actor of an environmental damage to be charged by the public power (State) is not clear in law text. Due to that the jurisprudence and major jurists have considered that this right is imprescriptional. This paper supports the thesis that the juridical security and the effectiveness of the environmental protection guarantee by the Law are not compatible

[*] Pesquisadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas vinculada ao Grupo de Trabalho *Justiça Intergeracional*. Estudante do 10º período do curso de direito da PUC Minas, unidade Coração Eucarístico.

[**] Advogada doutora em direito administrativo, professora da área de concentração *Direito Público*, coordenadora do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas/OPUR do Programa de Pós-graduação em Direito e da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas.

with such interpretation because: (i) underestimated the function of prescription to the Law security and (ii) it doesn't consider the intergenerational justice grounds.

KEYWORDS: PRESCRIPTION; ENVIRONMENT; ENVIRONMENTAL DAMAGE.

1 INTRODUÇÃO

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado foi estatuído a norma constitucional na Carta Magna de 1988. Trata-se de direito difuso uma vez que assegurado e disponível para todos indivíduos indeterminadamente. Neste sentido, a fim de resguardar a compensação e/ou reparação de um dano ambiental causado pelo infrator poluente, o ordenamento jurídico prevê na Lei nº 7.347/ 95 o procedimento da ação civil publica que visa exatamente esta responsabilização do causador.

O presente trabalho tem como enfoque a questão do instituto da prescrição nestas ações publicas de responsabilidade por dano ambiental. A problematização deste tema focaliza-se no questionamento de ser ou não possível a recepção do prazo geral prescricional, previsto no art.206 do Código Civil, neste tipo especial de ação. Este tema não possui entendimento pacifico na doutrina, embora a jurisprudência entenda pela imprescritibilidade das ações de responsabilidade por dano ambiental. A legislação especial, Lei nº 7.347/95, por ser omissa quanto a este ponto, permitiu que fossem elucidados argumentos que construíssem a defesa da prescrição ambiental.

Neste sentido, buscou-se uma argumentação jurídica que sustentasse a aplicação deste prazo, relevando questões tais como a de se este posicionamento traria uma efetividade das normas protetivas ambientais, se seria uma contribuição ao entendimento do que seja a justiça intergeracional e, por fim, se condiz com o que o instituto da prescrição se propõe.

2. A DEFESA DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS DO DIREITO MATERIAL NO ÂMBITO AMBIENTAL: a *segurança das relações jurídicas e a razoabilidade do artigo 206 do Código Civil de 2002*

O instituto da prescrição remonta ao direito romano pós-clássico e justinianeu em que se buscou como norte jurídico a certeza das relações jurídicas, ao contrário da época anterior, o Direito Romano primitivo ou clássico, em que a regra era a permanência indefinida de propositura de ações sem que o lapso temporal mostra-se um fator a ser relevado. Conforme ensinamentos de Humberto Theodoro Junior, citando a jurista italiana Maria Rosa Cimma:

> A prescrição tal como vigora nos direitos positivos modernos, deita suas raízes no direito romano pós-clássico e justinianeu, quando a exigência de certeza nas relações jurídicas se torna essencial na vida negocial, e então se faz exprimir na legislação imperial. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.132)

A prescrição é um instituto jurídico cuja importância maior se mostra no momento em que procura relevar o decorrer do tempo e sua repercussão nas relações jurídicas. O fundamento básico de sua existência é de impedir que o conflito entre devedor e credor se perpetue, de forma que, por fim, sancione a inércia do devedor que objetiva uma determinada pretensão.

O direito a uma pretensão é exigido, por via judicial, a partir da propositura de uma ação de caráter condenatório mediante o requisito da inadimplência da parte devedora. Se houver a inércia do credor durante um determinado lapso de tempo previsto em lei, surge, então, a possibilidade do devedor, por meio de uma exceção, alegar a prescrição do direito a pretensão do credor. A prescrição, portanto, extingue o direito de exigir da outra parte a realização de uma prestação. São os termos do art. 189 do Código Civil:

> "*Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206"*

O entendimento de que a ação é um direito processual público subjetivo à prestação jurisdicional deslocou a prescrição para o sentido de perda do direito de uma pretensão, quando até meados do séc.XX entendia-se que esta era a perda da ação. Neste sentido explica Humberto Theodoro Junior:

> É pois, a *actio* em sentido material – direito à prestação que irá reparar o direito violado – que será o objeto da prescrição. Não é nem o direito subjetivo material da parte, nem o direito processual de ação que a prescrição atinge, é apenas a pretensão de obter a prestação devida por quem a descumpriu (*actio* romana ou ação em sentido material). Neste sentido, a pretensão nada mais é do que o poder de exigir uma prestação. Não nasce do direito subjetivo diretamente, mas de seu vencimento ou de qualquer fato que gere sua exigibilidade. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.131)

Este mesmo autor resume os requisitos necessários para que haja a prescrição:

> a) que exista o direito material da parte a uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio de ação ou omissão do devedor;

> b) que ocorra a violação desse direito material por parte do obrigado, configurando o inadimplemento da prestação devida;
> c) que surja, então, a pretensão, como conseqüência da violação do direito subjetivo, isto é, nasça o poder de exigir a prestação pelas vias judiciais e, finalmente;
> d) que se verifique a inércia do titular da pretensão em fazê-la exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.131)

Definido, portanto, o instituto da prescrição, cumpre ressalvar os entendimentos doutrinários acerca do seu fundamento, da razão pela qual existe e qual a sua função no universo jurídico. O doutrinador Antonio Luis da Câmara Leal em elucidativa obra "Da Prescrição e da Decadência" afirma que a existência da prescrição se deve ao fato de conter um interesse jurídico-social, e assim leciona:

> Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública. (...) O não cumprimento de uma obrigação, a ameaça ou violação de um direito são estados antijurídicos que perturbam a harmonia social, e a ação foi instituída como meio reintegratório dessa harmonia, fazendo cessar o desequilíbrio provocado pela ofensa ao direito. Se o titular deste, porém, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando, assim, para a permanência do desequilíbrio antijurídico, ao Estado compete remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providencia de ordem publica foi que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa conseqüência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, restabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.(LEAL, 1978, p. 15)

Embora este autor refira-se a prescrição como perda da ação, isto não o desaprove de tão elucidativa explicação a respeito da função deste instituto. Ora, a alegação da prescrição da pretensão nada mais faz que garantir a ordem pública já que elide a insegurança que permeia as relações jurídicas pela indefinição de um termo final que signifique a solução do litígio. As partes que litigam não podem permanecer em estado de desarmonia por causa da inércia do devedor, já que isto pode gerar uma desordem pública. O instituto da prescrição visa à preservação da harmonia social como bem observou o doutrinador supramencionado. Ademais, o interesse social pela estabilidade das relações jurídicas a que a prescrição pretende, é defendido pela maioria dos juristas como fundamento precípuo. Neste sentido explica Humberto Theodoro:

> Há unanimidade quanto à inconveniência social que representa a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas. Há, sem dúvida, um anseio geral de segurança no tráfico jurídico, que não seria alcançada se, por mais remota que fosse a causa de uma obrigação, pudesse sempre questionar-se sua existência, sua solução ou seu inadimplemento. Pondo fim à controvérsia sobre uma situação jurídica antiga e já consolidada pelo tempo, é opinião tranqüila que a prescrição atende à satisfação de superior e geral interesse à

> certeza e à segurança no meio social e, assim, se coloca entre os institutos de ordem pública. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 135)

Conforme Gagliano e Pamplona Filho:

> A noção de prescrição foi erigida com o desiderato da estabilidade social e segurança jurídica a evitar relações jurídicas perpétuas, que pode obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2003, p. 238)

A pretensão dos legitimados ativos da ação civil pública de obter o adimplemento da obrigação do devedor que causou um dano ambiental não pode existir *ad eternum.* Se isso for permitido, comprometerá exatamente a segurança jurídica tão importante para a permanência da ordem pública. A certeza e estabilidade das relações jurídicas bem como a solução definitiva dos conflitos produzem uma harmonia social. A prescrição é o instrumento processual mais adequado e justo, de que se vale o devedor, para que a ordem pública seja estabelecida. E é buscando essa segurança que Humberto Theodoro, com toda razão, diz:

> No fenômeno prescricional, na verdade, se confrontam dois imperativos caros ao direito: o anseio de segurança nas relações jurídicas e a busca da justiça. Quando se reconhece a pretensão – força de coagir o violador do direito a realizar a prestação a que se faz jus o titular do direito violado – atua-se em nome da justiça. A busca eterna da justiça, porém, longe de realizar a plenitude da paz social, gera intranqüilidade e incerteza, no tráfico jurídico que urge coibir. É preciso, por isso, estabelecer um modo harmônico de convivência entre os dois valores em choque. Isto a lei faz da seguinte maneira: estipula um prazo considerado suficiente para que a pretensão seja exercida, de maneira satisfatória, conferindo-lhe todo o amparo do poder estatal e, com isso, atende aos desígnios de justiça. Além do termo desse prazo, se o credor não cuidou de fazer valer a pretensão, dando ensejo a supor renuncia ou abandono do direito, negligencia em defendê-lo, ou até mesmo presunção do pagamento, a preocupação da lei volta-se, já então, para os imperativos de segurança e as exigências da ordem e da paz sociais, que passam a prevalecer sobre a justiça e os direitos individuais. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 137)

A Ação Civil Pública que visa a tutela do meio ambiente tem por finalidade precípua a declaração da existência do dano ambiental bem como, a constituição do objeto da obrigação e, em conseqüência destes dois elementos, a condenação do réu naquilo previsto no art.3º da Lei 7347/85, que diz: *"Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer."* A necessidade de afirmação definitiva por parte da prestação jurisdicional da existência do dano ambiental o que, portanto, demonstra o caráter declaratório da sentença, nada mais protege que o direito ao contraditório do réu previsto constitucionalmente. Neste sentido, observa Celso Antonio Pacheco Fiorillo:

> O principio constitucional do contraditório no direito processual ambiental se caracteriza, por via de conseqüência, em assegurar aos potenciais poluidores

> o direito de informação vinculado à existência de acusações ou processos adstritos às lides ambientais, para que os mesmos possam ou não reagir diante de casos concretos, o que significa observar o principio constitucional informado pelo art.5ºXXXV, da Carta Maior (...) terão os potenciais poluidores a oportunidade de se defender de forma ampla, geral e irrestrita com a utilização de todos os meios e recursos inerentes ao seu direito de efetivamente reagir. (FIORILLO, 2006, p. 106)

Isto posto, cumpre, neste momento, resgatar a teoria das obrigações a fim de elucidar acerca da liquidez que fundamenta as relações obrigacionais e que liga esse caráter declaratório das sentenças nas ações civis publicas por dano ambiental. Trata-se de uma obrigação indenizatória já que tem por fonte um ato ilícito, o art. 159 do Código Civil assim dispõe: *"Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."* Ora, as obrigações pressupõem uma prestação de caráter econômico, sendo esta o seu objeto. No caso do dano ambiental, o objeto da obrigação é uma prestação de reparação do dano causado que, assim, condenará o devedor a fazer algo, não fazer algo ou dar algo. Ora, afim de que esta obrigação seja exigível é necessário que a mesma seja vencida e liquida e, para esta ultima, cumpre a observância de dois outros requisitos: que a obrigação seja determinada ou determinável quanto ao objeto bem como certa quanto a sua existência.

No caso de um dano ambiental, os requisitos de liquidez são precários. Não se tem certeza quanto a existência do dano haja vista a necessidade de averiguação técnica e valorativa da conduta. Ora, o que aprioristicamente se revela uma conduta poluidora, pode-se verificar, posteriormente, que não houve qualquer prejuízo ambiental. Seja, por exemplo, por considerar que um produto químico seja biodegradável.

Ademais, o objeto é indeterminado. Ou seja, a prestação economicamente devida pelo devedor não se vê possível de ser determinada ou determinável, senão após uma prospecção judicial com a prolação da sentença que ira constituí-la, seja também pela existência de um laudo pericial judicial ou administrativo que comprove a existência do dano e sua valoração, ou mesmo pela existência de um *TAC* que a estabeleça. Neste sentido, Caio Mario da Silva Pereira explica:

> O objeto da obrigação há de ser determinável. Via de regra, é determinado pelo gênero, pela espécie, pela quantidade, pelos caracteres individuais. Mas, quando não o for, será de mister que possa determinar-se, ou por ato dos sujeitos ou pela escolha de um deles, ou por terceiro, ou ainda por fato impessoal. O que não é possível, sob pena de equiparar-se a falta de objeto e, pois, a ineficácia da obrigação, é a indeterminação definitiva, que importa na

> própria negação do vinculo, por ausência de obrigação. (PEREIRA, 1992, p. 48)

Nesse sentido, a fim de tornar certa a existência da relação jurídica entre as partes e constituir o objeto da relação obrigacional, no âmbito judicial, cumpre ao juiz a função de declarar o causador e a existência do dano, constituir a prestação obrigacional a partir de uma valoração do dano ambiental, após, todo o trâmite processual e de calculado devidamente o dano por ventura existente, respeitadas as garantias constitucionais. E, assim, posteriormente, condená-lo ao pagamento da indenização em uma obrigação de dar, de fazer ou não-fazer. A obrigação, neste momento, é considerada liquida e vencida e, somente assim, passível de se exigir uma pretensão.

Conclui-se, portanto, que a sentença nas ações civis públicas que visam à tutela do meio ambiente possui um caráter diferenciado quanto a sua natureza jurídica. Além de possuir um caráter declaratório, já que deve confirmar a certeza de existência do dano, é constitutiva quanto ao objeto da obrigação e, alem disso, é uma ação condenatória, visto a necessidade de reparação do dano por meio de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Conforme ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

> Se a vontade da lei impõe ao réu uma prestação passível de execução, a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução (...) a essência das ações condenatórias é a de declarar a situação jurídica dos litigantes e ordenar uma prestação de uma parte em favor da outra. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 564)

Toda essa observação serve para que se possa discorrer acerca da contagem do inicio do prazo prescricional. Ora, uma vez que o instituto da prescrição somente se aplica nas ações de cunho condenatório, como é o caso da ação civil pública, em que, unido ao inadimplemento da obrigação do réu em indenizar e a inércia do autor em cobrá-la, o decurso do tempo que elidirá a pretensão do autor somente iniciará depois de sentenciada a condenação. Antes disso o réu não poderá se utilizar a exceção para se escusar do pagamento uma vez que não há que se falar em condenação e inadimplemento.Como bem explica o prof. Humberto Theodoro Junior:

> A prescrição nasce do fato anormal do inadimplemento. É porque o obrigado a uma prestação deixou de cumpri-la que começa a correr o prazo de prescrição, dentro do qual o credor deverá reagir, para forçar a realização da prestação descumprida. A inércia da reação à ofensa ao direito provocará, ao final do prazo assinalado na lei, a perda da tutela jurisdicional, embora ainda subsista o direito subjetivo, já então debilitado, mas não extinto (se o devedor não argüir a prescrição, o juiz não poderá recusar a tutela jurisdicional, e se o devedor pagar a divida prescrita o pagamento será válido e irrepetível). Grifo nosso. (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 142)

Ocorre, entretanto, a possibilidade de existir o *TAC* (Termo de Ajustamento de Conduta), em que os legitimados ativos da ação civil pública juntamente com o poluidor acordam extrajudicialmente, diante do cálculo do dano ambiental causado, acerca da existência e reparação deste dano. Neste ultimo caso, seja através do pagamento de determinada quantia em dinheiro, seja pela exigência de uma obrigação de fazer ou não fazer. Deste pacto a lei constitui a sua eficácia de titulo executivo extrajudicial, conforme art.5º § 6º da Lei.7347/85 que diz: *"Art. § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."*

Esta eficácia permite que os legitimados ativos que não obtiveram sua pretensão realizada diante do inadimplemento do poluidor, recorram à tutela jurisdicional através de uma ação executiva, para receberem o que é devido à sociedade, qual seja a indenização em dinheiro ou uma obrigação de fazer ou não fazer.

De todo modo, em ambas situações, tanto aquela em que a legitimidade, o dano e a condenação sejam discutidos judicialmente na ação civil pública quanto aquela em que por meio de um *TAC*, titulo executivo extrajudicial, se revolva o meio de reparação do dano, o termo inicial para contagem do prazo prescricional ocorrerá no momento em que, após certa a existência da relação jurídica entre as partes, constituido o objeto da relação obrigacional e estipulado o *quantum* devido, o devedor incorra no seu inadimplemento.

Ora, uma vez que este prazo inicia após toda a prospecção da existência do dano, das dificuldades de mensuração da indenização, do trâmite meticuloso e lento do judiciário e, por fim, do inadimplemento do poluidor mau pagador, em vistas a objetivar todo o fundamento o qual a prescrição se presta, qual seja, a busca pela segurança jurídica, está deverá se dar no prazo estipulado no art. 205 do Código Civil que diz: *"Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor."*

Os legitimados ativos capazes de proporem ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente que estão arrolados no art. 5º da lei 7.347/85, devem fiscalizar diligentemente o cumprimento da sentença condenatória a

fim de que a proteção ao meio ambiente seja efetivada com a devida reparação do dano ambiental causado.

Diante do inadimplemento da obrigação do devedor este deverá incorrer na execução forçada. Deve-se acompanhar diligentemente esta nova fase processual para se obter, no caso da tutela ambiental, a reparação do dano. O desleixo e omissão dos legitimados ativos nesta fase processual pode resultar na impossibilidade de se obter a reparação do dano, caso passe 10 anos sem que estes procurem realizar meios de coerção para obter o ressarcimento do prejuízo que o poluidor causou, uma vez que este poderá utilizar a assegurada exceção da prescrição. Este prazo mostra-se, portanto, razoável já que, em consonância aos ditames legais, assegura que as relações jurídicas não fiquem indefinidas a espera de uma solução tardia e, alem disso, defender a imprescritibilidade pode resultar instabilidade e insegurança jurídica.

Ademais, a maioria dos autores que discorrem a respeito da prescrição ressaltam esta segunda função deste instituto, qual seja a de sancionar a omissão na qual o credor incorre ao não diligenciar na obtenção da reparação ambiental. Conforme preleciona o jurista Antonio Luis da Câmara Leal:

> Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o prova de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social. (LEAL, 1978, p.16)

Assim também explica Silvio de Salvo Venosa:

> O direito exige que o devedor cumpra sua obrigação e permite ao credor valer-se dos meios necessários para receber seu crédito. Se o credor, porem, mantém-se inerte por determinado tempo, deixando estabelecer situação contaria a seu direito, este será extinto. Perpetuá-lo seria gerar terrível incerteza nas relações sociais. Existe, pois, interesse de ordem pública na extinção dos direitos que justifica os institutos da prescrição e decadência. (VENOSA, 2006, p. 279)

Uma vez que o credor, após o inicio da contagem do prazo prescricional, exerça atos que demonstrem interesse em obter o adimplemento da pretensão, a lei o assegura a interrupção desse lapso temporal. Se por um lado a inércia do credor na busca da reparação ambiental, por um determinado tempo, resulta na prescrição e, portanto, na perda do direito a sua pretensão; por outro lado as suas diligências para conseguir a reparação resultam na interrupção do prazo previsto desta exceção de que o devedor poderá se valer futuramente. Desta forma, é o credor o maior interessado em

interromper a prescrição. A lei, então, no Código Civil prevê as formas pelas quais o credor poderá assim fazer:

> Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:
> I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
> II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
> III - por protesto cambial;
> IV - pela apresentação do Título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;
> V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;
> VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

No caso dos incisos V e VI cumpre ressalvar os ensinamento de Maria Helena Diniz que inclui os casos de:

> (...) interpelações, notificações judiciais e atos praticados na execução da parte liquida do julgado, com relação à parte ilíquida e atos inequívocos, ainda que extrajudiciais, que importem reconhecimento do direito do devedor, como: pagamento parcial por parte do devedor; pedido deste ao credor, solicitando mais prazo; transferência do saldo de certa conta, de um ano para o outro.(DINIZ, 2004, p. 338)

As providências, portanto, tomadas pelo credor em não se manter inerte buscando o adimplemento da sua pretensão, interrompe o prazo prescricional. O parágrafo único do art.202 do Código Civil dispõe que: *"Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper."*

Deste dispositivo, explica Silvio de Salvo Venosa:

> Trata-se da decorrência do principio do efeito instantâneo da interrupção da prescrição. O prazo recomeça imediatamente após a interrupção, restituindo-se integralmente ao credor. Leve-se em conta, porém, que não haverá reinicio de prazo se a interrupção já ocorrera anteriormente, por força da regra do *caput*, pela qual essa interrupção só poderá ocorrer uma vez. (VENOSA, 2006, p. 596)

Embora a interrupção da prescrição ocorra apenas uma vez, consoante aos ditames do art. 202 do Código Civil, se esta ocorrer, haverá a recontagem integral do lapso temporal prescricional. Este novo lapso temporal, reiniciado integralmente, mostra-se extremamente suficiente para se obter a reparação do dano ambiental sem que a relação jurídica entre credor e devedor incorra na insegurança jurídica e instabilidade social tão combatida pelos fundamentos da prescrição.

A Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/95 é omissa em suas disposições quanto o prazo prescricional, no qual credor e devedor deverão se precaver para resguardar seus direitos. Diante desta omissão e consoante às regras de interpretação

normativa, deve-se recorrer às disposições gerais do Código Civil. Disposição esta contida no art. 205 do C.C que diz:

> *"Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor."*.

A *contraio sensu* do critério da especialidade entendido como *lex specialis derogat legem generalem*, deve vigorar, portanto, de forma residual, o prazo prescricional previsto no Código Civil. Neste sentido, explica o jurista Juventino de Castro Aguado:

> *"O critério da especialidade significa dizer que a norma especial sobrepõe-se à regra de caráter geral, sendo que ela foi criada para atender um caso específico,já a norma geral possui forma residual."* (AGUADO, 2006, p.124).

3. EFICACIA DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E A RESPONSABILIDADE POR DANO AMBIENTAL: *a contribuição da idéia de justiça intergeracional*

A proteção ao meio ambiente é uma preocupação a ser relevada por todas as sociedades globais, trata-se de uma condição de sobrevivência dos seres humanos. Atualmente presenciamos a era do consumo em que as trocas materiais de produtos são impetuosamente desejadas e causa das necessidades humanas, sendo as mesmas concretizadas através de políticas ligadas ao desenvolvimento econômico. Não podemos negar esse paradigma que, entre outros fatores, existe também às custas dos recursos naturais. Porém, isto deve ser feito de maneira sustentável e em obediência à lei, aos limites a que ela se propõe. Deixar que as agressões ambientais desenfreadas na busca do crescimento econômico sejam recorrentes e que o dano ambiental não seja reparado imediatamente significa tornar ineficazes as normas protetivas ambientais e, além disso, ameaçar o futuro da espécie humana.

A tutela jurisdicional que garante o direito a todos os seres humanos, indeterminadamente, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, encontra, como dito anteriormente, amparo em norma constitucional, precisamente no seu art.225. Encontra-se, portanto, no vértice do sistema jurídico possuindo superioridade no seu conteúdo. É na Constituição que se cristaliza os valores fundamentais e basilares de um povo e, portanto, é o norte da jurisdição, legislação e execução da lei. O direito ao meio ambiente equilibrado é norma imprescindível a ser integralmente concretizada na

realidade social, sendo através da força normativa da Constituição que tornará imperativa e indispensável a sua eficácia. Assim explica Konrad Hesse:

> A essência da norma constitucional reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada da condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 15)

Uma possível leitura deste pensamento de Hesse é a de que o momento de realizar a norma, ou seja, torná-la concreta e, portanto, eficaz, significa trazê-la do campo do dever-ser para campo do ser, relevando as condições sociais, econômicas e sociais nas quais será inserida. Neste sentido Hesse continua: *"Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação a realidade política."* (HESSE, 1991, p. 18)

Ora, uma vez que realizar o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é norma fundamental de concretização na realidade social e implica, entre outras formas, ter obtida a reparação do dano ambiental pela responsabilização civil do poluidor, isto não pode ser objeto de descaso, seja por quaisquer partes de um processo judicial, no sentido do ressarcimento se dar tardiamente. Com o transcurso do tempo, o grau de eficácia desta norma condicionada com os fatos que causaram a degradação ambiental torna-se diminuída. O dano ambiental causado hoje precisa ser reparado imediatamente pelo poluidor e isso permitirá que a norma constitucional que protege o meio ambiente ecologicamente equilibrado seja eficaz integralmente. O que a norma produzirá na realidade não pode ser objeto futuro, sob pena de não garantir a geração presente, que teve que suportar os malefícios de um dano ambiental, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Defender a imprescritibilidade do dano ambiental, portanto, implica numa diminuição da eficácia da norma, já que somente será concretizada dentro de outra realidade social. Neste sentido, Silvio de Salvo Venosa ensina:

> O exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente, mas sim efetivado dentro de determinado prazo e, uma vez isto não ocorrendo, perderá o titular a prerrogativa de fazer valer seus direitos. (VENOSA, 2006, p. 457)

E assim se justifica a prescrição ambiental: trata-se de uma maneira de tornar a norma eficaz ao mesmo tempo que garante a segurança jurídica. Isso implica em um estímulo ao autor da ação em buscar o ressarcimento antes que o transcurso do tempo

retire o seu direito de pretensão. Ademais, faz com que se realize o mais importante que é fazer com que a norma se vista de um grau de eficácia extremamente maior que se deixasse para ser concretizada em tempos futuros.

O significado certo do que seja Justiça Intergeracional ainda não foi bem determinado na órbita jurídica. Trata-se de fundamentos jurídicos que relevam o aspecto da repercussão de condutas e feitos jurídicos que são produzidos na geração presente para as futuras gerações ambos cingidos a uma concepção de justiça, em outras palavras, é a justiça entre gerações.

No âmbito ambiental José Adércio Leite Sampaio correlaciona esta perspectiva de justiça intergeracional ao que chama de "principio da equidade intergeracional" e assim o preleciona:

> As presentes gerações não podem deixar para as futuras gerações uma herança de déficits ambientais ou do estoque de recursos e benefícios inferiores aos que receberam das gerações passadas. Esse é um principio de justiça ou equidade que nos obriga a simular um diálogo com nossos filhos e netos na hora de tomar uma decisão que lhes possa prejudicar seriamente. (SAMPAIO, 2003, p. 147)

Este princípio na verdade foi reconhecido na Declaração sobre Responsabilidade das Presentes Gerações em Torno das Futuras Gerações da Conferência Geral da Unesco, Paris, 21 de outubro a 12 de novembro de 1997, em que se discutiu a idéia de não haver fundamento para se dar preferência à atual geração em detrimento das gerações futuras no uso do planeta. Ademais, conforme informação de José Rubens Morato Leite no seu livro Direito Ambiental na sociedade de risco, a teoria da equidade intergeracional está presente em vários materiais internacionais, como a Carta das Nações Unidas, o Preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, a Convenção-Quadro sobre Mudança de Clima, a Convenção sobre diversidade biológica e, por fim, a Declaração do Rio sobre o Meio-Ambiente e Desenvolvimento. Neste último, o seu principio n°3 assim dispõe: *"Art. 3°. O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de tal forma que responda eqüitativamente às necessidades de desenvolvimento e ambientais das gerações presentes e futuras."*

Em artigo bastante esclarecedor a jurista Simone Wolff, pós-Doutorada nas Universidades Panthéon Sorbonne e Phantenon-Assas e atual Secretaria de Biodiversidade e Floresta do Ministério Meio Ambiente, explica que:

> O princípio da eqüidade intergeracional traduz um desejo comum de justiça entre as gerações atuais e as gerações futuras. Tal justiça corresponderia, entre outros aspectos, à igualdade de oportunidade de desenvolvimento socioeconômico no futuro, graças à prática da responsabilidade no usufruto do meio ambiente e de seus elementos no presente. Para que a oportunidade de utilização eqüitativa da natureza pelas gerações possa durar, é condição indispensável que os legados naturais estejam bem conservados. (WOLFF, 2005)

Remete seu estudo à autora do livro *Justice pour lês Générations Futures*, Edith Brown Weiis, que assim afirma, *"Em qualquer momento, cada geração é ao mesmo tempo guardiã ou depositária da terra e sua usufrutuária: beneficiária de seus frutos. Isto nos impõe a obrigação de cuidar do planeta e nos garante certos direitos de explorá-lo."* Grifo nosso. (WEISS, 1993)

Fazer da equidade intergeracional principio a ser observado diante das condutas humanas que utilizam recursos naturais, significa transpor a necessidade de um juízo de ponderação a estas condutas no sentido de relevar sua repercussão à geração futura. Esta consideração deve ser advertida de dois inseparáveis direitos: o direito do homem ao desenvolvimento sustentável e o direito ao meio ambiente.

Ao mesmo tempo que o homem tem o direito de satisfazer suas necessidades básicas e entendendo que, atualmente estamos inseridos numa sociedade consumista que a todo momento criam-se novas necessidades e desejos e, portanto, são feitos novos produtos frutos de tecnologias cada vez mais avançadas proclamadas pelo desenvolvimento econômico, deve-se considerar a importância e a preservação do meio ambiente na produção destas necessidades que utilizam recursos naturais.

Ambos direitos não podem ser frutos de condutas desmedidas desconsiderando as suas correlações. Trata-se de direitos completamente interligados, inseparáveis e, por isso, não podem ser negados um com relação ao outro. Uma supervalorização de um desses direitos em detrimento do outro pode gerar tanto um retrocesso no desenvolvimento econômico das atividades voltadas para esse fim quanto, por outro lado, a possibilidade de haver danos ambientais irreversíveis. Isto porque havendo uma política desenvolvimentista voraz sem sopesar o impacto ambiental resultante da utilização dos recursos ambientais para esta política, o meio ambiente estaria sendo inferiorizado e, portanto, afastada estaria a concretização do direito ao meio ambiente equilibrado na ordem social. Por outro lado, uma supervalorização do meio ambiente acabaria por diminuir a produtividade econômica o que, por sua vez, acarretaria

conseqüências tais como paralisação da produção tecnológica e um alto índice de desemprego.

De todas essas considerações, deve-se concluir que o principio da equidade intergeracional ou a Justiça Intergeracional, não pode elevar às gerações futuras um grau de importância maior que as gerações presentes, tampouco pode-se concluir o contrário. Ambas gerações possuem grau de importância eqüitativo e, por isso, tem os mesmos direitos, tanto o direito ao desenvolvimento econômico quanto o direito a um meio ambiente equilibrado, numa mesma amplitude, considerando as mesmas conseqüências que podem gerar, como também são passíveis de cumprir deveres e serem responsabilizadas.

Assim, o fato de que hoje a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e, alem disso, haja vista a necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, isto não pode abrir espaço para que a geração presente seja inferiorizada do resguardo de exercer iguais direitos. Ou seja, a geração presente não pode se limitar na produtividade econômica para resguardar o meio ambiente para geração futura. Oportuna a definição de Jose Rubens Morato Leite sobre o que seja equidade intergeracional: *"Equidade intergeracional significa a exigência de que cada geração legue à seguinte um nível de qualidade ambiental igual ao que recebeu da geração anterior."* (LEITE, 2001, p. 75)

O que deve ser considerado é o equilíbrio de suas próprias condutas que devem ter caráter sustentável. Se isso for realizado, a geração futura estará assegurada do direito ao equilíbrio do meio ambiente tanto quanto a geração presente. A sustentabilidade nada mais é que uma tentativa de viabilizar este direito a geração presente unida a uma perspectiva futura.

Em que pese todo esse resguardo de direitos ambientais, correlacionado a isto, se impõe o cumprimento de deveres por parte destes mesmos agentes jurídicos, sejam da presente geração quanto da futura geração. A responsabilização civil, neste caso, encontra-se indissociável à realização de direitos. E, por isso, havendo afronta ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou quanto ao direito ao desenvolvimento econômico, que causem dano ambiental, cumpre ao causador o dever de responsabilização seja por meio de reparação ou compensação ambiental.

Uma vez que a norma jurídica deve ser observada no presente para que surta seus efeitos para esta atual realidade social, a prescrição ambiental se justifica no sentido de que esta aumenta o grau da eficácia e efetividade na norma jurídica tão almejada ao sistema jurídico e, obviamente, à finalidade do Direito.

O dever do poluidor de reparar ou compensar o dano ambiental que foi produzido nesta geração constitui, concomitantemente, a garantia de que este direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art.225 da *C*F, seja efetivado também nesta geração. Se este dever encontrar espaço na defesa da imprescritibilidade para ser cumprido em um longo período depois, ou seja, nas gerações futuras, as gerações presentes estarão sendo penalizadas e desvalorizadas já que não usufruirão da finalidade da responsabilidade, que é, entre outros motivos, alcançar o equilíbrio ecológico imediatamente. Isto não seria injusto?

O que deve se depreender do conceito de justiça intergeracional é a idéia de equilíbrio, no sentido de colocar tanto a geração futura quanto a geração presente num parâmetro de direitos e deveres iguais. Além disso, ser resguardado o direito a que ambas possuam espaço para utilizar dos recursos naturais em atendimento as necessidades humanas de suas respectivas gerações sem que isso comprometa a sustentabilidade ambiental.

Outra questão importante relacionada a essa lógica refere-se ao repasse do dever de cumprir a condenação pecuniária pelos sujeitos da geração futura caso se proponha a defesa da imprescritibilidade ambiental. Ora, não faz sentido tampouco condiz com uma idéia de justiça eqüitativa que seja a dívida repassada para geração futura. A penalidade pecuniária que deveria ser cumprida pelo causador do dano é simplesmente postergada para sujeitos que não tiveram qualquer correlação com a autoria do dano ambiental caso a imprescritibilidade venha a ser adotada. Esta possibilidade pode gerar um comodismo e aumento de condutas irresponsáveis pela geração presente já que estas estarão resguardadas da procrastinação do ônus, do dever de responsabilizar-se por seus atos. Isto seria justo com a geração futura?

O poluidor pagador será outro com o decurso do tempo, caso se desconsidere a prescrição. Somente na geração futura é que haverá o pagamento da indenização da responsabilidade civil ou compensação do dano ambiental. Seja o obrigado sucessor pessoa física ou pessoa jurídica, trata-se de uma nova realidade social. Ou seja, o

ressarcimento se dará por outra pessoa sendo também os sujeitos passivos diversos daqueles que sofreram as conseqüências imediatas do dano ambiental. Essa desconsideração das diferenças entre ambas e respectivas realidades sociais, também corrobora para incidência na injustiça entre essas gerações. A prescrição ambiental, nesse sentido, assegurará que a punição a ser cumprida pelo poluidor pagador seja feita na geração presente ponderando a realidade atual e seus fatores políticos, econômicos, para que se alcance a pretensão de justiça.

Os Tribunais de Justiça de Minas Gerais e Santa Catarina únicos no Brasil que apreciaram a presente matéria, defenderam a tese da imprescritibilidade ambiental. Basicamente entendem que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art.225 da Constituição Federal por se tratar de direito fundamental, indisponível, comum a toda a humanidade, não se submete à prescrição, pois, nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli:

> (...) uma geração não pode impor às seguintes o eterno ônus de suportar a prática de comportamentos que podem destruir o próprio habitat do ser humano (...) em matéria ambiental, de ordem pública (...) a consciência jurídica indica que não existe o direito adquirido de degradar a natureza. É imprescritível a pretensão reparatória de caráter coletivo, em matéria ambiental. Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras. Como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?! Não se pode dar à reparação da natureza o regime de prescrição patrimonial do direito privado. (MAZZILLI, 1999, p. 398)

São, resumidamente, os termos dos acórdãos encontrados:

> TRIBUNAL DE JUSTIÇA MINAS GERAIS
> EMENTA: DIREITO AMBIENTAL. CONSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. A proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, pertencente à humanidade e às gerações futuras, constitui matéria imprescritível. No mérito, verifico que a alegação de prescrição não procede, pois a proteção ao meio ambiente, por se tratar de um direito fundamental para preservação do planeta, pertencente à humanidade e às gerações futuras, constitui matéria imprescritível. Nesse sentido, o valioso ensinamento de Hugo Nigro Mazzili (transcreve o parágrafo do autor do inicio deste capítulo) (Apelação Civil n 1.0035.04.032375-6/001(1), Relator: Dês. Maria Elza, 03/11/2005)
>
> TRIBUNAL JUSTIÇA SANTA CATARINA
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PROTEÇÃO AO MEIO A ação civil pública veiculadora de pretensão reparatória do dano ambiental coletivo não conta com disciplina específica em matéria prescricional (...) a lentidão com que surgem e se manifestam as consequências da contaminação pode chegar a vários anos, circunstância totalmente incompatível com o sistema clássico de prescrição (...) não estamos diante de direito patrimonial quando se fala de tutela do meio ambiente difusamente considerado. As pretensões veiculadas na ação civil

> pública se relacionam à defesa de um direito fundamental, indisponível, do ser humano; logo, inatingível pela prescrição. [...]" (Direito do Ambiente. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 536 a 538). HUGO NIGRO MAZZILLI, ensina que: (transcreve o parágrafo do autor do inicio deste capítulo) (AGRAVO DE INSTRUMENTO N°: 2005.002842, Relator: DES.Nicanor de Silveira, 26/08/2005)

Quanto a afirmativa que uma geração não pode impor às gerações futuras o eterno ônus de suportar a pratica de comportamentos de destruição ao habitat natural do ser humano, isto não se revela conseqüência na defesa da prescrição. Na verdade, a prescrição pretende que haja, inclusive, maior efetividade da reparação ambiental impedindo que as gerações futuras sejam oneradas com os efeitos de um dano ambiental causado na geração presente. Unido à necessidade de segurança jurídica, a prescrição impossibilita que a geração futura também seja responsabilizada pelas condutas da geração presente, sob pena de se incorrer numa esfera de injustiça. Ambas são obrigadas a preservar o meio ambiente e reparar ou compensar pelos danos causados.

O autor Hugo Nigro Mazzilli ao questionar afirmando: *"como poderia a geração atual assegurar o seu direito de poluir em detrimento de gerações que ainda nem nasceram?"* Isto nunca poderá ser assegurado, tampouco isto é decorrente da prescrição, pois a norma de proteção ao meio ambiente economicamente equilibrado através da responsabilização do dano ambiental deve ser efetivada na geração presente. Cumpre, neste sentido, aos legitimados ativos das ações civis públicas, responsáveis pela defesa do meio ambiente, diligenciaram no sentido de coagir aos devedores a cumprir com a reparação e compensação do dano ambiental e não permitir que essa geração presente tenha o direito de poluir como depreende o autor.

Outro argumento que levam os julgadores a entender pela imprescritibilidade do dano ambiental é a de que a tutela do meio ambiente não é um direito patrimonial. Esta classificação não influencia na incidência do instituto da prescrição, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado considerado como patrimonial ou não, a prescrição deve ser suscitada. Ora, a prescrição significa apenas a extinção do direito de exigir do devedor a realização de uma prestação devida por causa do transcurso de um tempo, determinado em lei, que impede a culminação da insegurança jurídica nas relações jurídicas.

Além disso, o art. 219 no seu § 5° do *CPC* de 1973, previa que: *"Art. 219 § 5°. Não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de oficio, conhecer da prescrição e decreta-la de imediato."*. Desta norma depreende-se a possibilidade de

alegar prescrição tanto com relação a direitos patrimoniais quanto a de direitos não patrimoniais. A questão na verdade, concerne ao conhecimento de oficio pelo juiz da prescrição no caso de direitos não patrimoniais que poderia ser decretada independente da iniciativa das partes. A atual disposição deste parágrafo, introduzida pela Lei 11.280-2006 não mais limita a iniciativa do juiz de conhecer a prescrição e, assim, diz: *"Art. 219 § 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição."* Desta modificação, apenas se denota que agora a prescrição é matéria de caráter público e, assim, não mais suscetível unicamente pela iniciativa das partes, sendo irrelevante o caráter patrimonial.

Por fim, quanto ao argumento da lentidão que se manifestam as conseqüências da contaminação de uma conduta poluente quando verificado fato novo, cumpre, neste caso, a se relevar que, enquanto não se determine a existência do dano, bem como que haja sido constituído o objeto da obrigação, não há que se falar em indenização, não há que se falar em relação obrigacional nem inadimplemento e, assim, em prescrição. O fato novo, portanto, ensejará toda essa prospeccção antes que se fale em prescrição. Ora, o principio da *actio nata*, no caso de indenização por dano ambiental, se dá no momento da concepção da liquidez da obrigação e inadimplemento decorrente do dano ambiental, que poderá se dar numa sentença judicial, na celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta ou ate mesmo a partir de um laudo pericial administrativo como explicitado anteriormente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema objeto deste trabalho, conforme elucidado, não possui previsão legal tampouco entendimento pacifico na doutrina, embora a jurisprudência entenda pela imprescritibilidade das ações de responsabilidade por dano ambiental. Cumpriu, portanto, à presente pesquisa trazer os aspectos relevados por estas fontes e, analisando-os a partir de institutos jurídicos, traçar um entendimento pela recepção do prazo prescricional do art.205 do Código Civil nas ações civis publicas ambientais.

Neste sentido, através do entendimento do próprio fundamento da existência do instituto da prescrição, assim como os seguintes aspectos: a necessidade de observância do principio da especialidade vez que não há previsão normativa especial acerca deste tema; a aplicação do principio da *actio nata* para contagem inicial do prazo, qual seja, o momento da ciência inequívoca da existência do dano, do objeto da obrigação, da

valoração da condenação e inadimplemento do poluidor, mostrando-se razoável a prescrição; ademais, por considerar ser esta também um instrumento que garante a eficácia da responsabilização do dano ambiental; bem como maneira de aplicabilidade do principio da equidade intergeracional, concluiu-se pela defesa da prescrição nas ações civis publicas por dano ambiental. Por fim, foram analisadas as decisões jurisprudenciais proferidas pelos Tribunais de Justiça no Brasil que apreciaram o objeto deste trabalho, embora entendam pela imprescritibilidade do dano ambiental, os argumentos foram contrapostos pelos fundamentos acima trazidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUADO, Juventino de Castro Cunha.Os Principios constitucionais, as lacunas do direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos. **Revista do Tribunal Regional Federal**: 3ª região . Ano 2006 , n. 79 , mês set/out , p. 117-145.

BROWN WEISS, Edith. **Justice pour les Générations Futures**. Paris: Editions Sang de la Terre, 1993, p. 15.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro :** volume 2: teoria geral das obrigações. 10. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. 431p.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. 488p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** volume 1: parte geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. 524p.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

LEAL, Antonio Luis da Câmera. **Da prescrição e da decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, 436p.

LEITE**,** José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo , v.6, n.22 , p.62-80, abr./jun. 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 408p

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** volume 2: teoria geral de obrigações. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997- 318p

SAMPAIO, José Adércio Leite; DYRUD, Chris Wold; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental:** na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 284p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prescrição e decadência no novo código civil: alguns aspectos relevantes. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre , v.4, n.23 , p.128-147, maio/jun. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: **volume** 1 : teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 44. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 815p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: volume 1: **parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. 650p.

WOLFF, Simone. Disponivel em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ revista/Rev_67/Artigos/Art_Simone.htm. Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade, 2005. Acesso em 02.02.2007.

A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE, NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL, ENQUANTO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO TRABALHO E À MORADIA[*]

Marizélia Peglow da Rosa[*]

"A posse não é instrumento individual, é social; não é instituto de ordem jurídica e sim da ordem da paz". (Josef Kohler)

RESUMO

O presente artigo tem como tema a função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais ao trabalho e à moradia. Onde o principal objetivo é responder a seguinte questão: Qual o conteúdo e o alcance da função social da posse no direito brasileiro atual, referentemente a efetivação dos Direitos Fundamentais ao trabalho e à moradia? É desta forma, que o tema insere-se, por conseguinte, na linha de pesquisa do Constitucionalismo Contemporâneo, que busca compreender os fenômenos sociais – sob a ótica do direito constitucional – inseridos numa sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade de direitos que lhe é proposta. Neste contexto, a função social da posse desempenha um papel de destaque, com a posse trabalho e a posse moradia, razão pela qual a discussão acerca de seus limites e de sua legitimidade torna-se fundamental, especialmente se o tema for enfrentado a partir de uma perspectiva democrática, voltada para a realização ampla e irrestrita dos direitos fundamentais constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS FUNDAMENTAIS; POSSE; TRABALHO; MORADIA; FUNÇÃO SOCIAL.

RESUMEN

El actual artículo tiene como tema la función social de la pose en el derecho brasileño actual, mientras instrumento de efectuación de los Derechos Fundamentales al trabajo y a la vivienda, donde el objetivo principal es contestar a la siguiente cuestión: ¿Cuál el contenido y el alcance de la función social de la pose en el derecho brasileño actual, referentemente a la efectuación de los Derechos Fundamentales al trabajo y a la vivienda? Es de esta manera que el tema se inserta, por lo tanto, en la línea de la investigación del Constitucionalismo Contemporáneo, que busca comprender los fenómenos sociales – bajo la óptica del derecho constitucional - insertados en una sociedad altamente compleja, en razón de la pluralidad de derechos que se le propone. En este contexto, la función social de la pose desempeña un papel de prominencia, con la pose trabajo y la pose vivienda, razón por la que la discusión con respecto a sus límites y de su legitimidad se hace fundamental, especialmente si miramos al

[*] Esta pesquisa é parte de minha dissertação de mestrado que será concluída no mês de março de 2008.

[*] Mestranda em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Pós-graduada em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Pesquisadora/bolsista da Coordenação de aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

tema desde una perspectiva democrática, vuelta hacia la realización amplia y sin restricción de los derechos fundamentales constitucionales.

PALABRAS-CLAVE: DERECHOS FUNDAMENTALES; POSE; TRABAJO; VIVIENDA; FUNCIÓN SOCIAL.

INTRODUÇÃO

A questão da função social da posse como conseqüência dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares adquiriu uma larga importância, pois vem efetivar os Direitos Fundamentais ao trabalho e à moradia no contexto do Estado Democrático de Direito, principalmente com o atual Código Civil, embora, este não possua de forma expressa previsão em seu texto, o que determina que se socorra aos princípios constitucionais para fundamentá-la.

Assim, pretende-se trabalhar o instituto da função social da posse como corolário da efetivação dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, onde a grande importância da pesquisa encontra-se no fato de, além de ser insuficiente a bibliografia existente, o Código Civil não recepcionou o instituto da função social da posse de forma expressa, razão pela qual a pesquisa utilizar-se-á dos princípios constitucionais, pois estes servem como base legal para fundamentar a legislação civil como um todo e em particular a função social da posse, ao mesmo tempo que o Código Civil elenca a sua dogmática jurídica materializadora, onde o seu fundamento revela uma expressão natural da necessidade.

Para que ao final da pesquisa consigamos responder o problema que se apresenta, ou seja, a seguinte pergunta: qual o conteúdo e o alcance da função social da posse no direito brasileiro atual, referentemente a efetivação dos Direitos Fundamentais ao trabalho e à moradia?

Desta premissa interrogativa surgem as seguintes hipóteses: Os Direitos Fundamentais e sua efetividade nas relações entre particulares estão em conformidade com a Constitucionalização do Direito Privado e mais ainda com o instituto da função social da posse. E, os princípios constitucionais devem ser tomados como instância inicial e como base para o desenvolvimento do tema proposto, ao lado da legislação civil vigente e também a legislação infraconstitucional. A função social da posse é aceita no ordenamento jurídico, tendo em vista os princípios constitucionais. A função social da posse é conseqüência da vinculação dos Direitos Fundamentais nas relações inter-privadas.

Objetiva-se, assim verificar a questão da função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais ao trabalho e à moradia em face do contexto do Estado Democrático de Direito.

Justificam a pesquisa *o* fato de que a função social da posse tem sido freqüentemente criticada, sob o argumento de que a função social da posse é até mais importante que a função social da propriedade, pois é através da posse trabalho e da posse moradia que se dá efetivação de princípios constitucionais.

Ocorre que, no âmbito do direito civil, alguns institutos precisam ser mais trabalhados e realmente recepcionados pela legislação, sob pena de não estarem no mesmo compasso da Constituição Federal. Daí o objetivo que se propõe no presente trabalho, pois se entende que a função social da posse, no direito brasileiro atual, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais ao trabalho e à moradia contempla um espaço imprescindível e inexorável da democracia, que precisa, porém, ser operacionalizado e fundamentado de forma compatível.

1 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A função social da posse é um instrumento recente, e veio satisfazer uma necessidade social e econômica. Razão pela qual não deve ser confundido com a função social da propriedade, assim como sua utilização na doutrina e jurisprudência. Também enfatiza-se a ocorrência e interpretação da função social da posse na legislação.

Inicialmente pode-se dizer que a posse vem atender o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta afirmação será trabalhada no decorrer da pesquisa, em momento oportuno. E, os motivos pelo qual a posse é exercida estão fundamentados na posse trabalho e na posse moradia, pois é nestas ramificações da posse que vislumbramos melhor a função social da posse. Por isso pode-se dizer que a função social da posse não é limitação ao direito de posse. É sim, exteriorização do conteúdo imanente da posse, permitindo uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade. A posse possui como valores sociais a vida, a saúde, a moradia, igualdade e justiça.

Sem embargo, cabe se fazer a distinção entre função social da propriedade e função social da posse. Vejamos, a função social da posse é mais evidente; a posse já é dinâmica em seu próprio conceito; e, o fundamento da função social da posse revela uma expressão natural da necessidade. A função social da propriedade é menos evidente; sua finalidade é instituir

um conceito dinâmico de propriedade em substituição do conceito estático; e, o fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade o que há de eliminável.

E, pode-se elencar a dogmática jurídica materializadora da função social da posse nos artigos 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240, e, 1.242, parágrafo único do Código Civil.

Deve-se salientar que a posse é um instituto jurídico que vem satisfazer uma necessidade, seja ela individual ou coletiva; é a utilização de um bem segundo sua destinação econômico-social. Essa necessidade é social e econômica, e por isso a posse precisa de função social para cumprir os requisitos a ela atinentes.

Neste sentido, vejamos as colocações de Albuquerque:

> Vale dizer, este gérmen da funcionalização social do instituto da posse é ditado pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, enfim, necessidades básicas que pressupõem o valor de dignidade do ser humano, o conceito de cidadania, o direito de proteção à personalidade e à própria vida. [1]

Pode-se enumerar duas grandes importâncias da função social da posse: a) Todo homem tem direito natural ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse, a fim de atender a necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum; e, b) Essa importância vem ditada, não só pelo contato do homem com a terra, mas pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos.

A função social da posse vem, deste modo, atender o princípio da dignidade da pessoa humana e isso se perfectibiliza através da posse trabalho e da posse moradia, esses são também os motivos pelos quais a posse é exercida. A essa idéia de posse trabalho, traz, mais uma vez, a função social da posse. No caso de uma ação reivindicatória proposta pelo proprietário, os ocupantes poderão alegar tal desapropriação como matéria de defesa, desde que paguem uma indenização como se verá mais adiante.

Desta forma, a função social da posse não é limitação ao direito de posse, mas sim a exteriorização do conteúdo agregado da posse, o que permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos como o do direito de propriedade.

Como bem se sabe, a função social da posse não está expressamente disposta em nosso ordenamento jurídico, apenas a posse que está prevista nos artigos 1.197 ao 1.225 do Código Civil. Já a função social da posse está presente nos princípios constitucionais, nos interesses da sociedade, e nas decisões dos Tribunais como podemos ver:

---

[1] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 12.

> **EMENTA**: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO. APELAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.Necessidade de se analisar não apenas o aspecto técnico-jurídico da questão, como, também, seu aspecto sócio-econômico. Para ser possível a demolição, tem o Município que assegurar à apelada outra habitação que garanta sua dignidade como pessoa humana. APELAÇÃO PROVIDA, VOTO VENCIDO. (Apelação Cível n° 70008877755, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator. Vasco Della Giustina, Julgado em 18/08/2004).[2]

Entretanto, o Deputado Federal, Ricardo Fiúza é autor do Projeto nº 6.960/02 que tem por objetivo alterar a redação do artigo 1.196 do CC[3], passando a ter a seguinte redação:

> [...] considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.

Apesar da função social da posse ser trabalhada apenas com princípios constitucionais positivados isso não a torna menos importante que a função social da propriedade, por exemplo, mas não devemos confundir os institutos, pois eles são autônomos e independentes. A função social da posse relaciona-se com o uso da propriedade, alterando, alguns aspectos pertinentes a essa relação externa que é o seu exercício. E por uso da propriedade é possível verificar o modo com que são exercidas as faculdades ou os poderes inerentes ao direito de propriedade.

A função social da posse está em um plano distinto, pois a função social é mais evidente na posse e muito menos na propriedade, que mesmo sem o uso pode se manter como tal. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável, ou seja, tem limitações fixadas no interesse público e tem a finalidade de instituir um conceito dinâmico a propriedade. O fundamento da função social da posse, por sua vez, revela uma expressão natural da necessidade.

> A função social da posse como princípio constitucional positivado, além de atender à unidade e completude do ordenamento jurídico, é exigência da funcionalização das situações patrimoniais, especificamente para atender as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como aos programas de erradicação da pobreza, elevando o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal. É forma ainda de melhor se efetivar os preceitos infraconstitucionais relativos ao tema possessório, já que a funcionalidade pelo uso e aproveitamento da coisa juridiciza a posse como direito autônomo e independente da

---

[2] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Disponível em: www.tj.rs.gov.br. Acesso em: 11 de novembro de 2005.

[3] A atual redação do artigo 1.196, é a seguinte: Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

> propriedade, retirando-a daquele estado de simples defesa contra o esbulho, para se impor perante todos. [4]

Já a função social da propriedade está integrada ao conteúdo do direito de propriedade, assumindo aspectos diversos da função social da posse, como podemos verificar:

> A função social (da propriedade) está integrada, pois ao conteúdo mínimo do direito de propriedade, e dentro deste conteúdo está o poder do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, direitos que podem ser objetos de limitações que atentem a interesses de ordem pública ou privada. [...] A função social da propriedade assume dois relevantes aspectos, [...] o primeiro, se referindo aos aspectos estático da propriedade, da sua apropriação, estabelecendo limites para a extensão e aquisição da propriedade por parte do proprietário. O segundo, legitimando a obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo diretamente sobre a atividade de desfrutamento e de utilização do bem e condicionando a estrutura do direito e o seu exercício.[5]

A função social da posse vem ao encontro do princípio da igualdade, eleva o conceito da dignidade da pessoa humana, fortalece a idéia de Estado Democrático de Direito e ameniza as necessidades vitais da sociedade, como a moradia e o trabalho, além de outros valores sociais, como o valor à vida, a saúde, a igualdade, a cidadania e a justiça. Vale dizer, que a função social do instituto da posse é estabelecida pela necessidade social, pela necessidade da terra para o trabalho, para a moradia, ou seja, para as necessidades básicas que pressupõem a dignidade do ser humano.

Neste sentido, a função social da posse não significa uma limitação ao direito de posse, mas a exteriorização do conteúdo imanente da posse. Isso nos permite uma visão mais ampla do instituto, de sua utilidade social e de sua autonomia diante de outros institutos jurídicos, como por exemplo, o direito de propriedade.

A posse é reconhecida em dois momentos, o primeiro deles é o momento da violação e o segundo é quando ela cumpre sua função social, neste sentido, complementa Albuquerque:

> A função social da posse representa uma alteração do paradigma do conceito da posse, maximizando-o, para visualizar, ao lado dos elementos internos, que são a apreensão física da coisa e a vontade, um outro elemento que compõe esta vontade, qual seja, a sua utilização econômica, e um elemento externo – a consciência social, tal como proposta pela doutrina de Saleilles.[6]

Já a dogmática jurídica materializadora da função social da posse pode ser abordada na legislação através dos seguintes artigos: 1.238, parágrafo único, 1.239, 1.240 e 1.241,

---

[4] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 40.
[5] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 53-54
[6] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 208.

parágrafo único. Onde temos no artigo 1.238, parágrafo único, a usucapião extraordinária, que conseqüentemente admite que o proprietário perca o domínio em favor de um número considerável de pessoas, tendo em vista os limites da função social deste imóvel.

No artigo 1.239, do Código Civil, temos a usucapião especial de imóvel rural, que traz como um dos requisitos a fixação de residência na área e a produção, ou seja, a função social da posse. No artigo 1.240, do Código Civil, temos a usucapião especial urbana, onde um dos requisitos é a moradia do requerente e sua família; e, por fim o artigo 1.241, parágrafo único, do Código Civil, aborda o justo título decorrido da posse unida ao tempo.

Percebe-se nos artigos 1.238 e 1.242, do Código Civil, a redução dos prazos para a usucapião extraordinária e ordinária, respectivamente, nos casos envolvendo bens imóveis, em relação ao Código Civil anterior. Na usucapião extraordinária o prazo é reduzido de 15 (quinze) para 10 (dez) anos; e, na ordinária de 10 (dez) para 5 (cinco) anos. Entendemos que nos dois casos podemos dizer que a redução acontece diante da situação da posse trabalho para os casos em que aquele que tem a posse, utiliza o imóvel com intuito de moradia, ou realiza obras e investimentos de caráter produtivo, com relevante caráter social e econômico pode usucapí-lo. Essas reduções estão de acordo com a solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e, especificamente, com a proteção do direito à moradia, prevista no artigo 6° da Constituição Federal.

Também não se pode deixar de ressaltar os parágrafos 4º e 5º do artigo 1.228, do Código Civil, onde o dispositivo do parágrafo quarto elenca a perda da propriedade, ou seja, o proprietário é privado da coisa esbulhada em troca de uma indenização a título de desapropriação indireta em favor de um terceiro; e, o parágrafo quinto aborda as questões referentes ao pagamento da indenização e o registro da sentença. Como podemos ver essa desapropriação judicial é dada pela posse-trabalho que demonstra, mais uma vez, a função social da posse.

E, para finalizar precisa-se definir qual é o objetivo da função social da posse que, segundo Albuquerque:

> A função social da posse tem por objetivo instrumentalizar a justiça com nossos próprios valores e experiências históricas, rompendo o condicionamento histórico herdado das sociedades européias e harmonizando o instituto da posse com nossa sociedade complexa e pluralista do século XXI, profundamente conflituosa e marcada por grandes diferenças sociais.[7]

[7] ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002, p. 208.

Diante o exposto percebe-se que a função social da posse é um instrumento de grande valia para a sociedade hodierna, em destaque para a sociedade brasileira, que apresenta grandes índices de crescimento demográfico, concentrado índice de pobreza na periferia e no campo, déficit de moradia, concentração de terras na mão de poucos, entre outros tantos problemas. E, poderá ser através de institutos como o da função social da posse que poderemos assegurar um Estado Democrático e Social de Direito.

Desta forma, aborda-se a importância da função social da posse. Primeiro porque todo homem tem direito natural ao uso dos bens e à apropriação individual desses bens através da posse, a fim de atender a necessidade individual como também para proporcionar vantagens para o bem comum. E, segundo porque essa importância vem ditada, não só pelo contato do homem com a terra, mas pelo aproveitamento do solo pelo trabalho de acordo com as exigências pessoais e sociais, transformando a natureza em proveito de todos.

Como se pode ver, a posse como instituto jurídico, possui legitimidade da lei, mas também no fato social, uma vez que decorre na natureza do ser humano que antecede à lei. Isso determina a forma natural do homem utilizar a terra através da ocupação originária.

Dizer que a função social da posse não está prevista no ordenamento jurídico também é algo irrelevante, a posse dotada de função social pode estar em pé de igualdade jurídica com o direito de propriedade e sua função. E havendo colisão entre os princípios da função social da propriedade e da função social da posse, a solução é dada através do caso concreto.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os Direitos Fundamentais Sociais encontram-se basicamente previstos no artigo 6º da Constituição Brasileira de 1988 os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e infância, à assistência aos desamparados, além de ser encontrado no Título VIII, que trata da Ordem Social, o desenvolvimento de conteúdo desses direitos. Anteriormente à Constituição de 1988 já tínhamos esses direitos previstos da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, em seu artigo XXV, item 1. Desta forma, "[...] o direito à moradia é um dos direitos humanos e estes foram recepcionados pela Constituição Federal, por meio do reconhecimento dos tratados internacionais."[8]

[8] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

Segundo Krell, os direitos fundamentais sociais "não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais"[9]. Para Silva, afirma que estes,

> [...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento de igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.[10]

É do consenso comum da população brasileira de que esses direitos sociais, garantidos pela Constituição Federal, não são efetivados pelos governantes. Mas, apesar disso, exercem papéis importantes, um é o jurídico-normativo e outro o da tentativa de conscientização do indivíduo em relação a seus direitos sociais, podendo-se dizer que é uma conscientização política. Segundo Krell "O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas publicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios." [11] (grifos do autor)

Os direitos fundamentais sociais: trabalho e moradia serão objeto de maior investigação, até mesmo por serem os dois direitos sociais que justificam a função social da posse. Tanto o direito à moradia, quanto o direito ao trabalho, foram inseridos através da Emenda Constitucional n. 26, de 14.02.2000 e incluído no Capítulo II, art. 6°, como direitos sociais, passando este artigo a ter a seguinte redação "São direitos sociais a educação, a saúde, *o trabalho, a moradia*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Para melhor elucidar esses direitos, vejamos as colocações de Roig e Añón:

> Junto a los tradicionales derechos de libertad (vida, integridad física, libre conciencia, garantías procesales, intimidad, asociación, libre expresión, etc.) y políticos (sufragio, acceso a cargos públicos), los ordenamientos contemporáneos han reconocido otros derechos vitales: a la subsistencia, a la educación, a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la información, y similares, otorgándoles rango constitucional.[12]

---

[9] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: *Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 19.
[10] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, p. 276-277.
[11] KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 28.
[12] ROIG, M. J. A ; AÑON, J. A. (Coord.) *Lecciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004, p. 59.

Nossa Carta Magna não é diferente, elenca todos esses direitos acima mencionados, mas a grande diferença é que o Brasil, assim como tantos outros países da América Latina, não consegue suprir as necessidades básicas (mínimas) de seus cidadãos. Surge neste momento algo novo e alheio a legislação, ou seja, a função social da posse como forma de garantir o direito ao trabalho e à moradia, segundo Osório,

> A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela – independentemente se formal ou informal – o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente. A segurança da posse, por se tratar de elemento central do direito humano à moradia, deve ser assegurado a todos, com igualdade e sem discriminação, abrangendo todos os indivíduos e famílias independentemente de idade, status econômico, grupo ou outra afiliação e status.[13] [14]

Num primeiro momento parece utópico tratar dos direitos sociais ao trabalho e à moradia num país como o Brasil, apesar de inúmeros avanços alcançados através de movimentos sociais, como o dos "Sem Teto", mas muito ainda deve ser feito.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Os Direitos Fundamentais nas relações privadas tem um merecido papel de relevo da doutrina constitucional. De antemão já pode-se dizer que os direitos fundamentais devem ser respeitados nas relações privadas, pois "resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana"[15]. No estágio atual do tráfico jurídico nacional, erigido sobre os pilares da Carta de 1988, não se pode olvidar que os Direitos Fundamentais possuem eficácia *erga omnes*. No acertamento dos conflitos submetidos à apreciação judicial, se estes conflitos reclamam sua aplicação, estes devem ser a sua fonte de disciplina mesmo frente a uma relação jurídica de Direito Civil.

Sucedendo o Absolutismo - campo fértil à agressão das liberdades individuais em face do poder estatal exacerbado - e como substrato das revoluções liberais, emerge o Estado Liberal sobre as bases do Constitucionalismo e dos Direitos Humanos, o qual se propõe a defender os direitos individuais frente ao Estado, sugerindo a não intervenção estatal nas

---

[13] OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, B,; FERNANDES, E. (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processor de gestão.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 35.
[14] De acordo com o art. 2 (2) do PIDESC.
[15] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 18-19.

relações privadas e limitando sua atuação ao estabelecimento de regras mínimas de convivência entre as pessoas. Sua finalidade era a de favorecer o desenvolvimento pleno dos indivíduos. Tudo fundado nos ideais iluministas.

O Código de Napoleão, do início do séc. XIX, auto-suficiente e sistemático, representou a cisão entre direito público e direito privado, vindo ao encontro de um dos valores mais caros ao Liberalismo – a segurança jurídica. O que conferiu aos operadores do Direito, especificamente aos juízes, a comodidade de invocar ou aplicar a lei de forma analítica e pontual, quase matemática, na regulação das situações jurídicas individuais.

Instaurada esta nova ordem jurídica, no contexto europeu do século XIX, onde a Lei ganha status superlativo; a Constituição vivencia uma crise de negação de seu caráter normativo, uma vez que se atribui à garantia dos Direitos Fundamentais uma estrita vinculação à reserva legal, resultando na concepção de inaplicabilidade dos direitos constitucionais fundamentais às relações privadas.

Diga-se, por oportuno, que esta tradição jurídica, herdada do Estado Liberal de Direito, muito cômoda aos aplicadores do Direito, ainda hoje se constitui um entrave à aplicabilidade da força normativa emanada da Lei Fundamental. O fato é que a realidade se incumbiu de demonstrar que não é o Estado o único agente capaz de ameaçar os direitos fundamentais. A partir daí, inicia-se o processo de retomada da Constituição ao topo da hierarquia das fontes do Direito "A Constituição, em suma, não é mais a Lei do Estado, mas o Estatuto Fundamental do Estado e da sociedade". Agora, a Constituição dirigente substitui as constituições liberais. "O primado do público sobre o privado no Estado Social expressa-se pelo aumento da intervenção estatal e pela regulação coativa dos comportamentos individuais e dos grupos intermediários."[16]

Atualmente, a opressão já não está presente somente nas relações estatais, mas também nas relações privadas, na sociedade civil, nas famílias, nas empresas e em todas as relações de trabalho, razão pela qual ocorre a irradiação dos Direitos Fundamentais nestas relações privadas. A lógica inerente ao Estado Social exige a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

Vários fatores influenciaram a crise do Estado Social (globalização econômica, envelhecimento populacional, democratização política e suas conseqüências) que foi se

[16] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 40-41.

enfraquecendo e como conseqüência tivemos o Estado Mínimo[17] [18], este está sujeito ao mercado econômico e atua como garantidor apenas de segurança aos indivíduos. Conforme Sarmento:

> [...] nossa Constituição, que consagra um modelo de Estado de Bem-Estar Social, fortemente intervencionista, foi pega no contrapé pela onda neoliberal que varreu o mundo na fase final do século XX. Assim, a partir de 1995, o governo federal, com o apoio de bancada parlamentar amplamente majoritária, iniciou um ciclo de reformas na ordem constitucional econômica brasileira, buscando redefinir o papel do Estado, envolvendo a extinção de certas restrições existentes ao capital estrangeiro (EC n° 6 e 7) e a flexibilização de monopólios estatais sobre o gás canalizado, as telecomunicações e o petróleo (EC n° 5, 8 e 9).[19]

Ao Estado de Bem-Estar Social, podemos chamar de pós-social ou subsidiário, ele é um Estado retraído, que transfere a atuação para a iniciativa privada, deixando o cidadão desprovido de direitos humanos, na maioria das vezes, "[...] se no Estado Social, o público avançara sobre o privado, agora ocorre fenômeno inverso, com a privatização do público."[20] Com toda esta transformação do Estado, começaram a surgirem as desigualdades econômicas e sociais, desta forma, a saída é a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais.[21]

Paralelamente a estas mudanças sociais, o direito também foi se transformando,

> [...] vinculado à emergência do Estado Social, consistente na redefinição dos papéis da Constituição: se, no Estado Liberal, ela se cingia a organizar o Estado e a garantir direitos individuais, dentro do novo paradigma ela passa também a consagrar direitos sociais e econômicos e a apontar caminhos, metas e objetivos, a serem perseguidos pelos Poderes Públicos no afã de transformar a sociedade.[22]

Neste sentido, urge uma maior reflexão acerca do conteúdo e do contorno normativo dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Nossa Constituição, vigente há quase duas décadas, reclama por mais efetividade e pelo adensamento dos Direitos Fundamentais com o intuito de se consubstanciar a democracia e a dignidade da pessoa humana, princípios expressos em seu artigo 1°, sobretudo pela via do Poder Judiciário no

---

[17] Entende-se por Estado Mínimo o Estado que dá as garantias mínimas de proteção contra a violência, o roubo, a fraude e garantiria o cumprimento dos contratos; é aquele Estado que garante o mínimo, porque somente desta forma não interfere na autonomia de cada cidadão.

[18] Podemos denominar Estado Mínimo aquele em que "[...] a constituição limita-se a funções de organização e de processo da decisão política (constituição do estado liberal) e abstém-se de intervir da *res publica* (a sociedade civil). CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Portugal: Almedina, s/d, p. 1289.

[19] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 49-50.

[20] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 52.

[21] Ibidem, p. 31-67, passim.

[22] [22] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 71.

acertamento e na solução dos conflitos. A ausência de debate quanto ao fundamento e aos limites dessa vinculação não deve intimidar os operadores do Direito a ponto de se desprezar esta ferramenta de combate às desigualdades sociais.

A Constituição é a lei maior de cada país, segundo Canotilho:

> A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica.[23]

Mas isso não é tudo, como foi dito anteriormente, a eficácia direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas requer uma atenção especial, pois é uma nova forma de solução de conflitos nas relações privadas, através de princípios constitucionais e isso é denominado de pós-moderno do direito civil por alguns autores, a exemplo Sarmento[24]. Canotilho, por sua vez levanta o seguinte questionamento:

> A idéia de *Drittwirkung* ou de eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada continua, de certo modo, o projecto da modernidade: modelar a sociedade civil privada segundo os valores da razão, justiça, progresso, do Iluminismo. Este código de leitura – pergunta-se – não estará irremediavelmente comprometido pelas concepções múltiplas e débeis da pós-modernidade?[25]

A resposta desta pergunta será respondida ao longo da pesquisa, pois aqui se precisa de um maior aprofundamento referente aos ideais Iluministas da liberdade, igualdade e fraternidade, além da construção de novos caminhos para a emancipação social. Razão pela qual deixaremos para um momento adequado, onde se testará e falseará tais hipóteses.

3.1 A vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais

Atualmente vivenciamos cada vez mais a vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais. Mas sabemos que nem sempre foi assim, pois os Direitos Fundamentais surgiram para conter o Estado, que se apresentava como um inimigo

---

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1112.
[24] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 63.
[25] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (org.). *Direito constitucional*: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114.

do indivíduo particular, tendo em vista o regime liberal que servia a burguesia, dando a esta proteção frente ao Estado. Neste período surge o Código Civil como base das relações jurídicas entre privados.[26]

Hodiernamente os Direitos Fundamentais incidem nas relações privadas, entretanto aqui, a eficácia é atenuada, baseada na ponderação como técnica para mediar o alcance em cada caso. Segundo Ubillos[27], nestas relações está em jogo o frágil equilíbrio entre os direitos e liberdades e o princípio da autonomia negocial sobre o qual constitui o direito privado. Neste contexto a Constituição pode ser chamada de, "a parte geral do ordenamento jurídico", porque passa a ser o centro do ordenamento jurídico, onde toda legislação deve a ela estar vinculada. Possuindo eficácia irradiante, ou seja, a Constituição irradia os seus princípios para todo o sistema jurídico, para todos os ramos do direito, inclusive para as relações entre os particulares que devem estar vinculados aos Direitos Fundamentais garantidos constitucionalmente, pois é desta forma que as relações jurídicas terão maior equilíbrio. [28]

3.2 A diferenciação entre princípios e regras

Primeiramente devemos conceituar regras e princípios, segundo Canotilho:

> **Regras** – insista-se neste ponto - são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção.
>
> **Princípios** são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de "tudo ou nada"; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a "reserva do possível", fáctica ou jurídica.[29] (grifos do autor)

A distinção entre regras e princípios é a distinção entre dois tipos de normas.[30] "Assim, diante de um conflito entre regras, torna-se necessário recorrer aos critérios clássicos se resolução de antinomias, que importarão na eleição de uma delas para reger o caso, em

---

[26] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 154-160, passim.
[27] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da Ajuris – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, p. 333-367, passim, jun. 2005.
[28] UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da Ajuris – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, p. 333-367, passim, jun. 2005.
[29] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1215.
[30] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1124.

detrimento de outra."[31] Já quando ocorre o conflito entre princípios, estes devem ser observados no caso concreto.

Mas, essa distinção inicial entre princípios e regras não é tudo, Canotilho deixa isso bem claro em sua obra, ou seja, ele aborda a complexidade desta distinção e complementa dizendo que vários são os critérios, e passa a dividi-los em cinco, quais sejam: a) grau de abstração; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto; c) carácter fundamentalidade no sistema das fontes de direito; d) promixidade da idéia de direito; e) natureza normogenética[32]. Que serão estudados em tempo oportuno.

Já Alexy[33] entende que os princípios consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio do qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. No caso de colisão, a solução é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Enquanto que no conflito entre regras é preciso verificar se regra está dentro ou fora de determinada ordem jurídica, o conflito entre princípios já se situa no interior desta mesma ordem.

Sarmento concorda com o posicionamento de Alexy acima exposto, complementa:

> Alexy esclarece que o conflito entre regras é resolvido de modo diverso do que se estabelece entre os princípios. Entre regras, a colisão é solucionada com a introdução de uma cláusula de exceção (a regra mais especial regula o caso em detrimento da mais geral), ou mediante o reconhecimento da invalidade de uma das regras em confronto. Já com os princípios, o conflito não se dá no campo da validade, mas na dimensão do peso. Em casos de colisão, torna-se necessário realizar uma ponderação no caso concreto, na qual cada princípio cederá espaço ao outro, através de restrições e compressões recíprocas que devem respeitar o princípio da proporcionalidade.[34]

Desta forma, pode-se dizer que a validade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas deve dar-se com a análise do caso concreto. Sempre observando que a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata. Os defensores da teoria da eficácia direta ou imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas em momento algum negam a necessidade de se ponderar o direito fundamental com a autonomia privada dos atores da relação submetida a exame. Ressalte-se mais uma vez a questão da dignidade da pessoa humana, a qual pressupõe, em seu viés jurídico, direitos irrenunciáveis, colocando sob o manto da proteção dos Direitos

---

[31] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 84.
[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p. 1124.
[33] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 81-83, passim.
[34] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 85.

Fundamentais inclusive as relações onde de fato se vivencia substancialmente a autonomia de vontades.

Assim, a atuação do juiz pode e deve se revestir de um caráter propulsor da observância dos Direitos Fundamentais, independentemente de qualquer mediação do legislador. Não se trata de forma alguma de usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário, sobremaneira em nosso modelo misto de controle de constitucionalidade, mas sim de uma atuação judicial concatenada com a evolução social, de respeito e de atenção ao princípio basilar do Direito – a eterna busca de promoção da Justiça.

Ávila, conclui que as regras e os princípios, ambos instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamento necessários. Vejamos as palavras do autor:

> [...] **regras** são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiológicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.
> Os **princípios** são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.[35]

Fazer a distinção entre regras e princípios é muito importante para os Direitos Fundamentais, pois é a base de toda fundamentação desses direitos, muito embora esses conceitos sejam mal elaborados. Razão pela qual Alexy também se preocupa em conceituá-los, porque segundo ele sem esses conceitos não se pode ter uma teoria adequada aos limites, as colisões nem mesmo uma teoria de Direitos Fundamentais. Conforme Alexy, o que falta é uma distinção precisa entre regras e princípios e sua utilização sistemática.[36]

Quando se fala em Direitos Fundamentais, o que não faltam são distinções entre regras e princípios, e, em muitas vezes até mesmo as normas jusfundamentais são chamadas de princípios, isto ocorre quando, por exemplo, se fala de valores, de objetivos, de fórmulas abreviadas ao de regras com cargas probatórias. Em troca se faz referência ao caráter das regras e das normas de Direitos Fundamentais quando de diz que a Constituição deve ser

---

[35] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2005, p.129.
[36] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 81-83, passim.

interpretada como lei ou quando se faz necessário uma fundamentação dedutiva no âmbito dos Direitos Fundamentais.

Devemos ter claro que norma é igual à regra mais princípio, porque ambos dizem o que deve ser, ambos podem ser formuladas com expressões de mandados: permissão ou proibição. Ambos são razões para juízos concretos de dever ser, embora razões de tipos muito diferentes; se são semelhantes, "a distinção entre regras e princípios é pois, uma distinção entre dois tipos de normas"[37]. Onde os princípios são normas com um grau maior de generalidade e as normas com menor grau de generalidade.

Alexy[38] desenvolve uma teoria sobre a diferenciação de regras e princípios com três teses diferentes. Onde a primeira delas diz que, todo intento de dividir as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, é inútil devido a pluralidade realmente existente. A segunda tese é sustentada por quem considera que as normas podem dividir-se de uma maneira relevante na classe das regras e dos princípios mas, assinala que esta distinção é somente de grau. Partidários desta tese são, os numerosos autores que pensam que o grau de generalidade é critério decisivo. A terceira tese diz que as normas podem dividir-se em regras e princípios e que entre regras e princípios existe não apenas uma diferença gradual, mas *qualitativa*. Segundo ele, esta é a tese correta, pois existe um critério que permite distinguir com toda clareza entre regras e princípios, este critério explica a maioria dos critérios nela contidos como típicos dos princípios.

Este mesmo autor, adota a teoria de diferenciação dos princípios como mandatos de otimização no sentido de que "estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e na medida devida se seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das jurídicas" (tradução livre)[39]. Em troca, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, e, se podem ser cumpridas isso deve ocorrer exatamente na medida por ela exigida, para tanto, as regras contém determinações, ou seja, devem ser fática e juridicamente possíveis, justificando a diferença ser qualitativa e não de grau, antes referida. Os graus serão importantes quando analisaremos a eficácia dos princípios.[40]

---

[37] "la distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 83.

[38] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 85-86.

[39] "están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 86.

[40] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 87.

A partir desta afirmação poderíamos dizer que os princípios dependem dos fatos concretos porque somente com eles poderíamos analisar quais são realmente as possibilidades de seu cumprimento e, de outro lado, quais são as normas que impedem ou dificultam sua aplicação ao caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até então, está-se fazendo considerações para uma premissa maior que deve ser adentrada, sem o menor pretexto de concluir este artigo, mas sim com a real intenção de continuidade destas discussões. Razão pela qual a pesquisa ainda não possui consistência conclusiva.

Neste sentido, pode-se dizer que os problemas de desemprego e moradia que se apresenta em países periféricos, como o Brasil, estão longe de serem resolvidos, no entanto, devemos acreditar nos movimentos sociais que ocorrem em todo país; e ainda, trabalhar a doutrina e a jurisprudência no sentido de construção desses direitos subjetivos como base de preceitos constitucionais, para que a função social da posse, seja realmente um instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais ao trabalho e à moradia.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CASA, EM FAVELA, CONSTRUÍDA JUNTO À VIA FÉRREA. IRREGULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROJETO E ALVARÁ DE EDIFICAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Disponível em www.tj.rs.gov.br. Acesso em: novembro 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAU, E. R.; GUERRA FILHO, W. S. (org.). *Direito constitucional*: *estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 19--.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional Comparado.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

OSÓRIO, Letícia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, B,; FERNANDES, E. (Org.). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da cidade: diretrizes, instrumentos e processor de gestão.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROIG, M. J. A ; AÑON, J. A. (Coord.) *Lecciones de derechos sociales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWABE, Jürgen. Die sorgennante Drittwirkung der Grundrechte. In: ESTRADA, Alexei Julio. *La eficácia de los derechos fundamentales entre particulares*. Munich: Beck, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 10 ed. São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *Revista da Ajuris – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, p. 333-367, jun. 2005.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA CONTRAMÃO DA RECONSTRUÇÃO DA DOGMÁTICA DO DIREITO PRIVADO

Tricia Schaidhauer Sangoi*

RESUMO

O presente trabalho propõe a análise crítica, à luz da constitucionalização do direito privado, da decisão do Recurso Extraordinário, nº 407688/ SP- São Paulo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 08.02.2006, que acatou a tese da penhorabilidade do bem de família do fiador. O Código Civil de 1916 que vigorou até 10 de janeiro de 2003, refletiu claramente o momento histórico de sua criação, tendo como modelo o Código de Napoleão do início do século XIX exaltou os ideais da revolução francesa e manteve-se fiel ao individualismo norteado pela idéia de liberdade individual. Entretanto profundas mudanças sociais passaram a exigir uma nova normatização, a Constituição de 1988, respaldou o intervencionismo estatal e serviu de alicerce para que o Estado interferisse nas relações contratuais, cabendo ao Estado normatizar, traçando limites a autonomia da vontade buscando com isso uma proteção maior àqueles em situação menos favorecida. Sem dúvida alguma se percebe que o estudo da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal) é de extrema importância no contexto social em que vivemos, onde as desigualdades entre os particulares por vezes geram opressões muito maiores do que as oriundas do próprio Estado. Entretanto, certo é que não se pode dar o mesmo tratamento dado à relação indivíduo e Estado, deve-se buscar uma fórmula de compatibilização na aplicação efetiva dos direitos fundamentais entres os indivíduos, sem aniquilar com isso a autonomia privada da pessoa humana. Nesse estudo de caso concreto apesar dos Ministros do Supremo negarem que a decisão pela penhorabilidade do único imóvel do fiador não foi tomada tendo como base o impacto que tal decisão viria a refletir no "mercado de imóveis", percebe-se nitidamente que o pano de fundo foi exatamente esse, ou seja, a preocupação de que a impenhorabilidade do único bem do fiador gerasse um colapso nas relações locatícias, impossibilitando que diversas dívidas pudessem ser cobradas daqueles que nada mais tem, senão sua moradia. Mais uma vez, um direito fundamental foi alijado, o direito a moradia, art. 6° da Constituição federal ao não ter sido reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela proteção e aplicação da nossa Carta Constitucional ficou evidenciado que existe ainda uma resistência muito forte por parte de muitos juristas quanto a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, estando o STF na contramão da evolução do direito civil.

PALAVRAS-CHAVE: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

* Tricia Schaidhauer Sangoi é graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, especialista em direito público *lato senso* pela Universidade Luterana do Brasil, aluna do mestrado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Advogada.

RESUMEN

El presente trabajo propone el análisis critico, según la constitucionalización del derecho privado, de la decisión del Recurso Extraordinario, nº 407688/SP – São Paulo, juzgado por el Supremo Tribunal Federal en 08.02.2006, que aceptó la tesis del empeño del bien de la familia del fiador. El Código Civil de 1916 que estaba en vigor hasta el 10 de enero de 2003, reflejó claramente el momento histórico de su creación, teniendo como modelo el Código de Napoleón de inicio del siglo XIX, ha exaltado los ideales de la revolución francesa y se ha mantenido fiel al individualismo con base en la idea de libertad individual. No obstante, profundos cambios sociales llevaron a la necesidad de una nueva normativa, la Constitución de 1988, que ha dado respaldo al intervencionismo del estado y ha servido de base para que el Estado interviniese en las relaciones contractuales, siendo el Estado el que impone las normativas, limitando la autonomía de la voluntad, buscando con eso, una protección mayor a aquellos en situación menos favorecida.
Sin duda alguna, se puede percibir que el estudio de la extensión de los derechos fundamentales hacia las relaciones privativas (eficacia horizontal) es de extrema importancia en el contexto social en que vivimos, donde las desigualdades entre los individuos son mucho más grandes que las provenientes del propio Estado. No obstante, no se pueden tratar de la misma forma las relaciones entre los individuos y el Estado, necesitamos buscar una forma de compatibilizar la aplicación efectiva de los derechos fundamentales entre los individuos, sin aniquilar con eso, la autonomía privada de las personas. En este estudio concretamente, a pesar de que los Ministros del Supremo negaran que la decisión por el empeño del único inmueble del fiador no ha sido tomada considerando el impacto que tal decisión tendría en el mercado de "bienes inmuebles", ha dejado claro que en el fondo fue exactamente eso, o sea, la preocupación de que la imposibilidad del empeño del único bien inmueble del fiador generase un colapso en las relaciones de rentas, impidiendo que diversas deudas pudiesen ser cobradas de aquellos que no tienen nada más que su vivienda. Una vez más, un derecho fundamental ha sido dejado de lado, el derecho a la vivienda, el art. 6º de la Constitución Federal al no haber sido reconocido por el Supremo Tribunal Federal, órgano responsable por la protección y aplicación de nuestra Carta Constitucional, ha quedado evidente que aún existe una resistencia muy fuerte por parte de muchos juristas a la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, estando el STF en sentido contrario a la evolución del derecho civil.

PALABRAS-CLAVE: CONSTITUCIONALIZACIÒN DEL DERECHO PRIVADO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe a análise da decisão do Recurso Extraordinário, nº 407688/ SP- São Paulo, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 08.02.2006, que possui a seguinte ementa:

> **EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de Procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3ª, inc VII, da Lei nº 8.009/90, com redação da Lei nº 8.245/91. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da lei nº 8245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.**

O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator Min. Cezar Peluzo, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. O acatamento da tese da penhorabilidade do bem de família do fiador se afasta da nova dogmática do direito privado. O não reconhecimento do direito a moradia, art. 6° da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela proteção e aplicação da nossa Carta Constitucional deixou claro que existe ainda uma resistência muito forte por parte de muitos juristas quanto a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, ficando o STF na contramão da evolução do direito civil.

1. ASPECTOS DO INSTITUTO DA FIANÇA, DA PENHORABILIDADE E DO BEM DE FAMÍLIA

Para a real compreensão desse trabalho é importante verificar, mesmo que de forma sintética, como o direito civil pátrio trata o instituto da fiança, da penhorabilidade e do bem de família.

O contrato de fiança é um contrato unilateral (produção de efeitos), gratuito, acessório, formal e *intuitu personae.* Em relação a sua formação é bilateral, uma vez que é firmado entre credor e fiador (partes integrantes), sendo necessário duas

manifestações de vontade. Uma das principais características do contrato de fiança é a sua acessoriedade, pois sempre dependerá de um outro contrato, chamado de principal, motivo da sua existência (garantia da obrigação assumida). Será o fiador o garante subsidiário e eventual. [1] O fiador quando, da aceitação do contrato, o faz com base na confiança, uma vez que, como garantidor, vinculará seu patrimônio ao cumprimento da obrigação assumida pelo afiançado. A formalidade do contrato é pressuposto de sua validade, sendo necessária a celebração de acordo com a forma prescrita em lei (escrita).[2]

O fiador é a parte que com seu patrimônio garante o adimplemento da obrigação assumida pelo devedor, podendo ser chamado para cumpri-la, caso o afiançado não o faça. Ressalta-se que o devedor não é parte integrante no instrumento de fiança, apesar de ser parte no contrato principal.

A Lei nº 8.009/90, em seu art. 1º, dispôs que bem de família é o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, juntamente com o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. Indubitável que o caráter da Lei nº 8.009/90 era nitidamente social, uma lei que pretendia proteger os hipossuficientes. Entretanto, tal lei teve reflexo direto nas relações locatícias, após a sua vigência ser proprietário de um único imóvel não era suficiente para ser aceito como fiador. Com isso ficou extremamente reduzido o rol de pessoas que poderiam afiançar contratos locatícios, o que de forma direta abalou o mercado imobiliário. Essa problemática culminou com a Lei nº 8.245/91, que acrescentou o inciso VII na Lei nº 8.009/90, permitindo a penhorabilidade do bem de família do fiador na relação locatícia. A partir dessa Lei a penhora do bem de família do fiador, era perfeitamente aceita, posição tranqüila adotada pela grande maioria dos tribunais.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 26/2000, que inseriu a moradia no rol dos direitos sociais, mais vozes saíram em defesa da impenhorabilidade do bem de família do fiador. Argumentou-se que a emenda constitucional não teria recepcionado a legislação infraconstitucional que previa a possibilidade da penhora.

[1] MARMITT,Arnaldo. Fiança Civil e Comercial. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 24
[2] Art. 819, do código civil

Consoante FORNACIARI JUNIOR[3]" a disposição da Emenda teve incidência imediata, como é próprio dos preceitos fundamentais, atingindo, destarte, a norma infraconstitucional que com ela é incompatível, não sendo desse modo, recepcionada".

Também, o princípio da isonomia, Art. 5º, caput, serviu como argumentação contra a penhorabilidade do bem de família do fiador. Refere GOMES DA SILVA[4]

> " Nota-se então que o fiador e devedor são responsáveis pela mesma prestação, o locatário como devedor principal e o fiador como devedor subsidiário ou solidário, conforme o caso.
> Dessume-se do que foi acima explanado que, quando a prestação a que se encontra vinculado o fiador é a mesma a que se encontrava vinculado o locatário, não poderia o legislador estabelecer distinções entre eles, sob pena de infringir o princípio da Isonomia."

Tal situação realmente causa um absurdo jurídico, onde o único bem do locatário, devedor principal, está resguardado, a salvo de uma execução, enquanto o do fiador, garante, não terá a mesma proteção.

Também, muitos juristas, não reconheciam a igualdade entre o fiador e o locador, alegando que cada um era titular de uma obrigação, ou seja, faziam parte de contratos distintos. Portanto, argumentos nunca faltaram para a defesa ou ataque da penhorabilidade do bem de família do fiador, caso que sempre foi de difícil solução, de um lado uma necessidade do mercado de outro lado uma família sem local para residir.

2- DA EVOLUÇÃO DO DIREITO CIVIL: DA CONCEPÇÃO CIVILISTA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

O nosso País herdou sua estrutura jurídica do direito romano, como colônia de Portugal por mais de três séculos aplicou-se aqui as Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, ordenações que traduziam basicamente o direito romano, que foram utilizadas até 1916 quando foi elaborado o Código Civil. Como refere VENOSA[5]:

> No Brasil colonial, tinham plena vigência a leis portuguesas e, mesmo após a Independência, mantiveram-se elas em vigor.

[3] FORNACIARI JUNIOR, Clito. O bem na execução da fiança, in A penhora e o bem de família do fiador da locação, São Paulo: RT, 2003, p.01

[4] SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação, in Revista de Direito Privado, São Pualo, nº 102, p. 53, abr-jun.2000.

[5] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil I, parte geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 86.

> Uma lei de 20.10.1823 mandou observar as Ordenações Filipinas no País bem como as leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções vigentes em Portugal até a data da saída de D. João VI, isto é, 25.4.1821. A legislação pátria-mãe teve vigência no Brasil até a promulgação do Código Civil de 1917.

O Código Civil de 1916 que vigorou até 10 de janeiro de 2003, refletiu claramente o momento histórico de sua criação, tendo como modelo o Código de Napoleão do início do século XIX exaltou os ideais da revolução francesa e manteve-se fiel ao individualismo norteado pela idéia de liberdade individual. Entretanto o legislador não pode ignorar as profundas mudanças sociais que com o decorrer do anos passaram a exigir uma nova normatização. O Estado, mesmo que timidamente, teve que intervir nas relações entre os particulares, criando diversas normas esparsas como o Código do Consumidor, Lei de Locações, Estatuto das Cidades, o que culminou com a elaboração de um novo Código Civil, Lei 10.406/2002 que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003. Como bem salienta Venosa[6]:

> A cada dia, no entanto, notamos maior publicização do direito privado. São freqüentes as invasões do Estado na órbita que originariamente apenas interessava ao âmbito privado do indivíduo. A influência do Estado é cada dia mais absorvente: surgem, então, fórmulas para proteger o Estado por meio de um direcionamento de condutas do indivíduo. È acentuada a cada momento a restrição à liberdade individual. Princípios tradicionais de direito privado como, por exemplo, a autonomia da vontade no direito obrigacional, sofrem paulatina intervenção do Estado.

A Constituição de 1988, respaldou o intervencionismo estatal, serviu de alicerce para que o Estado interferisse nas relações contratuais, cabendo ao Estado normatizar, traçando limites a autonomia da vontade buscando com isso uma proteção maior àqueles em situação menos favorecida. Nas palavras de TEPEDINO[7], *"definindo limites, diminuindo os riscos do insucesso e protegendo camadas da população que, mercê daquela igualdade aparente e informal, ficavam à margem de todo o processo de desenvolvimento econômico, em situação de ostensiva desvantagem"*

[6] Ibidem, p.89
[7] TEPEDINO, Gustavo. "*As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual".* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, In: *Temas de Direito Civi, p*.204.

Frente a essa evolução do direito civil, inegavelmente, o contrato típico instituto do Direito Privado, vem sofrendo diversas alterações, fugindo-se dos conceitos ligados ao direito romano que exacerbava a autonomia plena da vontade, buscando-se uma adequação a realidade fática das partes envolvidas.

O Ilustre Professor FACHIN[8] propõe um "olhar diferenciado" quando da análise das transformações pelas quais o Direito Civil está passando. Ressalta a necessidade da quebra de paradigmas, para que o estudo do Direito Civil se liberte do engessamento, ou ao menos, questione os conceitos que ao longo da história foram apenas reproduzidos de forma imutável.

Ressalta que na busca desse "olhar diferenciado" é indispensável o conhecimento de todo legado clássico do Direito Civil, reflexo dos momentos históricos vivido pela humanidade, que mesmo não respondendo às necessidades do momento, aos menos serve para justificar o nosso presente.

Para se satisfazer as necessidades do mundo contemporâneo, necessita-se romper com a simples reprodução, ir além dos moldes, desafiando a próprio poder de criação. Tal rompimento exige a reanálise dos pilares que deram sustentação ao Direito Civil, como a autonomia da vontade, os modos de apropriação até então utilizados, dentre tantos outros temas que devem ser repensados. Preleciona FACHIN[9], que até o momento vige um sistema baseado num indivíduo-centrismo, outorgando-se um título a um sujeito sobre o objeto, sendo imperiosa a alteração do conceito de sujeito de direito, deslocando do indivíduo para o coletivo.

No continente Europeu há muitas décadas se discute a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Sem dúvida alguma se percebe que o estudo da extensão dos direitos fundamentais às relações privadas (eficácia horizontal) é de extrema importância no contexto social em que vivemos, onde as desigualdades entre os particulares por vezes geram opressões muito maiores do que as oriundas do próprio Estado. Entretanto, certo é que não se pode dar o mesmo tratamento dado à relação indivíduo e Estado, devendo-se buscar uma fórmula de compatibilização na aplicação efetiva dos direitos fundamentais entres os indivíduos, sem aniquilar com isso a autonomia privada da pessoa humana.

[8] FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítca do Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar p.01-17
[9] idem

Alguns doutrinadores, dentre eles, Daniel Sarmento, Virgílio Afonso da Silva, quando tratam da eficácia horizontal, dividem a teoria em quatro grupos: teorias negativas que rejeitam a possibilidade da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, onde pode se dar um especial destaque ao Estados Unidos; teoria da eficácia indireta e mediata; teoria da eficácia direta e imediata; teoria que reduz a discussão sobre a eficácia interprivada dos direitos fundamentais á doutrina dos deveres estatais de proteção.

No direito comparado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se deu de formas variadas, citando-se como exemplo os Estados Unidos que adotaram a teoria da *state action*, segundo a qual os direitos fundamentais só vinculam os poderes públicos, havendo a incidência no direito privado apenas quando o particular desempenha alguma função típica do poder público, ou quando se é possível vislumbrar na sua conduta uma substancial implicação do Estado[10]. Essa teoria também foi adotada pelo Canadá. Duas grandes correntes surgiram e são adotadas na Alemanha: a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas e a teoria da eficácia indireta ou mediata.

Consoante a teoria da Eficácia Direta e Imediata, alguns direitos fundamentais vinculam os particulares diretamente, independente de mediação do legislador ordinário. Mesmo defendendo a aplicação direta, seus doutrinadores entendem que na aplicação da referida teoria é necessário estabelecer uma ponderação entre os interesses em jogo, de um lado os direitos fundamentais e de outro a autonomia privada do particular. Tal teoria não obteve muitos adeptos na jurisprudência Alemã, mas é dominante na Espanha, Portugal e Itália. Por sua vez a Teoria da Eficácia Indireta e Mediata legitimamente cabe ao legislador estender os direitos fundamentais para as relações privadas. Seriam os direitos fundamentais utilizados pelos Tribunais como vetores interpretativos das normas do Direito Privado, sobretudo das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo os adeptos dessa teoria, apenas em casos excepcionais os juizes estariam autorizados a aplicar diretamente os direitos fundamentais em litígios privados; tal teoria prevaleceu na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã.

[10] SARMENTO. Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro. Lumem júris. 2004, p 226

No sistema pátrio, consoante esclarece SARMENTO[11], poucos autores se manifestaram a respeito, podendo se fazer uma análise quase exaustiva. Refere que Ingo Wolgang Sarlet, Carlos Siqueira Castro, Gustavo Tepedino, dentre outros, reconhecem, no direito brasileiro, a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada, prevalecendo, então, a tese da vinculação direta.

Evidentemente, muitos não concordam com a aplicação direta e imediata, alegando que tal aplicação esvazia a autonomia privada, gerando uma insegurança jurídica, onde a aplicação gera uma ampliação exagerada dos poderes dos Juízes em detrimento do legislador democrático, provocando ainda, a desconfiguração do Direito Privado.

Obviamente, esses argumentos não encontram espaço na ordem constitucional brasileira, tendo em vista que a autonomia da vontade no nosso ordenamento jurídico não é absoluta, e por sua vez, certamente, não deixará de existir com a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, porque sempre haverá uma ponderação de interesses.

SARMENTO[12] ressalta que a insegurança jurídica pode ser minimizada com a construção de *standards* adequados de ponderação, lembrando que o fortalecimento dos poderes judiciais é uma conseqüência do pós positivismo que investe na juridicidade dos princípios e da supremacia material da constituição.

Portanto, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve levar em consideração, o grau de desigualdade fática (material) entre as partes da relação jurídica, uma vez que, quanto maior for a desigualdade, maior deverá ser a vinculação da parte em situação de superioridade ao direito fundamental discutido e menor a tutela da autonomia privada. Consequentemente, nas relações simétricas, ou seja, nas relações onde impera a igualdade, os direitos fundamentais incidirão apenas para garantir um mínimo de respeito à dignidade da pessoa humana.

3- DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE ADOTOU A TESE DA PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR (RE-407688/SP-SÃO PAULO)

[11] Ibidem, p. 289
[12] Ibidem, p.290

O embasamento teórico exposto até aqui tem a pretensão de servir como conhecimento básico necessário para que se possa analisar a luz da publicização ou constitucionalização do direito privado, a decisão do Supremo Tribunal Federal que após a discussão do contrato de fiança acatou a tese de que o único imóvel do fiador é penhorável para responder por aluguéis não pagos pelo locador. Ressalta-se que esse trabalho traz apenas um único caso, dentre tantos, que diariamente chegam ao Judiciário, onde a realidade fática, no atual contexto social, exige que a aplicação do Direito Civil não mais se dê nos moldes do Direito Romano ou Código de Napoleão, mas sim numa visão ampla, sob a égide dos princípios constitucionais, buscando-se até o fim a justiça social.

Frente à complexidade do assunto tratado, diversos Ministros divergiram do voto do Ministro Relator, portanto grande importância ao estudo será a análise de forma sintética dos votos, que gravitam em torno da controvérsia de que se a penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro, que incluiu o direito de moradia entre os direitos sociais.

O Ministro Relator Cezar Peluso[13] negou provimento ao recurso, afirmando que:

> "não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel- pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se em certo sentido, implementado por uma norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Justifica o seu entendimento frente à realidade fática que vivemos:

> " A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso ao mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tão pouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos e com isso realizando, num dos deus múltiplos modos de positivação e de

[13] Voto do Relator- Recurso RE407.688/SP

> realização histórica, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art.3, inc. VII, da Lei nº 8009/90. "[14]

Afasta também o Ministro Relator o argumento invocado quanto à violação do princípio isonômico, porque entende que "...se patenteia diversidade de situações factuais e de vocações normativas- a expropriabilidade do bem do fiador tende, posto que por via oblíqua, também proteger o direito social de moradia, protegendo direito inerente à locação, não um qualquer direito ao crédito..."

O Ministro Eros Grau, divergiu do voto do Ilustre Relator, consoante a seguinte tese:

> A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidade materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar - a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre a sua função individual. Como tal é garantida pela generalidade das constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Em meio ao seu voto, o Ilustre relator esclarece que não está se apegando a lógica do mercado, mas sim somente ao que diz a Constituição. Ressalta que os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante, declarando que: "Os constitucionalistas que negam essa vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina de direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica "constitucionalização do direito civil". Saliente ainda, que "Parece estranho, mas no Brasil, a doutrina mais moderna de direito público é a produzida pelos civilistas... É certo, ademais, que não cabe no caso, cogitarmos da chamada reserva do possível.[15]"

Por fim o Ministro Eros Grau, dá seu posicionamento, afirmando claramente que não houve recepção, pela Emenda Constitucional nº26, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade, concluindo que o forte impacto que a decisão que proíbe a penhorabilidade do bem do fiador poderá refletir no mercado das locações imobiliárias

[14] ibidem
[15] ibiem

não é razão para afastar os preceitos constitucionais do art. 6 e da isonomia, tendo em vista, que " não irão faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional".[16]

Nessa mesma linha de pensamento, quanto ao caráter vinculativo e obrigatório das disposições constitucionais, afirma Luís Roberto Barroso:

> O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista da elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade das normas; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada com um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos. De outra parte, embora se insira no âmbito da interpretação jurídica, a especificidade das normas constitucionais, com seu conteúdo próprio, sua abertura e superioridade jurídica, exigiu o desenvolvimento de novos métodos hermenêuticos e de princípios específicos de interpretação constitucional.[17]

O Ministro Joaquim Barbosa negou provimento ao recurso, entretanto com base em fundamentação diverso do Ilustre Relator Cezar Peluso**.** Ressaltou que a questão posta nos autos restringia-se a um conflito entre dois direitos fundamentais: de um lado o direito à moradia e de outro o direito à liberdade, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada no caso concreto, na faculdade que cada um tem de obrigar-se contratualmente. Salienta que a singularidade do caso em questão está no fato da violação de direitos fundamentais se dar numa relação entre particulares, tipicamente de direito privado (relação horizontal).

Diz o Ministro:

> "Nessa linha de pensamento, entendo que a questão posta neste recurso extraordinário implica inicialmente saber se são impositivas ao cidadão comum, ou melhor, se são aplicáveis às relações privadas, com o mesmo peso e o mesmo rigor, as limitações e obrigações impostas ao Estado em virtude da previsão, na Constituição, de um catálogo de direitos fundamentais. Noutras palavras, a questão é saber se esses direitos se impõem, com a mesma força e o mesmo alcance, às relações travadas ao largo de qualquer manifestação estatal. Em

[16] ibidem
[17] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogamática constitucional transformadora, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 339

> seguida, cumpre decidir, mediante juízo de ponderação, qual dos direitos deve preponderar.
> Sou dos que entendem que, em princípio e em certas circunstâncias, os direitos fundamentais se aplicam igualmente nas relações privadas"...[18]
>
> "...Entendo que, em matéria de direitos fundamentais o nosso direito constitucional se distancia largamente da doutrina da State Action do direito norteamericano, segundo a qual as limitações impostas pelo Bill of Rights aplicam-se prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz as vezes, jamais aos particulares. Tomo, contudo, a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva se verificar em todas as situações.No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo." Supremo Tribunal Federal...[19] "

Ressalta o Ministro, que o que está em jogo é a decisão de prestar fiança, manifestação da liberdade do direito de contratação e o direito fundamental de habitação, afirma que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto e que, em determinadas situações, um prevalecerá em prol de outro, isso na aplicação do direito numa relação jurídica concreta. Concluindo que " Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria."[20]

Percebe-se que nesse voto o Ministro traz à tona toda a discussão sobre a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, ou seja, os direitos fundamentais opostos ao Estado devem ser estendidos aos particulares? Até onde a autonomia da vontade pode ir? Pode a autonomia da vontade sobrepor-se aos direitos fundamentais? No posicionamento do Ministro deverá existir uma ponderação de direitos para enfim se concluir qual deverá prepondera no caso em questão.

A teoria da ponderação surge quando a dogmática jurídica passa a entender que a subsunção, fenômeno de aplicação direta da norma (premissa maior) ao fato (premissa menor) possui limites, não sendo mais suficiente para resolver os conflitos,

[18] Voto do Ministro Joaquim Barbosa, RE 407.688/SP
[19] ibidem
[20] ibidem

principalmente frente a franca expansão e aplicação dos princípios. Como afirma Luís Roberto Barroso[21]:

> "Como conseqüência, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão."

Ressalta BARROSO[22] que a "ponderação ingressou no universo da interterpretação constitucional como uma necessidade antes que como uma opção filosófica ou ideológica" conceituando a ponderação como[23] "...uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia..."

O Ministro Carlos de Britto acompanhou o voto divergente do ilustre Ministro Eros Grau, por entender que a moradia é uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e sua família, direito indisponível, e não potestativo, não podendo decair mediante contrato de fiação.

Na seqüência do julgamento, **os Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Marco Aurélio** seguiram o voto do Relator Ministro Cezar Peluso.

O Ministro Celso de Mello, ao iniciar seu voto, ressalta que a controvérsia jurídica suscitada instaura uma instigante discussão de mais alto relevo constitucional, que é a eficácia do direito á moradia. Diz o ilustre Ministro:

> " Na realidade, a Constituição da República, ao conferir positividade jurídica ao direito á moradia, nada mais refletiu senão a grave preocupação já anteriormente externada pelo Estado brasileiro no plano internacional, tanto que o Brasil assumiu, nesse âmbito, compromissos inequívocos de cuja implementação depende a efetiva concretização dessa prerrogativa básica reconhecida às pessoas...
> Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor Luiz Edson Fachin ("Estatuto Jurídico do Patrimônio

[21] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: Fundamentos de uma dogamática constitucional transformadora, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 357

[22] Ibidem, p. 360
[23] Ibidem, p. 558

> Mínimo", 2001, Renovar), que se impõe ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas á margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade humana, que representa, enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional..."[24]
>
> ..." Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro,que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela
> deve se harmonizar"[25]

Salienta que os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da erradicação da pobreza , colocaram a pessoa humana no vértice do ordenamento jurídico, devendo todos os ramos do direito se adequar a essa nova realidade. Ressalta, que : "Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal."[26] Por fim, conclui seu voto seguindo o voto divergente do Ministro Eros Grau, dando provimento ao recurso.

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao começar o seu voto, afirma que o caso é angustiante e que toda a divergência manifestada até áquele momento evidencia a grandeza do tema, ressalta ao negar provimento ao recurso, não se trata a ceder aos imperativos do mercado, mas ter em conta a realidade circundante da questão constitucional, conclui negando provimento ao recurso e acompanhando o voto do relator. Seguindo o Julgamento o Presidente o Ilustre Ministro Nelson Jobim segue o voto do relator, também negando provimento ao recurso.

[24] Voto do Ministro Celso de Mello, RE 407.688/SP
[25] ibidem
[26] ibidem

Apesar dos Ministros do Supremo negarem que a decisão pela penhorabilidade do único imóvel do fiador não foi tomada tendo como base o impacto que tal decisão viria a refletir no "mercado de imóveis", percebe-se nitidamente que o pano de fundo foi exatamente esse, ou seja, a preocupação de que a impenhorabilidade do único bem do fiador gerasse um colapso nas relações locatícias, impossibilitando que diversas dívidas pudessem ser cobradas daqueles que nada mais tem, senão sua moradia. Lamentavelmente, mais uma vez, um direito fundamental foi alijado, o direito a moradia, art. 6° da Constituição federal, ao não ter sido reconhecido no caso concreto. Mais lamentável, ainda, é que tal entendimento parte do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável pela proteção e aplicação da nossa Carta Constitucional. Portanto, ficou evidenciado que existe ainda uma resistência muito forte por parte de muitos juristas quanto a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, estando o STF na contramão da evolução do direito civil.

4- Considerações Finais

Ao decorrer desse estudo pode-se concluir que a complexidade do tema " penhorabilidade do bem de família do fiador na relação locatícia" não permite que, mesmo após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, seja encerrada a discussão; ao contrário, nos votos divergentes, a divisão dos Ministros apenas ressaltaram que ainda muito se tem que discutir para encontrar uma solução mais adequada, onde o direito não se divorcie da justiça.

Com todo respeito aos Ilustres Ministros, na negativa de provimento ao recurso, perdeu o Supremo a chance de demonstrar que está em consonância com a evolução do direito civil, acompanhando a inevitável constitucionalização do direito privado. Quando se observa uma jurisprudência majoritária, seguindo uma orientação legal, positivista, adotando a linha de protetiva do "mercado imobiliário" até se entende, frente ao nosso histórico de jurisdição. Difícil é entender o porquê de o Supremo Tribunal Federal, o mais alto órgão de jurisdição constitucional, defender a tese de que a Constituição Federal, mais precisamente o Art. 6º, "direito a moradia", deve-se curvar ao mercado, quando sem dúvida alguma é o mercado que deveria se adequar a Constituição Federal. Pressupor que a impenhorabilidade do bem de família do fiador na relação locatícia acarretaria um desequilíbrio insolúvel é pressupor que nos

encontramos na mesma situação de quinze anos atrás, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico.

De tudo que foi tratado, restou claro que o direito à moradia, Art. 6º da CF, não recepcionou o Inciso VII, da Lei nº 8009/90 (emenda constitucional 26/2000) e que os Ministros em sua maioria apertada, não decidiram assim, sob o medo dos reflexos que tal decisão teria frente ao mercado imobiliário.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer cumprir a Constituição, garantindo com isso um mínimo de dignidade ao ser humano, mais especificadamente, ao provo brasileiro. Comer, morar, trabalhar é o mínimo que devemos perseguir, mesmo que com isso tenhamos que questionar, pôr à prova, desequilibrar, o mercado ou qualquer outro seguimento.

Acreditamos que a jurisdição constitucional, bem como a análise de todos os demais ramos do direito sob a ótica da Constituição Federal, é o caminho para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, esses serão os grandes instrumentos na busca da realização dos postulados pertinentes à justiça, à liberdade e à democracia, contudo isso somente acontecerá se os aplicadores do direito acompanharem a evolução do mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p 32-33.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro. Renovar. 2003

BARROSO, Luís Roberto. A interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo. Saraiva. 2006

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucionalo de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítca do Direito Civil. Rio de Janeiro, Renovar

FORNACIARI JUNIOR, Clito. O bem na execução da fiança, in A penhora e o bem de família do fiador da locação, São Paulo: RT, 2003, p.01

GROTTO, Clarissa Pigatto. A penhora do bem de família do fiador na relação locatícia". Monografia de graduação, apresentada em 2004. Universidade Federal de Santa Maria.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Privado, 19ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 1, p. 286

MARMITT,Arnaldo. Fiança Civil e Comercial. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

SARLET, Info Wolfgang. Org. Jurisdição e Direitos Fundamentais.VolumeI, tomo I. Ajuris. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo: RT, 1984, tomo XLIV, p. 102

SARMENTO. Daniel. Direitos Fundamentaise Relações Privadas. Rio de Janeiro. Lumem júris. 2004

SILVA, Sérgio André Rocha Gomes da. Da inconstitucionalidade da penhorabilidade do bem de família por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação, in Revista de Direito Privado, São Pualo, nº 102, p. 53, abr-jun.2000.

STRECK, Luis Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2006.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 15 ed Rio de Janeiro: Forense, 1999.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. Jurisdição Cosntitucional: Aspectos inovadores no controle concentrado de constitucionalidade. Revista Trimestral de direito público, 29/2000

JORNADA DE TRABALHO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO SALÁRIO

Anne Geraldi Pimentel[*]

RESUMO

O tema para este trabalho surge em um momento de mudanças, em âmbito mundial, nas conjunturas política e econômica. Essas mudanças estão acontecendo devido e dentro de um processo de globalização, em que há a adoção de políticas neoliberais e reestruturação produtiva por todos os países capitalistas. Este modelo neoliberal e a reestruturação produtiva procuram modificar a estrutura da organização do trabalho, inclusive no que diz respeito à legislação do trabalho. Assim, a reforma trabalhista e a flexibilização dos direitos do trabalhador em nome da recuperação da economia têm relação com estas modificações políticas e econômicas. Por isso, estes fenômenos têm correlação com os reflexos para a vida o trabalhador no que diz respeito à jornada de trabalho e ao salário. Outro ponto relevante da pesquisa é verificar a relação e em que medida a extensão da jornada de trabalho interfere no salário. Este estudo se faz importante para se identificar qual seria o montante real do salário e verificar se cumpre com as necessidades básicas do trabalhador.

PALAVRAS CHAVES: REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA, POLÍTICAS NEOLIBERAIS, FLEXIBILIZAÇÃO, DIREITO DO TRABALHO, JORNADA DE TRABALHO, SALÁRIO.

RESUMEM

El tema para esta pesquisa surge en un momento de mudanzas, en ámbito mundial, en las coyunturas política y económica. Esas mudanzas están aconteciendo debido y dentro de un proceso de globalización, en que tenga la adopción de políticas neoliberais y reestructuración productiva por todos los países capitalistas. Este modelo neoliberal y la reestructuración productiva procura modificar la estructura de la organización del trabajo, inclusive cuanto a la legislación del trabajo. De esta manera, la reforma de la legislación del trabajo y la flexibilización de los derechos del trabajador por causa de la recuperación de la economía tiene relación con estas modificaciones políticas y económicas. No obstante que, esas mudanzas tengan correlación con los reflejos en la vida del trabajador en lo que respecta a la jornada del trabajo y al salario. Por supuesto que estos fenómenos tienen correlación con la modificación en la extensión de la jornada del trabajo interfiriendo en el salario. En este sé quer identificar cual es el

[*] Aluna do Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense.

montante real del salario y verificar sí cumbre con las necesidades básicas del trabajador.

PALABRAS-LLAVES: REESTRUCTURACIÓN PRODUCTIVA, POLÍTICAS NEOLIBERAIS, FLEXIBILIZACIÓN, DERECHO DEL TRABAJO, JORNADA DEL TRABAJO, SALARIO, HORAS EXTRAS, TRABAJO EN TIEMPO PARCIAL.

INTRODUÇÃO:

A discussão que se propõe esta pesquisa é analisar, teoricamente, quais os reflexos das alterações da jornada de trabalho, ocorridas devido à flexibilização dos direitos trabalhistas, no salário. Isto porque se entende que a proteção da jornada de trabalho como um mecanismo de proteção ao salário.

Este texto se divide em três capitulos: no primeiro traz-se o conceito de salário, conforme a teoria marxista, pois se acredita que seja a melhor forma de explicar a relação entre jornada de trabalho e salário; a seguir, dedica-se um item para enumerar e explicar os princípios do Direito do Trabalho que irão servir como mecanismos de proteção ao salário, a proteção da jornada de trabalho como mecanismo de proteção foi incluída neste item; no terceiro capitulo, introduzir-se-á uma temática atual, que será a explanação conceitual das políticas neoliberais, com o objetivo de melhor focalizar as atuais mudanças na organização do trabalho, inclusive no que diz respeito à legislação do trabalho, bem como se busca demonstrar a hipótese de que um dos mecanismos de proteção ao salário seria a limitação da jornada de trabalho, além disso, traz-se uma análise do banco de horas, tomado em comparação com as horas extras e, por último, far-se-á uma análise do trabalho em tempo.

1 – A RELAÇÃO ENTRE SALÁRIO E JORNADA DE TRABALHO:

O conceito de salário[1], que é dado pela maioria dos autores juristas, explica-se como sendo o preço pago por uma determinada quantia de trabalho

[1]Este conceito é observado dialeticamente, que é o pensamento crítico que se propõe a conhecer a coisa em si e se pergunta, sistematicamente, como é possível chegar à compreensão da realidade. Esta é formada pela unicidade entre fenômeno e essência. Ocorre que o fenômeno é a manifestação direta das coisas; é a forma aparente.A essência, ao contrário, não se manifesta diretamente, é uma verdade oculta encoberta pelo fenômeno, que muitas vezes, pode não corresponder à realidade. Assim, a dialética procura desvendar o mistério que se dá sob o aspecto fenomênico da coisa, buscando sua essência (KOSIK, K. **Dialética do concreto.** Petrópolis: Vozes, 1987, p. 10 a 16).

despendida durante a jornada de trabalho. Para Marx esta é a forma fenomênica do salário, ou seja, como aparece aos olhos de um observador menos atento.

> A troca entre capital e trabalho apresenta-se de início à percepção como absolutamente igual à compra e venda de das outras mercadorias. O comprador dá determinada quantia em dinheiro; o vendedor, um artigo diferente de dinheiro. A consciência jurídica reconhece aí no máximo uma diferença material que não altera a equivalência das fórmulas: Dou para quedês, dou para que faças, faço para que dês, faço para que faças. (MARX, 2001, p. 620)

Amauri (NASCIMENTO, 2003, p. 351) define "...no sentido econômico, salário é a contraprestação do trabalho, considerado este como o conjunto da força dos trabalhadores utilizada pelo capital". E este montante seria definido pela quantidade de horas trabalhadas, como diz Délio Maranhão, "seria salário o preço atribuído à força de trabalho alienada, ao passo que a jornada despontaria como medida dessa força que se aliena"[2]. Percebe-se que todo o trabalho aparece como pago e não só, mas a força de trabalho despendida aparece como medida do *quantum* do salário[3].

Entretanto, dentro de uma concepção dialética de realidade, esta é somente a forma aparente, é o fenômeno. E não corresponde à realidade, pois se reconhece que existe uma verdade oculta, e que a estrutura da realidade não se manifesta diretamente.

Em "O Capital", Livro I, Volume II, Marx dedica mais um capitulo ao estudo do salário[4]. Para ele, o salário apaga todos os resquícios da divisão entre trabalho pago e trabalho não-pago: "A forma salário apaga, portanto, todo o vestígio da divisão da jornada de trabalho em trabalho necessário e trabalho excedente, em trabalho pago e trabalho não-pago. Todo o trabalho aparece como trabalho pago"[5].

Mas o que é trabalho pago e trabalho não-pago? Para entender, faz-se necessário a retomada de alguns conceitos como o de jornada de trabalho e mais-valia.

O período em que o trabalhador estará à disposição do capitalista é a jornada de trabalho, que é composta pela soma do tempo de trabalho

---

[2] MARANHÃO, D. *apud* DELGADO, Maurício G. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.** 3ªed. São Paulo: Ltr, 2003, p.18

[3] A crítica marxista aos economistas políticos do século XIX, na Inglaterra, está no sentido de que a fórmula do valor do salário é definido pela quantidade de horas é uma tautologia: o valor salário é determinado pelas de 12 horas de trabalho, ou as 12 horas é que determinam o valor do salário?

[4] Neste momento, é necessário frisar que nesta análise, manter-se-á constante algumas categorias que também definem o valor da força de trabalho, tais como oferta e procura, país ou região em que se encontra, bem como não se levará em consideração a exploração intensiva da mão-de-obra, ou seja, o aumento da intensidade do trabalho, levando a um aumento da produtividade, mas não das horas de trabalho.

[5] MARX, K. **O Capital.** 17ª ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001, p. 619.

necessário para a subsistência do trabalhador mais o tempo de trabalho excedente. Assim, se a duração da jornada de trabalho é de 10 (dez) horas diárias, e se são necessários somente 06 (seis) horas para que o trabalhador retire desta os meios necessários a sua subsistência e reprodução, o produto do trabalho das outras 4 horas restantes pertencem ao capitalista – a este se denomina trabalho excedente; trabalho pelo qual o capital tem avidez por seu aumento.

Se durante sua jornada diária de 10 (dez) horas, o empregado recebe o valor, por exemplo, de R$ 100,00 (cem reais), este valor corresponde a 06 (seis) horas de seu trabalho. Nas outras 04 (quatro) horas em que ficou à disposição do empregador produzirá o valor de R$ 67,00 (sessenta e sete reais), ou seja, produziu, nas 10 (dez) horas de trabalho, um valor de R$ 167,00 (cento e sessenta e sete reais), mas recebeu somente uma parcela deste valor, a outra parte pertence ao empregador. Engana-se o capitalista que seu lucro advém da melhor administração, da compra de materiais mais baratos, ou mesmo do emprego de alta tecnologia para o aumento da produção, pois nada disso faria sentido sem o trabalho, única categoria que é capaz de produzir valor.

Desta forma, tenta-se demonstrar que parte do valor produzido nesta jornada é destinada para o pagamento da força de trabalho, que corresponde ao trabalho pago. E a outra é designada ao empregador, que corresponde ao que o empregado trabalhou, mas não recebeu, é a parte do trabalho não-pago. Constitui-se o montante do salário nominal a soma que o trabalhador recebe por seu trabalho, que aparece como um todo único. Entretanto, o salário real leva em consideração a cisão entre o trabalho pago e o trabalho não pago.

Esta é a estrutura do salário por tempo, no qual a possibilidade de exploração pode se dar de forma extensiva[6], através do prolongamento da jornada de trabalho. Quanto maior for o tempo à disposição do empregador, maior será o lucro deste, ou seja, trabalha-se 12 (doze) horas, pelo mesmo salário, aumentando de 4 (quatro) para 6 (seis) horas o tempo de trabalho não-pago.

[6] A exploração do tempo de trabalho tanto pode ser extensiva, quando é determinada pelo aumento da duração da jornada de trabalho; como pode ser intensiva: aqui há o aumento da produtividade do trabalho em determinado período de tempo, devido à implementação de novas tecnologias e novas formas de organização do trabalho. Embora se tenha uma corrida em busca de novas tecnologias que visam ao aumento da produção num mesmo período de tempo, tem-se também, a procura pelo maior proveito extensivo da jornada de trabalho.

2 – MECANISMOS DE PROTEÇÃO AO SALÁRIO:

O quadro descortinado pela Revolução Industrial e o rápido desenvolvimento do sistema de produção capitalista deram ensejo a uma política liberalista, segundo a qual há liberdade de contratar e as partes envolvidas, no contrato, eram consideradas iguais entre si; é o princípio da igualdade entre as partes, vigente no Direito Civil Contratual. Oliveira, em seu livro intitulado *Introdução elementar ao estudo do salário social no Brasil*, reconhece que "segundo os economistas da época, o fato de uma parte necessitar da outra, coloca, também a ambas, num plano de 'igualdade'"[7].

Ocorre que se levar em conta as condições sociais, verifica-se que o trabalhador está em desvantagem, pois é obrigado a aceitar os termos do contrato, mesmo que o salário oferecido não seja suficiente para sua subsistência, já que não havia outra forma de sustentar a si e seus familiares. Com isso, foram flagrantes as conseqüências funestas do trabalho em excesso e a pouca retribuição aos trabalhadores[8].

No Brasil, esses fenômenos começam a aparecer na década de 30, quando houve um impulso de industrialização no país. É nessa época que surgem as primeiras leis trabalhistas, que seriam consolidadas em 1943, formando a Consolidação das Leis do Trabalho. No entanto, tem-se que considerar que esses fatos se deram na vigência do Estado Novo, no qual a "simpática" legislação trabalhista e uma política econômica que se caracterizava pelo seu nacionalismo, intervencionismo estatal e protecionismo eram instrumentos da política de Getúlio Vargas para aumentar seu poder pessoal e do Estado.

Foi, então, que se buscou regulamentar as relações de trabalho, surgindo o Direito do Trabalho na tentativa de torná-las um pouco menos injustas. Neste sentido, é que o Direito do Trabalho segue uma linha mestra, que são os princípios, tornando-os mecanismos de proteção ao trabalhador.

No que concerne ao salário, os princípios básicos para a sua proteção são: indisponibilidade (ou irrenunciabilidade) dos direitos trabalhistas; impenhorabilidade; e intangibilidade salarial (ou irredutibilidade).

---

[7] OLIVEIRA, Fábio L. **Introdução elementar ao estudo do salário social no Brasil.** São Paulo: Ltr, 1974, p.54.

[8] Marx, em "O Capital", no capitulo sobre a jornada de trabalho, demonstra a destruição causada por uma longa jornada de trabalho para a vida do trabalhador e a de seus familiares, na Inglaterra durante o século XIX, quando se deu o desenvolvimento industrial neste país (MARX, K. 1998, p.267).

Um destes princípios o da *Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas* (ou Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas), diz respeito à impossibilidade do empregado de renunciar aos direitos oriundos de um contrato individual de trabalho, vedando qualquer alteração contratual que possa resultar prejuízos ao trabalhador. Conforme os art. 9º, 444, 468, da CLT.

Outro, importante, é impenhorabilidade do salário, pois, no uso subsidiário do Código de Processo Civil ao Direito do Trabalho, no art. 649, inciso IV, são absolutamente impenhoráveis as provisões de alimentos necessário à sobrevivência do devedor e de sua família. Tendo-se em vista que o salário é verba trabalhista de caráter alimentar, defende-se a tese de que não poderão ser objeto de penhora.

Também no sentido de preservar a impenhorabilidade do salário e visando a protegê-lo de descontos abusivos, devido ao seu caráter alimentar, como já exposto, tem-se o princípio da intangibilidade ou irredutibilidade, que está alicerçado na Carta Magna, no art. 7º, inciso VI.

Entende-se que a regulamentação de um valor mínimo para o salário também é um mecanismo de proteção do trabalhador contra a exploração demasiada. Segundo a teoria marxista sobre o valor da foça de trabalho, os limites desse valor se dão a partir de dois elementos: um físico e outro histórico e social (ROSDOLSKY, 2001, p.238). Assim, percebe-se que seu limite, tanto inferior como superior, são extremamente elásticos, dependo dos custos de manutenção da força de trabalho e da taxa de lucro[9].

No entanto, o "limite inferior é determinado pelo elemento físico; para subsistir e reproduzir-se, o trabalhador deve ter acesso aos objetos de consumo necessários à vida e à reprodução"[10] da força de trabalho. Já o limite superior é praticamente impossível de definir, pois o salário está em relação indiretamente proporcional à taxa de lucro, ou seja, quanto maior o salário, menor o lucro: "o lucro máximo está limitado pelo mínimo salário e o máximo da jornada de trabalho". Rosdolsky continua dizendo que estes limites serão fixados a partir da relação entre capital e trabalho, "o capitalista trata de rebaixar os salários ao mínimo físico e estender

[9] Esclarece-se que o conceito de taxa de lucro, na teoria marxista, não se resume somente a questão da mais-valia, existem outras categorias que também têm que ser levadas para se determinar a taxa de lucro.
[10] MARX, *apud* ROSDOLSKY, 2001,p. 239.

a jornada ao máximo físico, enquanto o trabalhador exerce pressão em sentido contrário"[11].

Por isso, há a necessidade de se regulamentar um mínimo para o salário. No Brasil, sua primeira idéia formada no texto consolidado, em seu art. 76, e, portanto, dentro de um estado intervencionista, diz: "é a contraprestação mínima devida e paga a todo trabalhador (...) capaz de satisfazer, em determinada época, suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte" (sem grifos no original). Hoje este conceito foi ampliado e unificado para todo o país pela Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso IV.

Além disso, há a necessidade de vincular o salário à quantidade de horas trabalhadas. Isto porque, como Marx já demonstrava nos idos do século XIX, a exploração extensiva da jornada de trabalho, sem o respectivo aumento da contraprestação, acarreta grandes distúrbios para vida do trabalhador e sua família, mostrando a necessidade da limitação da jornada de trabalho, não só como forma de proteção do físico do trabalhador pelo extenso tempo de trabalho, mas também, como forma de lhe assegurar um salário um pouco menos injusto. Assim, nas palavras de Marx, o que se expôs:

> Pode, sob o pretexto de pagar o 'preço normal do trabalho', prolongar anormalmente a jornada de trabalho, sem qualquer compensação correspondente para o trabalhador. (...) A limitação legal da jornada de trabalho pôs fim a este abuso, embora sem, naturalmente, impedir o subemprego decorrente da concorrência da maquinaria, das mudanças na qualidade dos trabalhadores empregados, das crises parciais e gerais. (MARX, 2001, p. 628, sem grifos no original).

Muitas são as discussões sobre qual seria o justo salário. Justo seria que o trabalhador recebesse todo o valor que produziu, ou seja, um salário real; ocorre que isto seria impossível, dentro das bases da produção capitalista, pois desapareceria seu fundamento, que é a acumulação de valores para o capitalista. Assim, sabe-se que é imprescindível a necessidade da regulamentação dos direitos do trabalhador, mesmo que tenham nascido de uma política trabalhista, ou seja, como já foi visto, como um instrumento de manipulação das massas que visa ao controle do poder.

3 – A DÉCADA DE 90 E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS:

Durante a década de 70, ocorreram sucessivas crises que impediam o crescimento econômico dos países capitalistas. A resposta a estas crises

[11] ROSDOLSKY, 2001, p.239.

parece ter sido a adoção de políticas neoliberais[12] e, no campo econômico, a reestruturação produtiva, que introduz novas formas de organização do trabalho. O que ocorreu também no Brasil.

É neste cenário de mudança política, social e econômica que surge o fenômeno de *Flexibilização dos Direitos Trabalhistas,* que esmaga a legislação trabalhista, sob o argumento de que estes direitos possuem inerente rigidez que inviabiliza a flexibilidade necessária às novas formas de produção. Veja-se como Silva coloca tal problema:

> No nível das relações entre capital e trabalho, as políticas estatais de orientação neoliberal convergem com a idéia de retirar o Estado do palco das negociações, desmantelando legislações trabalhistas conquistadas às duras penas por históricas lutas da classe trabalhadora e propõe a livre negociação, sob a argumentação de que os direitos trabalhistas possuem inerente rigidez que inviabiliza a flexibilidade necessária às novas formas de produção, e que, portanto, é necessária a flexibilização dos direitos e garantias sociais dos trabalhadores (SILVA, 2003, p. 10).

De fato, têm ocorrido grandes mudanças com relação à duração da jornada de trabalho, numa clara tentativa de flexibilização da jornada de trabalho cuja regulamentação tem sido uma luta determinada historicamente, e que o conflito de interesses de classes específicas desse modo de produção é estabelecido no sentido da divergência dos interesses próprios de cada classe: uma ao comprar a força de trabalho, sente-se no direito de obter maior proveito, e o trabalhador, sente-se no direito de preservar sua força de trabalho[13].

Para Nascimento (2002, p.129), estas novas formas de organização da produção, que também trazem como conseqüência as modificações nos horários da jornada de trabalho, tem-se a "necessidade de competir com produtos e serviços estrangeiros". E ainda, o conceito de flexibilização do horário de trabalho "se refere a todo um conjunto de mudanças, quanto às normas trabalhistas e às formas de prestação de serviços ou tarefas..." (NASCIMENTO, 2002, p.128), percebe-se que neste conjunto há várias medidas que visam à flexibilização do horário de trabalho.

---

[12] O modelo neoliberal implica medidas em que o Estado deixa de ser o maior investidor da atividade privada; lança programas de privatizações, para conter os gastos públicos e efetua drásticos cortes no setor social; modelo político que faria ressurgir a desigualdade social, estabelecendo um patamar médio de desemprego, o que permitiria a retomada de um exército industrial de reserva (ANDERSON, 2002, p.21).

[13] "O capitalista afirma seu direito, como comprador, quando procura prolongar o mais possível a jornada de trabalho e transformar, sempre que possível, um dia de trabalho em dois. Por outro lado, a natureza específica da mercadoria vendida impõe um limite ao consumo pelo comprador, e o trabalhador afirma, como vendedor, quando quer limitar a jornada de trabalho a determinada magnitude normal. Ocorre assim uma antinomia, direito contra direito, ambos baseados na lei de troca de mercadorias. Entre direitos iguais e opostos, decide a força. Assim, a regulamentação da jornada de trabalho se apresenta, na história da produção capitalista, como luta pela limitação da jornada de trabalho, um embate que se trava entre a classe capitalista e a classe trabalhadora." (MARX, 1998, p.273)

Dentre essas medidas encontra-se o teletrabalho e o trabalho em horário flexível, nos quais o próprio trabalhador escolhe os horários em que irá trabalhar. Diferenciam-se, porque no primeiro, a atividade é realizada à distância e o controle é exercido a partir dos resultados apresentados. Já no segundo, o trabalhador tem autonomia de escolher o melhor horário para a sua jornada, desde que obedeça às regras impostas pelo empregador. Existem outras formas de flexibilização da jornada de trabalho, tais como a jornada em tempo parcial, os turnos de revezamento e a compensação de horas. Mas, apesar de todas essas formas trazerem reflexos para a duração da jornada de trabalho, inicialmente, enfocar-se-á somente o banco de horas, juntamente com as horas-extras, e o trabalho em tempo parcial, levando-se em consideração a complexidade do assunto.

No Brasil, a jornada de trabalho está regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no art. 58, não podendo exceder oito horas diárias. E ainda, na Constituição Federal, art. 7º, inciso XIII, no qual estipula como direito do trabalhador a "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais".

Entretanto, a possibilidade de prorrogação desse tempo pode decorrer de livre acordo entre as partes, estipulando somente que essas horas não poderão exceder a duas horas diárias e que deverão ser remuneradas em, no mínimo, 50% (cinqüenta por cento) da hora normal, tudo em conformidade com a Constituição e com o texto celetista (art. 5º, XVI, da CF c/c art. 59 da CLT).

Além de influir diretamente no valor pago mensalmente ao trabalhador, este valor pago extraordinariamente integra a remuneração que é a base de calculo dos adicionais devidos mensalmente, como o trabalho noturno, a insalubridade, a periculosidade, e mesmo na transferência, apesar de ser devida num único montante. Bem como é, também, base de calculo para o recolhimento mensal do depósito do fundo de garantia por tempo de serviço, que é de 8% (oito por cento) sobre o valor do salário, incluído o valor das horas-extras. E ainda, também é base de calculo para as gratificações natalinas (décimo terceiro salário), férias e 1/3 (um terço) sobre o valor das férias, garantido pela constituição. Há outras verbas que tem como base de calculo a remuneração, as que são devidas na rescisão do contrato de trabalho, como aviso prévio indenizado, multa de 40% (quarenta porcento) sobre o depósito fundiário, que como se

viu também tem como base de calculo a remuneração, quando a rescisão ocorreu sem justa causa.

Apesar destes benefícios que aumentam o montante do salário do trabalhador, observa-se que a jornada de trabalho pode se estender em demasia, o que pode gerar ao trabalhador agressões à sua saúde, higiene e segurança. Ocorre, entretanto, que muitos trabalhadores aceitam trabalhar além da jornada normal para complementarem a renda familiar.

Segundo dados do DIEESE, a precarização também está no sentido de que a extensão da jornada de trabalho acaba por contribuir para o aumento do desemprego, inibindo a geração de novos postos de trabalho, veja foi dito em um Boletim[14] :

> Se a realização de horas extras inibe a geração de empregos, a produtividade do trabalho também cai durante o período de horas extraordinárias. E o pior: as estatísticas demonstram que igualmente aumentam os acidentes de trabalho.

Há, ainda, uma forma pior de aumento da jornada de trabalho. Entende-se como pior, porque essas horas não são pagas com sobre valor, mas pagas na mesma proporção, ou seja, uma hora por uma hora, ao contrário das remuneradas extraordinariamente, que é de uma hora por uma hora e meia, no mínimo. Está-se falando do banco de horas.

O banco de horas está previsto no art. 59, parágrafo 2º da CLT, que foi alterado pela Medida Provisória n. 2.164-41/2001, estabelecendo as normas para o acordo de compensação anual de horas, que também é conhecido como banco de horas. Abaixo transcrito:

> Art. 59. .....
> § 2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de 1 (um) ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de 10 (dez) horas diárias (sem grifos no original).

A melhor definição encontrada sobre o banco de horas é dada por Nascimento (2002, p.144), dizendo que é a "implementação de uma relação de débito-crédito das horas prestadas pelo trabalhador à empresa", podendo ser descontados em outro dia as horas trabalhadas a mais em um dia. A CLT, em seu artigo 59, já previa o acordo de compensação de hora; no entanto, permitia-a somente dentro

[14] Boletim do DIEESE, nº 197, de agosto de 1997, retirado no site www.dieese.org.br, acesso no dia 07/06/2002.

da semana e, em 1998, uma Medida Provisória alongou este prazo para 120 dias, ou seja, o acerto das horas passou a ser quadrimestral. Hoje, com a Medida Provisória de 2001, passa a ser anual, ou seja, o empregador tem um período de 12 meses para escolher quando irá ceder ao empregado o crédito de horas excedentes[15].

Posto isto, vale enfatizar que, nesse acordo, o empregado não tem autonomia para escolher os horários em que não irá trabalhar, pois esses horários serão fixados conforme as necessidades produtivas da empresa. Por isso, pensa-se no acordo de compensação anual de horas como uma forma de reorganização do tempo de trabalho em beneficio do capital, já que a proporção é de uma hora excedente em um dia, por outra hora não trabalhada em outro dia, sem nenhum acréscimo salarial. O que não ocorre com as horas-extras pagas, conforme o § 1º, do artigo 59, da CLT e da Constituição Federal, artigo 7º, XVI, que regulamente o pagamento, em dobro, das horas excedentes. Agora o empregador pode escolher entre descontar as horas excedentes como banco de horas, já que a CLT permite, desde de que haja acordo ou convenção coletiva.

Ao que parece, esse acordo de compensação anual produz muitas vantagens ao empregador, tais como a adaptação da jornada às condições de oscilação da produção e da demanda, ficando o empregado à disposição do empregador, para que não reste prejuízos para a produção, quando o mercado não exigir, atendendo-se, então, às concepções da reestruturação produtiva, que coloca o desenvolvimento econômico como foco principal das políticas nacionais.

No entanto, traz reflexos significativos e desvantajosos para a vida do trabalhador. Ele passa a não ter mais autonomia sobre o seu horário de lazer, trazendo conseqüências desastrosas em sua vida social. Além disso, representa uma diminuição em sua renda familiar, pois a hora excedente paga representa uma parte significativa no pagamento. Nascimento (2002, p.164) compartilha deste pensamento:

> A implementação do 'banco de horas' redundou num aumento da exploração da mão-de-obra, com intensificação do ritmo de trabalho, combinado com jornadas maiores nos períodos de 'alta' na produção; além de não gerar novos empregos, a introdução da jornada flexível prepara terreno para novas demissões, sem nenhuma garantia; a compensação das horas trabalhadas, para além da jornada fixa (ou da média fixada em alguns acordos coletivos), sendo feita por folgas, o empresário deixa de pagar horas-extras, num prejuízo evidente ao trabalhador, diante da realidade dos baixos e defasados salários que recebe; a desorganização da própria vida do trabalhador, que

[15] Esta orientação já se encontra sedimentada pela jurisprudência, pois, segundo a Súmula nº 85 do TST, antiga OJ nº 220 da SDI-1 do TST, as horas que extrapolarem a jornada semanal normal, serão pagas extraordinariamente. Isto vale, também, para a compensação anual, interpretando-se extensivamente.

> passa a ficar à disposição da empresa para trabalhar 'mais ou menos horas', de acordo com as oscilações ditadas pelo mercado.

O DIEESE[16], uma organização que estuda as condições de trabalho no país, coloca como principais riscos da utilização do banco de horas:

> - a fixação de elevados patamares de horas a serem trabalhadas nas semanas de "pico" de produção, gerando estresse, lesões por esforços repetitivos e acidentes de trabalho;
> - o fim do adicional de horas extras, reduzindo, em muitos casos, a remuneração dos trabalhadores;
> - a dificuldade de planejamento do tempo, que fica vinculado às necessidades da empresa;
> - o acúmulo de horas de crédito ou débito, dificultando a posterior compensação (sem grifos no original).

Todos esses fatores são de grande importância, principalmente, quando se trata de relacionar a jornada com a remuneração, pois se percebe que há uma diminuição do valor pago ao trabalhador, não só no valor mensal, mas em outras verbas que têm como base de calculo a remuneração, assunto que já se foi referido anteriormente, quando se tratou dos reflexos, diretos e indiretos, das horas-extras.

Assim, pelo que se expôs, entende-se que a utilização do banco de horas leva a uma precarização ainda maior do que as horas remuneradas extraordinariamente. Posto que, nas primeiras, é permitido que a compensação se faça na proporção de uma hora trabalhada em uma hora de descanso, sem qualquer remuneração extra. Além de que, se não houve alteração no montante do salário, também não há alteração sobre os reflexos férias, décimo terceiro salário, descanso semanal remunerado, depósito fundiário, entre outros, pois não houve alteração no valor do salário.

Tanto o banco de horas como as horas extraordinárias são maneiras de se flexibilizar a duração do trabalho, o que atende à demanda do mercado, ou seja, produzir somente quando há demanda, evitando grandes estoques de produção, mesmo sendo as horas-extras um fenômeno mais antigo do que o banco de horas, com compensação anual, que foi regulamentado no ano de 2001.

Esses dois fenômenos têm grandes semelhanças; uma delas já disposta no parágrafo anterior, outra é que, devido à extensão diária da jornada, traz reflexos como estresse e maior possibilidade de acidentes de trabalho, contrariando as normas de segurança no trabalho. Têm semelhança, também na impossibilidade do

[16] Boletim do DIEESE, nº 210, de novembro e dezembro de 1998, retirado no site www.dieese.org.br, acesso no dia 07/06/2002.

trabalhador organizar seu tempo livre. Apesar de que, no banco de horas esta situação, ao que tudo indica, é mais grave, pois o acúmulo de horas a serem compensadas fica a cargo do empregador escolher quando melhor lhe convém, retirando do trabalhador a possibilidade de organizar seu tempo livre.

Contudo, diferenciam-se, também, com relação à extensão do trabalho pago e não-pago. Nas horas-extras, mesmo com o aumento extensivo da jornada diária o que aumenta a taxa de mais-valia, a parte do trabalho que é paga também aumenta, já que o capitalista é obrigado a remunerá-la com acréscimo. Já o banco de horas favorece totalmente ao capitalista, que aumenta a jornada diária do trabalhador para compensá-la em outro dia, na forma que melhor lhe convier, e na mesma proporção que foi trabalhada, não havendo aumento do trabalho pago, mas um aumento ainda maior na taxa de mais-valia, já que estas horas trabalhadas a mais atendem à demanda do mercado, produzindo valores no momento em que são necessários.

Devido à característica de o banco de horas só poder ser empregado por força de acordo ou convenção coletiva, torna-se possível avaliar a extensão da adoção deste instituto. Segundo tabela do Ministério do Trabalho e Educação, o número total de Instrumentos Coletivos, assinados nos sindicatos, foi de 1.651, um número significativo, pois demonstra que está havendo a adesão ao sistema de compensação de horas, principalmente no setor industrial, no qual ocorreu 66,69% desses acordos, conforme tabela abaixo:

A T I V I D A D E	**Instrumentos Coletivos (Acordos / Convenções)**
1.INDÚSTRIA	1.101
2.COMÉRCIO	322
3.TRANSPORTES TERRESTRES	114
4.COMUNICAÇÃO E PUBLICIDADE	39
5.AGRICULTURA (RURAIS)	24
6.EDUCAÇÃO E CULTURA	19
7.PROFISSIONAIS LIBERAIS	15
8.EMPRESAS BANCÁRIAS	2
9.TRANSP.MARÍTIMOS,FLUVIAIS,AÉREOS	5
10.SERVIDORES PUBLICOS	1
11.DIFERENCIADAS	2
12.OUTROS	7
Total	**1.651**

*Tabela de Flexibilização da Jornada de Trabalho – Banco de Horas – números de acordos entre 1998 a 2002

*FONTE: Ministério do Trabalho e Educação, retirado do site: www.mtb.gov.br, acesso em 03/10/2005.

Torna-se evidente que as empresas procuram substituir as horas trabalhadas além da jornada normal, que seriam pagas com acréscimo, pelo sistema de banco de horas. Esse pode ser adotado por meio do acordo em negociação coletiva, e a compensação das horas trabalhada extraordinariamente será anual, pagas com acréscimo somente nos casos em que não forem compensadas no prazo legal de um ano.

A par com a questão das alterações salariais devido ao aumento extensivo da jornada diária de trabalho, existem também, alterações advindas da diminuição dessa jornada, como é o caso do trabalho em tempo parcial que, assim como o banco de horas, é reflexo da flexibilização dos direitos trabalhistas, principalmente com relação à duração da jornada laboral.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1994, assinou uma Convenção Internacional, na qual defende a diminuição do tempo em que o trabalhador irá vender sua força de trabalho ao empregador, prevista no artigo 5º, abaixo descrito, no qual o salário deverá ser proporcional ao trabalho em tempo integral.

> Artículo 5
> Deberán adoptarse medidas apropiadas a la legislación y la práctica nacionales para asegurar que los trabajadores a tiempo parcial no perciban, por el solo hecho de trabajar a tiempo parcial, un salario básico que, calculado proporcionalmente sobre una base horaria, por rendimiento o por pieza, sea inferior al salario básico, calculado por el mismo método, de los trabajadores a tiempo completo que se hallen en una situación comparable (sem grifo no original).

No Brasil, o trabalho em regime de tempo parcial está tipificado no art. 58-A da CLT, artigo que foi acrescentado pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 24.08.01, como “aquele cuja duração não exceda a vinte e cinco horas semanais”. No parágrafo primeiro deste artigo, seguindo recomendação da OIT, estatuiu que o salário aos trabalhadores em regime de tempo parcial deverá ser proporcional à sua jornada, em relação aos empregados que cumprem tempo integral e na mesma função.

Portanto, é nítido que há uma diminuição das condições de o trabalhador prover sua subsistência. Além do mais, essa diminuição do salário traz reflexos nas verbas trabalhistas que tenham como base de cálculo a remuneração, como se foi mencionado, no capitulo anterior, tais como férias, décimo terceiro salário, recolhimento do depósito do fundo de garantia por tempo de serviço, entre outros.

No sistema capitalista de produção, nunca poderá deixar de existir o trabalho excedente, pois este é o pilar mais importante desse sistema. Assim, se a duração da jornada diminui, é óbvio que diminuirão, proporcionalmente, tanto o

tempo em que o trabalhador poderá retirar de seu trabalho seus meios de subsistência como o de trabalho que irá pertencer ao capital, que tomará forma de mais-valia.

Conforme tabela[17], em anexo, o DIEESE aponta alguns dados:

		Gasto Mensal			Tempo de Trabalho (1)	
Produtos	**Quantidades**	**Agosto de 2004 R$**	**Agosto de 2005 R$**	**Varia-ção anual %**	**Agosto de 2004**	**Agosto de 2005**
Carne	6 kg	49,20	50,34	2,32	41h38m	36h55m
Leite	7,5 l	10,35	10,88	5,12	8h45m	7h59m
Feijão	4,5 kg	10,40	15,35	47,60	8h48m	11h15m
Arroz	3 kg	5,10	3,90	-23,53	4h19m	2h52m
Farinha	1,5 kg	2,72	2,42	-11,03	2h18m	1h46m
Batata	6 kg	10,80	7,26	-32,78	9h08m	5h19m
Tomate	9 kg	28,80	17,73	-38,44	24h22m	13h00m
Pão	6 kg	28,26	29,76	5,31	23h55m	21h49m
Café	600 g	5,87	6,74	14,82	4h58m	4h57m
Banana	7,5 dz	13,88	13,35	-3,82	11h44m	9h47m
Açúcar	3 kg	3,42	3,51	2,63	2h54m	2h34m
Óleo	900 ml	2,39	1,89	-20,92	2h01m	1h23m
Manteiga	750 g	11,07	11,99	8,31	9h22m	8h48m
Total da Cesta		**182,26**	**175,12**	**-3,92**	**154h13m**	**128h25m**

(1) Tempo que o trabalhador de salário mínimo precisa para comprar a Ração Essencial **(Decreto Lei no. 399 de 30/04/1938)**

Através desses dados pode-se comparar o tempo médio que um trabalhador leva para comprar uma cesta básica entre agosto de 2004 e agosto de 2005, no Estado de São Paulo. Ainda que haja algum avanço, como a redução das horas trabalhadas, mais pela queda dos preços, do que por aumento do valor real dos salários, o trabalhador de salário mínimo terá que trabalhar 129 (cento e vinte e nove) horas só para se alimentar, numa jornada de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, que perfazem uma jornada de 176 (cento e setenta e seis) horas mensais, restar-lhe-ia somente 47 (quarenta e sete) horas para outras despesas, como saúde, educação, lazer. Se for ele e a esposa, já teria de fazer horas extras para qualquer outro gasto. Para um trabalhador de 25 (vinte e cinco) horas semanais, ou 120 (cento e vinte) mensais, faltam 29 (vinte e nove) horas para atender suas necessidades mínimas de alimentação. Por isso muitos trabalhadores têm dois empregos.

Jeremy Rifikin (1995), um autor norte americano, demonstra alguns dados sobre o trabalho em tempo parcial, em seu livro intitulado “O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis de emprego e a redução da força global de trabalho”. A principal discussão é sobre as novas tecnologias que substituem a mão-de-

obra humana, em determinado setor; é inevitável que os níveis de desemprego aumentem neste setor. Para o autor, essa demanda é absorvida por outro setor. Assim foi, quando houve a primeira automação na agricultura; os trabalhadores dessa área migraram para as cidades para trabalharem nas grandes fábricas, que começavam a surgir. Entretanto, continua o autor, hoje todos os setores tradicionais da economia (agricultura, indústria e serviços) estão cada vez mais automatizados, empurrando milhões de trabalhadores para as filas do desemprego. Mas Rifikin aponta soluções; acredita que há um setor emergente, o de conhecimento, formado por uma pequena elite de empreendores, cientistas, técnicos.

Rifikin (1995, p. 183 a 184) descreve, ainda, o grande desnível social que tem se formado nos Estados Unidos, pois, embora a alta tecnologia melhore a produtividade, os benefícios não se revertem para o trabalhador médio. Ao contrário, grande parte da população norte americana encontra-se desempregada ou, muitas vezes, subempregada.

Neste ponto, o que mais interessa na tese de Rifikin, é o fato de que, para ele, muitos trabalhadores aceitam trabalhar em períodos menores, ganhando menos, apenas como meio de sobrevivência. Cita uma entrevista com um trabalhador que, quando questionado sobre o governo de Clinton ter criado novos postos de emprego, responde: “Claro, temos quatro empregos. E daí?”, referindo-se também à sua esposa; e continua indagando: de que adianta ter vários empregos mal remunerados, que pagam uma fração do que ele costumava ganhar, quando tinha um emprego decente com um salário adequado.

Esse fenômeno que Rifikin (1995, p. 247 a 248) chama de jornada de trabalho da alta tecnologia, tornou-se reivindicação de líderes trabalhistas e economistas, e se espalhou por toda Europa. Na Alemanha, a primeira indústria a adotar a jornada de trabalho em tempo parcial foi a Volkswagem. Em seguida, na França, duas empresas foram pioneiras, a Hewlett Packard e a Digital Equiment. Em todas essas empresas os trabalhadores aceitaram a diminuição do tempo de trabalho e, conseqüentemente, o menor salário, como uma alternativa justa ao desemprego.

Não se pode deixar de mencionar que, na legislação brasileira, art. 58-A, parágrafo segundo, para os trabalhadores que estão empregados, esta medida

[17] Retirada do site www.dieese.org.br, acesso em 29/09/2005.

só poderá ser adotada mediante negociação coletiva. Mas qual trabalhador não achará que trabalhar em tempo parcial, mesmo com redução salarial, uma opção melhor que engrossar as filas do desemprego (?).

Nota-se que a discussão e implementação desse tipo de jornada está intrinsecamente ligada ao combate ao desemprego, pois muitos autores apontam o trabalho em tempo parcial como uma solução viável para a diminuição dos níveis de desemprego.

Cássio da Silva Calvete[18] vai além da questão do desemprego; para ele a redução da jornada de trabalho não só é capaz de aumentar os níveis da oferta de emprego, mas, também, pode se reverter em melhoria salarial. Diz o autor:

> É evidente que simples redução da jornada sem nenhuma contra-partida dos trabalhadores melhora a qualidade de vida dos mesmos além de aumentar os postos de trabalho diminuindo o desemprego e aumentando o poder de barganha dos sindicatos podendo até mesmo a vir se reverter numa melhoria salarial.

Esta afirmação se encontra totalmente fora da realidade social do país em que se vive. Como se pode perceber pela tabela do DIEESE, acima disposta, os dados demonstram que a grande massa de trabalhadores está ganhando somente para comer, outros direitos como saúde, educação, lazer, não estão nem cogitados. Então, não há como afirmar que esses trabalhadores estão ganhando em qualidade de vida com a diminuição do tempo de trabalho. Muito pelo contrário, muitos trabalhadores, nas horas que deveriam se dedicar ao lazer, estão trabalhando em outro emprego, para prover o sustento de sua família.

Caem por terra as afirmações de Calvete, pois é humanamente impossível sustentar a si e a uma família com uma parte do salário. Os postos de emprego podem, em termos absolutos, aumentar, mas, em termos relativos, não, pensando-se no sentido de que cada trabalhador precisaria de dois empregos para poder se manter. E a melhoria salarial decorrente do poder de barganha dos sindicatos também é uma falha, já que o exército de reserva, ou seja, a grande massa de desempregados, continua a forçar o valor do salário para baixo, que é a lei de oferta e procura.

Segundo dados do DIEESE, tabelas abaixo descritas, na região metropolitana de São Paulo, uma das regiões onde há uma grande concentração de indústrias, a taxa de desemprego (tabela 02) teve algumas variações do período que

[18] Texto intitulado **A redução da jornada de trabalho como solução do desemprego: o mito do Sisífo ou Prometeu?**, retirado do site www.dieese.org.br, acesso no dia 19/09/2005.

compreende o ano de 1998 a 2004, fincando entre 18% e 16%, aproximadamente, entretanto, no mês de janeiro de 2005 houve uma diminuição na taxa de desemprego, aumentando um pouco no mês de fevereiro do mesmo ano, em seguida, mantendo-se estável. Estes números mostram que a adoção do trabalho parcial não tem contribuído efetivamente para o crescimento dos níveis de emprego, principalmente, quando se contrapõe com os dados de estimativa da população economicamente ativa (tabela 01), que mostra o crescimento, na mesma região, de pessoas que entram na disputa do mercado de trabalho. Portanto, os dados mostram que o crescimento da oferta de emprego ainda é insuficiente para combater o desemprego.

TABELA 01.

Período	Total	Homens	Mulheres
1998	8.711	4.957	3.754
1999	8.985	5.032	3.953
2000	9.214	5.141	4.073
2001	9.399	5.169	4.230
2002	9.619	5.290	4.329
2003	9.770	5.305	4.465
2004	9.941	5.388	4.553
janeiro/2005	9.934	5.374	4.560
fevereiro/2005	9.868	5.339	4.529
março/2005	9.911	5.382	4.529
abril/2005	10.018	5.400	4.618
maio/2005	10.061	5.433	4.628
junho/2005	10.042	5.403	4.639
julho/2005	10.086	5.436	4.650

* Tabela estimativa da população economicamente ativa, pesquisa realizada na região metropolitana de São Paulo, em 1.000 pessoas.
* FONTE: Convênio DIEESE/SEADE, TME/FAT e convênios regionais. PED – pesquisa de emprego e desemprego.
* ELABORAÇÃO: DIEESE
* NOTA: projetos populacionais baseados em dados censitários do IBGE (censo demográfico de 2000).

TABELA 02.

Período	Total	Homens	Mulheres
1998	18,2	16,1	21,1
1999	19,3	17,3	21,7
2000	17,6	15,0	20,9
2001	17,6	14,9	20,8
2002	19,0	16,4	22,2
2003	19,9	17,2	23,1
2004	18,7	16,3	21,5
janeiro/2005	16,7	14,5	19,3
fevereiro/2005	17,1	14,7	19,9
março/2005	17,3	14,9	20,1
abril/2005	17,5	14,9	20,6
maio/2005	17,5	14,7	20,8
junho/2005	17,5	14,7	20,9
julho/2005	17,5	14,9	20,5

*Tabela de Taxa de desemprego total, pesquisa realizada na região metropolitana de São Paulo.
* FONTE: Convênio DIEESE/SEADE, TME/FAT e convênios regionais. PED – pesquisa de emprego e desemprego.
* ELABORAÇÃO: DIEESE

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O mundo do trabalho, melhor dizendo, trabalho assalariado, está em contínua mudança devido, principalmente, às tecnologias de automação das fábricas. Tudo isso se reflete na vida do trabalhador assalariado, modificando suas condições de trabalho, emprego, duração da jornada de trabalho e no salário.

"Flexibilizar" se tornou palavra de ordem. Flexibilizam-se os direitos dos trabalhadores. Flexibiliza-se a jornada de trabalho. Tudo em busca da melhor produtividade, de um sistema mais eficaz de produção, de uma economia estável. Por outro lado, aumenta-se a desigualdade social, aumenta-se a taxa de desemprego. Esta é uma típica receita neoliberal[19].

Infelizmente, as tentativas de se aumentar a demanda de empregos por meio da flexibilização da jornada de trabalho, utilizando-se dos mecanismos de banco de horas e trabalho em tempo parcial, é ilusão. Nenhuma destas medidas é eficaz no combate ao desemprego e para a melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores assalariados. Muito pelo contrário, têm contribuído para a precarização do trabalho, fazem com que os trabalhadores trabalhem mais e recebam menos, contrariam as normas de saúde, higiene e segurança no trabalho.

BIBLIOGRAFIA:

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho:** reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**.** São Paulo: Boitempo, 2000.

ANDERSON, Perry. **Histórias e lições do neoliberalismo:** a construção de uma via única. *In:* HOUTART, François; POLET, François. **O outro Davos:** mundialização de resistência e de lutas. São Paulo: Cortez, 2002.

ANTUNES, Ricardo**. Adeus ao trabalho**. 2ªed. São Paulo: Cortez, 1995.

CALVETE, Cássio da Silva. **A redução da jornada de trabalho como solução do desemprego: o mito Sisífo ou Prometeu?** Retirado do site www.dieese.org.br, acesso no dia 19/09/2005.

CORIAT, Benjamin. **Pensar pelo avesso:** o modelo japonês de trabalho e organização. Trad. Emerson S. da Silva. Rio de janeiro: Revan/UFRJ, 1994

DAL ROSSO, Sadi. **A jornada de trabalho na sociedade.** São Paulo: Ltr, 1996.

DELGADO, Maurício G. **Jornada de trabalho e descansos trabalhistas.** 3ªed. São Paulo: Ltr, 2003.

DELGADO, Mauricio G. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: Ltr, 2002.

IANNI, Otávio. **Sociedade Global**. 5ªed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LESSA, Sérgio. **A ontologia de Lukács**. Maceió: 1996.

KOSIK, K. **Dialética do concreto.** Petrópolis: Vozes, 1987.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I, vol 1. Tradução de Reginaldo Sant'anna. - 16ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I, vol 2. Tradução de Reginaldo Sant'anna. - 17ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

MARX, Karl. **Manuscritos económico – filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1993.

MARX, Karl; Engels, Friedrich. **Obras escolhidas.** São Paulo: Editora Alfa-omega.

MARX, Karl. **Salário, preço e lucro.** São Paulo: Editora Moraes.

NASCIMENTO, Amauri M. **Iniciação ao direito do trabalho.** 29ª ed. rev. São Paulo: Ltr, 2003.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaro. **Flexibilização da jornada de trabalho**. São Paulo: Ltr, 2002.

OLIVEIRA, Fábio L. **Introdução elementar ao estudo do salário social no Brasil.** São Paulo: Ltr, 1974.

RIKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho**. São Paulo: Makron, 1995.

ROSDOLSKY, Roman. **Gênese e estrutura de O Capital de Karl Marx.** Tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SILVA, Givaldo Alves da. **Reestruturação produtiva e sindicalismo em empresas de telecomunicações**: o caso Sercomtel *S/A.* Dissertação de mestrado em Ciências Sociais, Marília: UNESP, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo [et ali]. **Instituições de direito do trabalho, Volume II.** 21º ed. atual. Por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: Ltr, 2003.

[19] ANDERSON, 2002, p. 21.

DIREITO DO TRABALHO E GLOBALIZAÇÃO: ANÁLISE DOS ASPECTOS DESCARACTERIZADORES DO PARADIGMA CLÁSSICO DO DIREITO LABORAL E SUAS RELAÇÕES

Flaviano Quaglioz*

RESUMO

O paradigma clássico de Direito do Trabalho adquiriu suas características estruturantes com esteio na relação salarial que se estabeleceu com o advento do pacto fordista, em que predominava a centralidade do emprego como principal fator de geração de riqueza. Hodiernamente, entretanto, fenômenos ocorridos mundialmente têm contribuído para descaracterizar este tradicional modelo juslaboral. A exteriorização de tais fenômenos pode ser mais nitidamente observada por meio de um complexo processo que ostenta dimensões não somente econômicas, mas também políticas, jurídicas, sociais, culturais e religiosas, muito embora à primeira seja atribuída maior ênfase: trata-se do processo que, dentre outros epítetos, tornou-se mais conhecido como Globalização. Por meio de seus diferentes aspectos – tais como a flexibilização trabalhista, o esbatimento do contrato de trabalho típico e a crise do emprego – o mundialismo econômico deu causa a diversos acontecimentos que, por sua vez, suscitaram espécies de atividades laborativas dissímeis e não incluídas na esfera de regulação do direito laboral clássico, consequentemente ocasionando uma inevitável perda de legitimidade deste modelo de regramento jurídico-social. Perante esta desestruturação do Direito do Trabalho paradigmático, torna-se necessário reiventar a ordem laboral com vistas a um porvir não necessariamente atro, porém tão brilhante quanto um notório pretérito de consolidação de conquistas sociais.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DO TRABALHO; GLOBALIZAÇÃO; RELAÇÃO SALARIAL FORDISTA

ABSTRACT

The classical paradigm of labor laws gained its structure based on the labor relation established with the advent of the Fordism, in which juridically regulated and protected jobs were the main factors that generated richness. Nowadays, however, a wide range of global phenomena have decharacterized this traditional standard of laws. These phenomena can be best observed by a complex process having not only economic, but also political, juridical, cultural, social and religious dimensions, although the first one is usually emphasized: that's the phenomenon best known as Globalization. Through its different features - such as the job crisis – economic globalization caused diverse

* Mestrando em Direito na Faculdade de Direito de Campos, área de concentração Relações Privadas e Constituição. Advogado.

happenings which generated different labor activities not included in the protection sphere of the classic labor laws, promoting their loss of effectiveness. Before this change, it is necessary to reinvent a new system of laws aiming at a future of bright social achievements.

KEYWORDS: LABOR LAWS; GLOBALIZATION; FORDIST LABOR RELATION.

1 Introdução

A conceitualização de realidades tais como o trabalho, as relações jurídico-laborais e o direito do trabalho, bem como a de outras que lhes são subjacentes – realidades políticas, econômicas e culturais – passa por um período de consideráveis transformações e crises operadas em nível global. Efetivamente, questões atinentes à produção, ao emprego e ao labor permeiam grande parte dos problemas que são registrados tanto nos países em desenvolvimento quanto naqueles que já atingiram um patamar mais elevado de evolução econômica e social.[1]

Estes acontecimentos nos permitem assistir a um verdadeiro questionamento do modelo clássico da normatividade trabalhista correspondente à relação salarial que se estabeleceu com o pacto fordista, em que predomina a centralidade do emprego, entendido, de modo geral, como a relação de trabalho subordinada e juridicamente regulada.

Diante desta conjuntura, este artigo tem por objetivo proceder a uma breve análise das principais formas pelas quais os fenômenos mundializantes vêm afetando as já citadas relações e normatividade laborais. Para entender este processo, será feito um estudo das características estruturais do tradicional modelo juslaboral que tem sido abalado pelas transformações ocorridas. Logo após, analisar-se-á, genericamente, em que consiste o fenômeno mais conhecido por *globalização* para que se proceda, em seguida, à investigação dos acontecimentos responsáveis pela descaracterização do direito laboral clássico e de suas relações. Por fim, são feitas algumas considerações acerca do futuro de ambos, com vistas à afirmação de uma nova ordem juslaboral não necessariamente pior do que a foi estabelecida com o paradigma tradicional.

[1] FERREIRA, António Casimiro. *Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais.* In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 257.

2 Características estruturais do direito do trabalho correspondente à relação salarial fordista.

Preliminarmente, mister se faz proceder ao estudo dos aspectos estruturantes do modelo clássico de direito do trabalho atinente estabelecido com base no pacto fordista. Para fazê-lo, ouçamos o que diz Casimiro Ferreira:

> Dentre os pressupostos ou características estruturais do direito do trabalho que correspondem à relação salarial fordista são de sublinhar três: o seu caráter colectivo, patente por exemplo na perda de centralidade do contrato individual de trabalho e na importância da negociação colectiva; a tendência para a uniformização dos estatutos sociais, isto é, para a uniformização da condição jurídica dos diferentes trabalhadores; a efectividade do emprego, patente no carácter garantístico da relação concreta entre um determinado trabalhador e uma determinada empresa, assegurando-se nomeadamente a promoção profissional e o condicionamento do despedimento. A relação de trabalho típica deste modelo de regulação social assenta ainda nos seguintes aspectos: na subordinação jurídica e no espaço da grande empresa como meio privilegiado onde se presta o trabalho subordinado; na duração indeterminada e garantia de subsistência do vínculo de trabalho; na unicidade do empregador prestando o trabalhador serviço a um único empregador; e na estabilidade temporal e remuneratória sendo o trabalho assalariado prestado a tempo inteiro, ou completo, obedecendo a uma duração temporal limitada, normalizada etc.[2]

É notória a dicotomia existente na classificação das relações de trabalho, dividindo-se estas em individuais e coletivas. As relações individuais se estabelecem no âmbito do contrato individual de trabalho, considerando, subjetivamente, o empregado e o empregador de forma singular, e, objetivamente, seus interesses individuais no decorrer do liame trabalhista que os envolve.

Nas relações coletivas, perde importância o indivíduo trabalhador, sendo realçado o grupo de trabalhadores concebido de maneira abstrata, isto é, não individualizada e indeterminada. Considera-se, então, no plano subjetivo, uma categoria profissional, como os ferroviários, os metalúrgicos etc; ou um grupo com dimensão menor, como os trabalhadores de uma empresa. De outro lado, temos a categoria econômica, constituída do grupo de empregadores.

[2] FERREIRA, António Casimiro, op. cit., p. 266.

É exatamente esta última modalidade de relação trabalhista (a coletiva) que, conforme o autor supra, desponta como parte integrante do modelo fordista. Afirma Amauri Mascaro Nascimento que "a razão de ser das relações coletivas está na necessidade de união dos trabalhadores para que possam defender, em conjunto, as suas reivindicações perante o poder econômico".[3] E a principal forma pela qual se exterioriza essa defesa reside na negociação coletiva.

Como desdobramento da negociação coletiva, surge uma tendência para a *uniformização das condições jurídicas* dos diferentes trabalhadores.[4] Sabe-se que as negociações coletivas possuem várias funções – jurídica, política, econômica e social – dentre as quais se destaca a função jurídica de normatização das relações individuais de trabalho. Por meio deste instrumento de regulação laboral, representantes de ambas as partes da relação de trabalho têm a oportunidade de estabelecer quais são seus direitos e deveres, incluindo neste pacto as diversas prerrogativas inerentes a um grupo específico de trabalhadores, de modo que a classe destinatária dos efeitos da negociação desfrutará uma base relativamente homogênea e equânime de vantagens, ainda que mínimas. Garante-se, também, que, em favor do trabalhador que ingressa em uma determinada categoria, será disponibilizado o mesmo padrão mínimo de direitos conferido aos outros.

Já no que diz respeito à *efetividade do emprego*, o principal instituto que veicula tal aspecto à relação trabalhista paradigmática (fordista) é o da *estabilidade*, por meio de que adquire o empregado a prerrogativa de permanecer no emprego, ainda que contra a vontade do empregador. Erige-se em direito ao emprego, direito de não ser despedido, a não ser quando houver justa causalidade.[5] Constitui a mais sólida garantia dada a um empregado, sendo indicativo de importante restrição à autonomia administrativa do empregador. Conforme Süssekind:

> A permanência no emprego contribui para a dignidade da pessoa humana; ela se incorpora à concepção nova, segundo a qual o trabalho não pode ser considerado como mercadoria; ela evita ao trabalhador o risco de se

[3] NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31º ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 547.
[4] JEAMMAUD, Antoine. "Direito do trabalho em transformação: tentativa de avaliação". In: JEAMMAUD, Antoine et al (Org.). *Trabalho, cidadania & magistratura*. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 2000, p. 1-30: "[...] esse direito do trabalho induz, se não uma igualdade dos trabalhadores, ao menos uma certa unidade da condição jurídica dos salariados, sem mencionarmos as regras impondo uma igualdade de tratamento entre diferentes categorias de trabalhadores no interior das empresas/fábricas ou proibindo certas discriminações".
[5] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 493.

> encontrar sem ocupação ou o de necessitar mudar de atividade ou de residência [...].[6]

A par do instituto da estabilidade, identifica-se o princípio da *força obrigatória dos contratos*, do qual decorre a imodificabilidade unilateral das condições de trabalho, representando garantia contra arbitrariedades do empregador e vedando a alteração bilateral que importe em prejuízos ao trabalhador.[7]

A respeito da *promoção profissional*, destaca-se o papel da formação técnico-profissional como direito do empregado. Questiona-se se é direito do empregado, como garantia de continuidade do vínculo contratual, ter a oportunidade de se requalificar por meio de cursos oferecidos ou subsidiados pelo empregador, para se adaptar às inovações organizacionais e funcionais. Pelo menos quanto ao modelo clássico trabalhista, a resposta é afirmativa, surgindo para o empresário a obrigação de promover a constante qualificação de seu empregado. Segundo Hugo Barreto Ghione:

> Ao admitir o empregado, a empresa certamente levou em consideração suas aptidões técnicas e na medida em que altera as condições "profissionais" criando outras exigências, ainda que involuntariamente ou premido pelas circunstâncias concorrenciais, é obrigado, com fundamento no sinalagma contratual, a dar oportunidade para aquisição de outras condições profissionais.[8]

Concluindo, a relação laborativa que se constituiu com o compromisso fordista tem como características mais importantes a negociação coletiva, a uniformização da condição jurídica dos diferentes trabalhadores e a efetividade do emprego, os quais constituem os pressupostos que estruturaram o direito do trabalho correspondente a essa relação.

3 Globalização

Detentor de uma pluralidade epitética – ostentando nomes como globalismo, mundialização, formação global, mundialismo etc – o fenômeno mais conhecido como *globalização* recebe inúmeras definições. Giddens afirma ser ela a "intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que

---

[6] SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*.17º ed., vol. I. São Paulo: LTr, 1997, p. 681.
[7] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit., p. 305.
[8] GHIONE, Hugo Barreto apud OLIVEIRA, Oris de *A formação técnico-profissional na relação de emprego no direito brasileiro*. Revista Ltr Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 68, abr., 2004, p. 400.

acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa".[9]

Anthony McGrew diz que a globalização compreende processos que atuam em escala global e "que atravessam fronteiras nacionais, integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado".[10] [11]

Por fim, Frédérique Sachwald diz:

> la mondialisation represente aussi une évolution qualitative fondamentale pour les entreprises multinationales. Elle signifie tout d'abord l'extension du champ des marchés et de la concurrence à l'échelle du monde…Corrélativement, l'augmentation des échanges et la multipolarisation ont entraîné un accroissement du degré de concurence sur de nombreux marchés. Le renforcement de la concurrence est une des conséquences majeures de la mondialisation; les entreprises de chaque pays sont desormais beaucoup plus face à de nombreux concurrents d'origine nationale diverse [...].[12]

Em verdade, alerta-nos Boaventura de Sousa Santos para a inadequação de explicações unicausalistas e interpretações monolíticas de um fenômeno que possui dimensões não somente econômicas, mas também sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas, todas articuladas de maneira complexa.[13] Dando ênfase à face econômica do fenômeno, porém, existem os que defendem ser o globalismo a intensificação de uma tendência, sem, por este motivo, significar uma ruptura com processos anteriores. O capitalismo sempre demonstrou um pendor à sua própria difusão, tendo como consectário o fato de se irradiar para nações distintas dos centros de hegemonia

---

[9] GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 69.
[10] MCGREW, Anthony. "A global society?". In: HALL, Stuart et. al. (Org.). *Modernity and its futures*. Cambridge: Polity Press/Open University Press, 1922, p. 61-116 apud HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 6º ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 67.
[11] FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 133-134 apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Globalização e Direito do Trabalho*. Revista TST, Brasília, vol. 65, n. 1, out/dez. 1999, p. 214.
[12] SACHWALD, Frédérique. *Les défis de la mondialisation: innovation et concurrence*. Paris: Masson, 1994, p. 25 apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da, op. cit. p. 215.
[13] SANTOS, Boaventura de Sousa. "Os Processos da Globalização". In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). A *Globalização e as ciências sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 26.

econômica. Assim, a globalização seria o aprofundamento ou a ampliação dessa tendência originária do sistema capitalista.[14]

Podem ser enumerados alguns *pressupostos* e *requisitos* que tornaram viáveis a realização do globalismo. Os pressupostos dizem respeito às transformações na estrutura e na dinâmica do sistema capitalista, enquanto os requisitos têm a ver com fatores superestruturais e político-culturais, de caráter circunstancial, que proporcionaram um incremento na tendência generalizante do próprio capitalismo, contribuindo para que o fenômeno mundializante adquirisse sua conformação nos moldes em que se apresenta atualmente.[15]

Os pressupostos do mundialismo são os seguintes: generalização do capitalismo; revolução tecnológica; e hegemonia do capital financeiro. Para o primeiro contribuiu significativamente a decadência do comunismo soviético. Como conseqüência do colapso comunista, os países integrantes do denominado "bloco soviético" – como Rússia, Polônia, Hungria, Ucrânia e outros – passaram a aderir ao sistema econômico e político ocidental.[16] Ademais disso, observou-se forte estreitamento de vínculos entre países integrantes do sistema capitalista, resultando na formação de blocos econômicos, tais como NAFTA e Mercosul.

Outro pressuposto viabilizador deste processo reside no desenvolvimento tecnológico que se operou nos últimos anos. O avanço do aparato tecnológico voltado, principalmente, à telecomunicação permite que sejam feitas análises e operações econômicas imediatas por agentes distribuídos em várias partes do globo.[17]

O terceiro e último pressuposto traduz-se na hegemonia do capital financeiro-especulativo sobre os outros segmentos do sistema, como o negócio de mercadorias. O fluxo de ações, divisas e moedas que é transacionado diariamente excede em muito o mercado de produtos e serviços. É o que denotam as seguintes palavras:

> Para dar somente um exemplo, durante um dia em Londres, é negociado um montante de divisas correspondente ao PIB mexicano de um ano inteiro. Em

[14] DELGADO, Maurício Godinho. *Globalização e Hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo.* Revista Ltr Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 69, maio, 2005, p. 539.
[15] Id. Ibid., p. 540.
[16] GIDDENS, Anthony, op. cit., p. 63.
[17] DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 540-541.

> um dia e meio, os traficantes de divisas vendem e compram o equivalente ao PIB anual do Brasil.[18]

Ao lado dos pressupostos da globalização, há os *requisitos* do fenômeno mundializante, que são quatro. O primeiro deles se identifica com a abrangência de um pensamento econômico dotado de hegemonia e uniformidade, qual seja, o *neoliberalismo*, ou *liberalismo readequado*. Em linhas gerais, este ideal econômico se contrapõe ao pensamento anterior inerente ao paradigma estatal predominante no ocidente, o *Welfare State*, e sustenta que a economia privada deve se sobrepor à atuação do Estado e às políticas e normatividade públicas, defendendo o primado do mercado econômico na estrutura social.[19]

O segundo requisito de realização da globalização se refere à *hegemonia de lideranças políticas neoliberais*. Verifica-se que, durante aproximadamente uma década e meia (do final da década de 1970 até o início da década de 1990), predominaram, nas nações mais influentes do mundo, correntes político-partidárias de perfil nitidamente neoliberal, destacando-se os governos de Margaret Thatcher na Inglaterra, Ronald Reagan nos EUA e Helmut Khol na Alemanha.

Como terceiro requisito de viabilidade da mundialização, aponta-se a *absência de uma eficaz política antitética* ao sistema capitalista, que pôde ser observada tanto no âmbito externo às nações ocidentais quanto no plano interno das mesmas sociedades capitalistas.[20] A ausência de um contraponto externo ao capitalismo foi ocasionada, principalmente, pela falência do bloco soviético. O seu desaparecimento fez florescer um terreno fértil e propício à nova ideologia liberal – caracterizada por políticas destituídas de preocupação social, próprias do Estado de Bem Estar – uma vez que, se implementadas durante o período em que o socialismo esteve em pleno vigor, estratégias políticas desse caráter – sem forte contraprestação social – poderiam pôr em risco o próprio sistema capitalista.

No interior das nações capitalistas, foram três os processos responsáveis pela debilitação do contraponto ao domínio da ideologia neoliberal: retração do movimento sindical, que teve início com a crise dos anos de 1970 em alguns países europeus, e para

---

[18] THERBORN, Goran. "A crise e o futuro do capitalismo". In: SADER, Emir e GENTILI, Pablo. *Pós-Neoliberalismo – As políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 44-45 apud DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 541.
[19] Id. Ibid., p. 543.
[20] Id. Ibid., p. 544.

o qual contribuíram o aumento do desemprego e a rígida postura de lideranças políticas às reivindicações sociais dos trabalhadores; a perda de consistência dos projetos políticos democráticos-populares europeus no último quartel do século XX, de que são exemplos a flexibilização trabalhista e a adoção de uma austeridade monetária pelos governos em detrimento de medidas de cunho social; e a relativa destruição do pensamento crítico à hegemonia capitalista que, num plano ético-social, consistiu no império do mercado econômico-financeiro sobre o primado do trabalho regulado e protegido, isto é, o emprego.[21]

Por derradeiro, tem-se como quarto requisito de viabilidade da mundialização o que se pode nominar *adequação acrítica do neoliberalismo*, que, especificamente na América Latina, consistiu no fim da reserva de mercado, na acentuada redução do estado na economia, na desregulamentação trabalhista, além de outras medidas político-econômicas que padeceram de avaliação crítica razoável.

4 Análise dos aspectos de descaracterização do paradigma clássico de direito do trabalho e das relações laborais

O impacto da globalização no direito do trabalho e nas relações que lhe são inerentes ressoa de maneira plural. Em virtude dessa diversidade de resultados, o processo de transformação do paradigma clássico de direito do trabalho e da relação salarial fordista pode ser vislumbrado mediante diferentes aspectos.

Um primeiro aspecto da influência da globalização sobre as relações laborativas diz respeito à *crise do emprego*, que ocorre mediante dois fenômenos sintomáticos distintos: a exclusão; e, como seu desdobramento, a inclusão indevida e/ou ilegal.

Relativamente ao primeiro, o paradigma social que se instaurou nos países ocidentais após a revolução industrial clássica, período em que o pleno emprego era o objetivo almejado pelo Estado-Providência, encontra-se desestruturado. Hoje, testemunha-se o surgimento de uma sociedade que dicotomiza sua força produtiva entre aqueles que detêm um trabalho assalariado e os que se encontram fora da esfera empregatícia, ainda que apenas parcialmente.[22]

---

[21] Id. Ibid., p. 546.

[22] FERREIRA, António Casimiro, op. cit., p. 269-271: Vejam-se alguns dados. Segundo informações da OIT, em 1997 aproximadamente 900 milhões de pessoas estavam sem emprego ou exercendo

Além de um quadro de exclusão global, fenômeno paralelo à ausência de empregos é o fato de que o ingresso no mundo do trabalho se processa com inobservância de padrões mínimos estabelecidos pelas normas de direito do trabalho, caracterizando a citada inclusão ilegal/indevida. Uma demonstração dessa ocorrência é fornecida pelos dados referentes ao trabalho infantil:

> De acordo com estimativas da OIT, calcula-se que no início da década de oitenta 80 milhões de crianças trabalhariam em todo o mundo. Estimativas mais recentes apontam para valores situados entre os 200 e os 400 milhões de crianças trabalhadoras, o que significa em aumento brutal do trabalho infantil.[23]

Tem-se, portanto, que a *crise do emprego* caracteriza-se por uma fusão de subemprego, trabalho aviltante e desemprego que assinala um intumescente número de vidas. Esta crise evidencia um consectário digno de citação: trata-se do desbaratamento da função tutelar ou protetiva do direito do trabalho. Ora, um dos objetivos deste direito é escudar a parte débil contra a absorção pelo poder econômico. Esta proteção, contudo, só se efetiva caso seja possível ao trabalhador disponibilizar o seu trabalho no mercado. "Nestes termos, quanto menor for a capacidade da oferta de trabalho, menor será a efectividade do direito do trabalho e mais fraca será a condição cidadã do trabalhador".[24] A inefetividade das normas laborais gera o que se pode denominar *insegurança no emprego*.[25] [26]

O segundo aspecto resultante da globalização que contribui para descaracterizar o direito laboral clássico e as relações trabalhistas paradigmáticas deriva mais diretamente dessa crise do emprego. Os Estados, em virtude da crise, empreenderam um movimento legiferante rumo à concepção de dispositivos que

---

subempregos.[22] Um ano depois, esse número atingiu algo em torno de 1 bilhão de trabalhadores, o que, à época, representava um terço da força de trabalho.[22] Em dados percentuais, há registros de que a taxa de desemprego na União Européia, no ano de 2000, atingiu cerca de 8.6% da população. Nos Estados Unidos, no mesmo ano, essa taxa chegou a 4.2%, enquanto que no Japão o percentual foi de 4.8%

[23] FERREIRA, António Casimiro, op. cit., p. 269.

[24] Id. Ibid., p. 272.

[25] Id. Ibid., loc. cit.: "No quadro da nossa argumentação e, para além do risco de naturalização do desemprego, gostaríamos de sublinhar o que nos parece ser a principal conseqüência desse fenômeno [o desemprego] para o modelo clássico do direito do trabalho, 'a da insegurança no emprego'".

[26] Acrescenta GIDDENS, Anthony, *Sociologia*. 4ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 334: "Embora novos métodos de trabalho representem oportunidades instigantes para muitas pessoas, eles também podem gerar uma profunda ambivalência para outras, que se sentem presas em um mundo em descontrole [...]. Mudanças aceleradas podem ser desestabilizantes; trabalhadores em diversos tipos de ocupações sofrem agora com a **insegurança no emprego**, uma sensação de apreensão quanto à segurança futura de seu cargo e também de seu papel dentro do ambiente de trabalho".

conceberam uma *política pública de emprego*, consubstanciada na diminuição dos custos da mão-de-obra, da abertura de postos de trabalho acessíveis aos jovens e da subvenção da contratação de pessoal através da redução de encargos trabalhistas.[27]

O terceiro aspecto desarticulador originou o que se denominaria um *direito do emprego*, que é corolário da profusão de leis, descritas acima, cujo conteúdo está adstrito a remediar a desocupação. O trecho a seguir é suficiente para ilustrar o que se quer explicar:

> De fato, esse período [que coincide com o momento da adoção da mencionada *política pública de emprego*] presenciou o crescimento de um corpo de disposições que delimitam a *periferia das relações de trabalho* ao tratar da formação e da colocação de pessoas procurando um emprego, mas também ao rearranjar subvenções públicas para contratar (regime de "contratos subvencionados"), ao rearranjar uma passagem a situações de inatividade ou atividade reduzida para os salariados, ou ao tentar encorajar a criação de empresas ou atividades.[28]

Como quarto aspecto descaracterizador do direito do trabalho clássico e da relação salarial típica do fordismo surge o *arrefecimento do espectro coletivo das relações laborais*.[29] Com efeito, tais relações vêm sofrendo uma constante diminuição em seu padrão coletivo, que pode ser atribuída, dentre outras causas, a modificações introduzidas nos modelos produtivos. Fala-se, especificamente, do trânsito de um paradigma de produção em massa, ou fordista, para o modelo pós-fordista, da produção ou especialização flexível. Um dos efeitos dessa transição sobre as relações laborais diz respeito às mudanças nas políticas de gerenciamento de recursos humanos das empresas, que passaram a privilegiar práticas individualistas e programas de cunho meritocrático, cujas recompensas têm por base indicadores de produtividade e assiduidade, destruindo o referencial coletivo dos trabalhadores. Outro efeito é a crise do movimento sindical, patente na diminuição dos quadros de sindicalização e na redução do índice de conflitualidade coletiva, cujo maior exemplo são as greves. [30]

O quinto aspecto hasteado como desestruturador da fórmula tradicional em que se enquadram o direito e a relação de trabalho é identificado, por Antônio Casimiro Ferreira, como o *esbatimento do contrato de trabalho típico*. Contrato de trabalho típico

[27] JEAMMAUD, Antoine, op. cit., p. 13.
[28] Id. Ibid., p. 16.
[29] FERREIRA, António Casimiro, op. cit., p. 273.
[30] Id. Ibid., p. 274 - 276.

é aquele que tem como características a indeterminação do prazo de duração e a proteção contra dispensa injustificada e arbitrária, e cuja inobservância destes limites gera sanções onerosas.[31] Contudo, os mercados globalizados apresentam-se sobremaneira competitivos e, para que se estabeleça uma congruência entre as exigências da produção e a quantidade de mão-de-obra disponível, é preciso recorrer a formas anômalas de contratos individuais.[32]

A anormalidade contratual decorre da transformação das típicas categorias legais típicas de tempo e de espaço de trabalho. O surgimento de novos institutos – tais como trabalho temporário, trabalho à chamada, emprego partilhado etc – e sua célere profusão vêm questionar a clássica normatização da jornada de trabalho.

Vários países, objetivando a criação de mais empregos, lançaram mão do encolhimento da jornada de trabalho, em conjunto com a proporcional diminuição salarial, de que é um bom exemplo a França, cuja Lei n. 2.000/37, no artigo 1º dispôs: "dans les établissements ou professions mentionnés à l'article L. 200-1, ainsi que dans les établissements artisanaux et coopératifs et leurs dépendances, *la durée légale du travail effectif des salariés est fixée à trente-cinq heures par semaine*"[33]. O Brasil também instituiu o trabalho a tempo parcial (artigo 58-A, CLT), que possui horário semanal não excedente a 25 horas, dando permissão a que os empregados que laborassem por período igual ou inferior ao mencionado percebessem salário proporcionalmente abaixo do mínimo legal.

Quanto à tradicional concepção legal de espaço de trabalho, cujas modificações têm colaborado com o desenvolvimento da atipicidade do contrato individual de trabalho, é, mais uma vez, Casimiro Ferreira que oferece a explicação:

> A opacidade do empregador real [...], entendida no sentido de dissimulação ou camuflagem da entidade empregadora [...], corresponde por sua vez a uma lógica de erosão das características típicas do espaço tradicional da empresa, como sucede na subcontratação, na prestação de serviços, nas empresas de trabalho temporário. Os novos sistemas de *puting out*, isto é, a difusão do trabalho feito à peça, trabalho no domicílio, teletrabalho, esbatem

[31] MAGANO, Octavio Bueno. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano X, nº 116, fev. 1999, p. 5-12.
[32] FERREIRA, Antônio Casimiro, op. cit., p. 277.
[33] Disponível em: http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=MESX9900090L. Acesso em: 13 de Abril de 2007. Grifo nosso.

> ainda mais a distinção entre o espaço doméstico e o espaço da produção que desde o começo caracterizou o modo de produção capitalista[...].[34]

Vê-se, portanto, que as transformações ocorridas nas tradicionais modalidades de tempo e espaço de trabalho – concebidas em uma época em que as relações trabalhistas eram desenvolvidas nas indústrias – ensejam o esbatimento do contrato de trabalho típico, que se constitui como o quinto aspecto descaracterizador do paradigma fordista de direito e relação laborais, impulsionado pelos fenômenos globalizantes da economia.

O sexto aspecto descaracterizador do direito laboral clássico e de suas relações será analisado seperadamente, no tópico seguinte.

5 Flexibilização do Direito Laboral

Como sexto e último aspecto que contribui para a decomposição do direito laboral paradigmático e da relação de trabalho endêmica ao compromisso fordista sobressai fenômeno que, nos últimos tempos, tem sido colocado sob intenso debate: *a flexibilização trabalhista*. Zoraide Amaral a define como "processo de ajustamento do direito do trabalho às atuais realidades da sociedade pós-industrial". [35] Para Rapport Dahrendorf, "é a capacidade dos indivíduos na economia e em particular no mercado de trabalho de renunciar a seus costumes e adaptar-se às novas circunstâncias".[36]

Outra definição é dada por Luiz Carlos Amorim Robortella:

> Definimos a flexibilização do direito do trabalho como o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para a eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social.[37]

Em verdade, o Direito do Trabalho clássico é dotado de rigidez e generalidade.[38], consistindo aquela no fato de ser ele aplicável a pessoas que se

[34] FERREIRA, Antônio Casimiro, op. cit., p. 278.
[35] SOUZA, Zoraide Amaral de, op. cit., p.57.
[36] DAHRENDORF, Rapport apud BARROS JR., Cássio Mesquita. *Flexibilização no Direito do Trabalho*. Trabalho e Processo, Rio de Janeiro, nº 2, p. 44, set. 1994.
[37] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994 apud CARVALHO, José Otávio Patrício. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 12, nº 135, set. 2000, p. 12-18.
[38] MAGANO, Octavio Bueno. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. Síntese Trabalhista,Porto Alegre, Ano X, nº 116, fev. 1999, p. 5.

encontram em uma mesma condição social, qual seja, a de trabalhador ou operário. A rigidez se explica pela constatação de que o trabalhador subordinado representa o lado mais tênue do liame contratual, sendo hipossuficiente e carecedor de tutela estatal, o que se faz com a imposição de normas imperativas, rígidas e inderrogáveis por decisão das partes contratantes.

A segunda metade do século XX, sobretudo a partir da década de 1970 – fase em que a crise do petróleo ocasionou o declínio da atividade econômica na maioria dos países desenvolvidos e teve reflexo direto no mercado de trabalho – testemunhou acontecimentos que privaram o direito laboral clássico dessas duas características, principalmente no que respeita à sua rigidez, colaborando para flexibilizá-lo. Um fator que concorreu despojá-lo de sua hirteza e generalidade tornou-se conhecido pelos cognomes *terceira revolução industrial* ou *revolução tecnológica*, que remonta a uma série de inovações e aperfeiçoamentos na área da robótica, telecomunicação, microinformática e microeletrônica que vêm causando bruscas transformações nos processos de produção das empresas e indústrias, bem como abalando o processo de realização do trabalho e gerando desemprego. Nos países membros da Comunidade Econômica Européia, por exemplo, de 1973 a 1980, a taxa de desemprego dobrou.[39]

Um segundo fator que pode se arvorar em causa da mitigação do rigor da normatividade laboral, e ocasionar sua conseqüente flexibilidade, está associado à *reestruturação empresarial*.[40] Decorre da inserção, na estrutura das empresas, de conquistas proporcionadas pela revolução tecnológica que modificaram a organização do processo de trabalho, apresentando várias vertentes, tais como *redução de cargos e funções*, que, além de advir do encolhimento no número de postos de trabalhos gerado pelos aperfeiçoamentos tecnológicos, ganhou consistência na concepção gerencial de trabalhador flexível e multifuncional, a qual preconiza a atribuição de tarefas laborativas, antes desempenhadas por várias pessoas, a somente um obreiro.

O terceiro fator que veio a influir na alteração das normas trabalhistas, no sentido de abrandar sua hispidez, se identifica com a *acentuação da concorrência capitalista*. corre, especialmente, em virtude da inclusão das economias nacionais no

[39] ROMITA, Arion Sayão. *A Globalização da Economia e o Poder dos Sindicatos*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano X, nº 124, out. 1999, p. 14.
[40] DELGADO, Maurício Godinho, op. cit., p. 220.

panorama internacional, e produz o efeito de perturbar o desempenho das empresas e indústrias, submetidas a uma competitividade predatória[41].

Esses fatores conjugados – embora, frise-se, não sejam os únicos – cooperaram com o crepúsculo do primado do emprego, dando ensejo à retração do número de postos de trabalho assalariado. Para reduzir o desemprego e de evitar maiores dispensas, os interlocutores sociais decidiram entrar em acordo sobre um pacote de medidas corporificadas na redução do horário de trabalho, diminuição de salários, contratação a tempo parcial, eliminação ou abrandamento da estabilidade. Atenuou-se, com tais iniciativas, a rigidez das normas trabalhistas, assim como sua generalidade ficou prejudicada, já que surgiram novos tipos contratuais juslaborais não enquadráveis nos antigos arquétipos positivados pela legislação tradicional.

Por causa da diversidade de medidas adotadas com o intuito de mitigar as conseqüências das transformações operadas no cenário econômico mundial, fala-se, atualmente, em modalidades de flexibilização. Antoine Jeammaud, dissertando sobre a experiência vivida pela França, aduz que, neste país, os casos típicos de flexibilização se resumiam em um conjunto de reivindicações do meio patronal identificáveis com a tentativa de se modificar as condições legais ou convencionais de utilização da mão-de-obra.[42]

Considerando a experiência brasileira, podem ser mencionados alguns institutos recém introduzidos no ordenamento pátrio que contribuíram com o desgaste da hirteza das normas trabalhistas. Um desses casos típicos reflete-se na flexibilização da jornada de trabalho. A primeira alteração se deu com a lei 9.601/98, que instituiu o contrato por prazo determinado e possibilitou a criação do banco de horas. “O objetivo do legislador foi facilitar [...] a utilização da força de trabalho permanente [...] sem pagamento dos acréscimos devidos por horas extras, compensando os excedentes de determinados períodos com a redução de serviços em outros”.[43]

Outra modificação da jornada ocorreu, também, com a instituição, pela Medida Provisória 1.709/98, do contrato a tempo parcial, a que já nos referimos anteriormente.

---

[41]Id. Ibid., p. 230.
[42] JEAMMAUD, Antoine, op. cit., p. 17.
[43] PINTO, Almir Pazzianoto. *Flexibilização da Jornada*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano X, nº 121, jul. 1999, p. 5.

Uma terceira modalidade de flexibilização refere-se à permissão de redução do salário por meio de acordo ou convenção coletiva, conforme dispõe o artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal. A subcontratação, mais conhecida como *terceirização*, é, conforme Bueno Magano, também um caso típico de flexibilidade das normas trabalhistas. Consiste em um processo pelo qual as atividades empresariais são descentralizadas para que sejam executadas por outros prestadores de serviços e não mais por uma única instituição.[44]

Portanto, a flexibilização das normas laborais em conjunto com os outros aspectos estudados – a crise do emprego, o arrefecimento do espectro coletivo das relações laborais, as políticas públicas de emprego, o esbatimento do contrato de trabalho típico e a afirmação de um direito do emprego – constituem os elementos de ruptura do direito do trabalho clássico e das relações laborais assentadas sobre o pacto fordista.

6 Conclusão: concepções propositivas sobre o futuro do direito do trabalho

As bases que deram azo ao surgimento do paradigma clássico de regulação social moderno foram construídas a partir da ocorrência de uma revolução operada nos meios de produção, que contribuiu para o aparecimento do trabalho assalariado e a passagem de uma sociedade agrícola para outra preponderantemente industrial. As normas que caracterizavam este complexo jurídico trabalhista tinham como finalidade dispensar proteção ao trabalhador que participava de um vínculo contratual de caráter oneroso, subordinado, pessoal e contínuo, isto é, o empregado.

Ocorre que, mudanças econômicas, políticas e sociais operadas em nível mundial ocasionaram uma drástica diminuição no número de pessoas que dispunham dessa particular modalidade de trabalho, ao mesmo tempo em que fizeram pulular relações jurídicas laborais dissímeis. Estas permaneceram no lado externo da esfera protetiva do arcabouço jurídico-laboral e, por isso, tornaram-se responsáveis pelo desencadeamento de um processo de descaracterização do direito trabalhista, cujos diferentes aspectos colocaram em causa o grau de efetividade desta estrutura legislativa. Constatou-se, então, que o tradicional direito do trabalho perdeu legitimidade, vez que

[44] NASCIMENTO, Amauri Mascaro, op. cit. p. 264.

seu objeto de regulação resultou diminuto, a ponto de fazer com que suas normas tutelassem apenas uma pequena parcela dos que integravam o mercado de trabalho.

Desse modo, perante a consignação de que, contemporaneamente, encontra-se o direito do trabalho com um reduzido grau de efetividade normativa em razão das transformações impulsionadas pela marcha globalizante da economia, cabe uma indagação: legitimar-se-ia a concepção de que o trânsito fatal a um novel sistema juslaboral incluiria a infausta realidade caracterizada por menos e inferiores direitos?

O mestre Casimiro Ferreira responde negativamente ao oferecer algumas opções estratégicas que serviriam a uma ação transformadora do direito e das relações laborais conducente a uma nova ordem social equilibrada e não necessariamente pior do que aquela que foi instituída com o compromisso fordista.[45] A primeira opção diz respeito ao estabelecimento de um padrão mínimo de direitos, consistentes na eliminação do trabalho infantil, na extinção da discriminação de qualquer trabalho ou ocupação, na abolição do trabalho forçado e no efetivo reconhecimento da liberdade sindical e do direito de negociação.[46]

A segunda opção radica na necessidade que se tem de assegurar um democrático diálogo social por meio da participação e representação dos trabalhadores, reconstruindo-se o movimento sindical.[47] Acrescenta Boaventura de Sousa Santos que:

> É necessário reconstruir as políticas de antagonismo social de modo a conferir ao sindicalismo um novo papel na sociedade, um sindicalismo mais político, menos sectorial e mais solidário, um sindicalismo de mensagem integrada e alternativa civilizacional, onde tudo liga com tudo: trabalho e meio ambiente; trabalho e sistema educativo; trabalho e feminismo; trabalho e necessidades sociais e culturais de ordem colectiva; trabalho e Estado-Providência; trabalho e terceira idade; etc. Em suma, a acção reivindicativa não pode deixar de fora nada do que afecte a vida dos trabalhadores e dos cidadãos em geral.[48]

Por fim, impera a concepção de que os direitos do trabalho devem suplantar a esfera da legalidade jurídico-trabalhista e ser estendidos a todos os trabalhadores, não importando se laboram na ala estruturada da economia ou em seu lado informal, se são

[45] FERREIRA, António Casimiro, op. cit., p. 289.
[46] Id. Ibid. loc. cit.
[47] Id. Ibid., p. 291-292.
[48] SANTOS, Boaventura de Sousa apud Id. Ibid., p. 291.

autônomos, domiciliários etc. Para que se produza justiça social, toda a universalidade laborativa tem de estar coberta de proteção e direitos.

Destarte, no que toca à ordem juslaboral e suas relações, não se deve permitir que o presente consiga turvar a vista a tal ponto que conduza à dedução de que o porvir tem, necessariamente, de apresentar um horizonte mais atro do que um pretérito de consolidação de conquistas sociais. Em vias de conclusão, exprimindo o sentimento de confiança na afirmação de uma ordem trabalhista melhor do que aquela que foi estabelecida no âmbito do compromisso fordista, reiteram-se as palavras de Casimiro Ferreira ao asseverar que "o nosso entendimento é que devemos estar disponíveis para empreender o esforço de reinventar e reconstruir os modelos de relações laborais e de direito do trabalho".[49]

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. *O Sindicato em um Mudo Globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.

BARROS JR., Cássio Mesquita. *Flexibilização no Direito do Trabalho*. Revista Jurídica Trimestral Trabalho e Processo, Rio de Janeiro, nº 2, set. 1994, p. 42-54.

CARVALHO, José Otávio Patrício. *Flexibilização e Alternativas Salariais*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 12, nº 135, set. 2000, p. 12-18.

DELGADO, Maurício Godinho. *Globalização e Hegemonia: cenários para a desconstrução do primado do trabalho e do emprego no capitalismo contemporâneo*. Revista Ltr Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 69, maio, 2005, p. 539-548.

_____ *O fim do trabalho e do emprego no capitalismo atual: realidade ou mito?* Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, Ano 31, nº 120, out./dez. 2005, p.213-244.

FERREIRA, António Casimiro. *Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re) pensar o direito das relações laborais*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2002.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Globalização e Direito do Trabalho*. Revista TST, Brasília, vol. 65, n. 1, out/dez., 1999, p. 210-222.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

_____ *Sociologia*. 4ª ed., Porto Alegre: Artmed, 2005.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 6º ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

[49] Id. Ibid., p. 287.

JEAMMAUD, Antoine. “Direito do trabalho em transformação: tentativa de avaliação”. In: JEAMMAUD, Antoine et. alli (Org.). *Trabalho, cidadania & magistratura*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2000, p. 1-30.

MAGANO, Octavio Bueno. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano X, nº 116, fev. 1999, p. 5-12.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 31º ed. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA, Oris de. *A formação técnico-profissional na relação de emprego no direito brasileiro*. Revista Ltr Legislação do Trabalho, São Paulo, ano 68, abr., 2004, p. 396-404.

PINTO, Almir Pazzianoto. *Flexibilização da Jornada*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano X, nº 121, jul. 1999, p. 5-7.

ROMITA, Arion Sayão. *A Globalização da Economia e o Poder dos Sindicatos*. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, Ano X, nº 124, out. 1999, p. 5-17.

SANTOS, Boaventura de Sousa. “Os Processos da Globalização”. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 2002.

SOUZA, Zoraide Amaral de. “Os Impactos da Internet nas Relações de Trabalho”. In: SILVA JUNIOR, Roberto Roland Rodrigues (Coord.). *Internet e Direito – Reflexões Doutrinárias*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*.17º ed., vol. I. São Paulo: LTr, 1997.

A FLEXIBILIZAÇÃO, A NEGOCIAÇÃO E O CONTRATO DE TRABALHO.

José Antônio Alves Neto*

RESUMO

O trabalho em questão pretende analisar a flexibilização da legislação trabalhista analisando os avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988. O presente estudo abordará a negociação trabalhista no país e os entraves causados pela manutenção tanto da Unicidade sindical quanto do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Discutir-se-á a flexibilização da legislação e sua aplicabilidade nas relações de trabalho tendo como pano de fundo a globalização, os avanços tecnológicos e a volatilidade do capital. Neste contexto que a negociação coletiva será inserida como alternativa plausível propondo-se uma redução da intervenção estatal nas relações de emprego e permitindo aos atores sociais envolvidos na solução dos conflitos decorrentes da relação capital x trabalho a possibilidade de dirimi-los através da conjunção de alguns fatores preponderantes como maior liberdade e pluralidade sindical. A pluralidade sindical alteraria o modelo sindical vigente comprometendo empregados e empregadores, tornando-os efetivamente personagens do processo de negociação coletiva e não meros espectadores, além de sugerir uma ativa e constante participação no processo de construção das relações laborais que, por sua vez, passa a ter um processo de construção muito mais efetivo e permanente. A extinção do modelo de unicidade teria como principais conseqüências o fim das tentativas de negociação simuladas voltadas apenas a atender a determinação da lei para viabilizar o ajuizamento de dissídios coletivos, o término da instituição de contribuições compulsórias através de assembléias que criam associados sem qualquer identificação com o sindicato e a solidificação, em médio prazo, de sindicatos efetivamente representativos. Outro ponto defendido pelo presente trabalho será a relativização ou extinção do Poder Normativo da Justiça do Trabalho visando a flexibilização da Justiça do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: FLEXIBILIZAÇÃO, NEGOCIAÇÃO, DESREGULAMENTAÇÃO, CONTRATO DE TRABALHO, DIREITO DO TRABALHO

ABSTRACT

This handwork intends to analize the flexibilization of the brazillian legislation taking into account the new trends comming from 1988 Federal Constitution. It will also take into account the working negotiation in the country and the obstacles caused by the

* Advogado, Professor do Instituto Mendes de Almeida, Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Campos e Pós-Graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Veiga de Almeida.

maintenance of the workers union unicity as the normative power of the working justice. It will discuss the flexibilization of the legislation and its usability in the working relationships having as background the globalization, the technological advances and the volatilicity of the capital. Inside this context, the coletive negotiation will be inserted as an plausible alternative, proposing a redution of the stateowned in the employment relationships questions and allowing the social players, involved on the conflict solutions comming from the labor x capital relationship, to fix them through the conjunction of some mainstream factors such as an labor union higher freedom and plurality. The labor union plurality would change the today labor union model compromising employees and employers, turning them into players of the coletive negotiation process, and not only viewers, besides of suggesting an active and constant participation in the process of building labor relationships that, by this own way, become to have a process of labor building much more efective and permanent. The extinction of the unicity model would have as main consequences the end of the simulated negotiations targeted only to attend the law determination to make viable the coletive agreements, the end of the compulsory contribution through assemblies which make union members without any identification to the union and the solidification, at short period, of truly representative labor unions. Another point concerned by the present handwork will be the relativization or extinction of the labor justice normative power targeting the flexibilization of the labor justice.

KEYWORDS: FLEXIBILIZATION, NEGOTIATION, DESREGULATION, LABOR CONTRACT, LABOR LAW.

1. INTRODUÇÃO

1.1. A evolução histórica

Após a fixação do homem a terra através da agricultura e da domesticação dos animais adveio à escravidão, primeira forma exploração do trabalho humano pelo homem. O escravo tornou-se um produtor de alimentos. Como forma de remuneração por seu trabalho o escravo recebia alimento. Segundo Manoel Alonso Odília[1]:

> "O mundo antigo teve na escravidão uma instituição universal. A transição da escravidão para o modelo da servidão foi um processo lento. As diferenças entre escravo e servo são sutis e demandaram um certo tempo para se afirmarem. Os servos não eram livres, recebiam proteção militar e política do dono das terras, o senhor feudal. Serviam como camponeses que trabalhavam a terra, entregando ao senhor feudal parte de sua produção como contraprestação pelo uso das terras e pela proteção recebida".

[1] OLEA, apud FERRARI, 1988, p. 32.

Da servidão o trabalho evoluiu para o colunato, dando origem ao arrendamento rural, onde o trabalho deixa de ser servil. Neste momento histórico surge as "villas" que segundo Irany FERRARI[2] seriam

> "unidades de população campesina semilivre, autônomas frente às cidades, e os grandes colonatos, ambos processos que ruralizaram o Baixo império, favorecidos pela fuga de incremento da pressão fiscal nos municípios urbanos, incluídos os primeiros domínios territoriais constituídos em seu seio pelos invasores germânicos, ou povoados por estes, antecipam o tipo de relação que seria característica da época medieval (nesta, após as grandes invasões, os traços do domínio romano aparecem reproduzidos, quase linha por linha ao render a reunir-se ao grande proprietário e, por tal condição, uma multiplicidade de poderes".

Logo após surge a locação de obras e serviços derivada do Direito Romano também conhecida como *locatio operarum*. Para muitos autores o embrião do contrato de trabalho individual nasceu neste momento histórico por representar uma espécie de trabalho contratado, com subordinação.

As corporações de ofício da Idade Média surgem em seqüência como uma evolução. Haviam diversas corporações, independentes e com estatutos próprios, inclusive disciplinando, em alguns casos, as relações trabalhistas.

A Revolução Industrial do século XVIII, o aumento dos mercados e a produção em escala de bens de consumo, juntamente com Revolução Francesa de 1789, puseram fim às corporações de ofício inaugurando a época industrial e transformando as pequenas manufaturas em industrias.

O salto quantitativo e qualitativo na produção de bens de consumo aumentou a demanda por mão-de-obra, potencializando as más condições de trabalho do proletariado sob os olhares insensíveis do Estado Liberal. Não havia legislação para regular e disciplinar o trabalho e a exploração do trabalhador era patente. Era a época do *laissez faire, laissez passer, laissez aller*.

[2] FERRARI, Op. Cit. p. 32.

Com a Revolução Industrial o trabalho transformou-se em emprego e surge a figura dos salários como forma de remuneração dos empregados.

O Direito do Trabalho surge no século XIX no bojo destas transformações sociais, econômicas e políticas, como um mecanismo capaz de atender a busca por condições de trabalho mais dignas pelos trabalhadores, visando amenizar as péssimas condições a que a classe trabalhadora era submetida. Surge o movimento operário e conseqüentemente os sindicatos.

Neste período da história a exploração dos trabalhadores não sofria qualquer restrição legal, as jornadas de trabalho eram superiores a 16 horas diárias, mulheres e crianças eram também submetidas a condições insalubres e perigosas sem qualquer amparo social para os trabalhadores e seus familiares.

As constantes manifestações dos trabalhadores representaram importante instrumento de pressão popular capaz de forçar o Estado Liberal a fazer intervenções na relação de emprego criando normas de ordem pública para disciplinar o trabalho. Surge a noção de bem-estar social e as primeiras normas de proteção ao trabalhador.

A Escócia, a Inglaterra e a França editam, nesta época, os primeiros decretos e leis regulamentando o trabalho assalariado. Entretanto, o novel Direito do Trabalho, nesta fase da história, ainda é confundido com política social do Estado.

1.3 – O Direito do Trabalho atualmente

Analisando a história percebe-se que o Estado foi, paulatinamente, aumentando a sua regulamentação sobre o direito do trabalho, visando uniformizá-lo. Como conseqüência, houve um certo engessamento das negociações na medida em que as normas de ordem pública inibem tal prática.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha contribuído para a flexibilização das leis trabalhistas (na medida em que afastou o intervencionismo do

Estado sobre os sindicatos, aumentando sua liberdade e autonomia e fomentando a negociação coletiva) a Unicidade dos sindicatos continua sendo alvo de inúmeras críticas, apontada como fator de entrave à negociação, juntamente com o Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

A legislação que trata da relação de trabalho no Brasil continua muito rígida, extensa e muitas das vezes distanciada da realidade dos atores sociais dela dependentes, com isso as demandas se multiplicam nas varas do trabalho, tornando-as cada vez mais lentas e comprometendo a efetiva prestação jurisdicional.

A flexibilização da legislação e sua aplicação nas relações de trabalho representa um útil e necessário instrumento em face da globalização – que impõe as empresas um novo paradigma de gestão com menores custos e maior produtividade; dos avanços tecnológicos – que reduzem postos de trabalho e geram mão-de-obra especializada; e da volatilidade do capital – que desloca empresas de um país para o outro de forma extremamente rápida.

É necessário dotar o Direito do Trabalho de instrumentos dinâmicos capazes de adaptá-lo em tempo real a nova ordem econômica, social e tecnológica imposta pelo mercado globalizado.

É neste contexto que a negociação coletiva se mostra uma alternativa extremamente viável e atual, na medida em que, reduzida a forte intervenção estatal, surja um espaço capaz de propiciar aos atores sociais envolvidos na solução dos conflitos decorrentes da relação capital x trabalho a possibilidade de dirimi-los.

2. FLEXIBILIZAÇÃO

A expressão flexibilização é nova e no dicionário Aurélio[3] significa "1. Ato ou efeito de flexibilizar" ou "2. Afrouxamento ou eliminação de leis ou normas, especialmente as que afetam relações econômicas". No contexto específico do Direito do Trabalho o termo tem sido utilizado de forma mais genérica e ampla.

[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda, Novo Dicionário Aurélio. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994. p. 789.

Para melhor compreendê-lo necessário se faz situá-lo em seu contexto histórico. No final do século XX, mais precisamente em seus últimos vinte anos, um conjunto de fatores contribuiu, de forma decisiva, para a criação de um movimento de flexibilização da legislação trabalhista. A crise do petróleo iniciada nos anos 70, a potencialização da concorrência entre as empresas, o crescimento das taxas de desemprego, o elevado déficit fiscal dos Estados comprometendo sua capacidade de manter suas políticas sociais e o desenvolvimento tecnológico suprimindo vagas no mercado de trabalho. A emergência dos Tigres Asiáticos do Japão e da China contribuiu aumentando a concorrência entre as empresas.

Por outro lado, a globalização derrubou fronteiras, tornando as empresas internacionais e enfraquecendo a classe trabalhadora. O capital se tornou extremamente volátil e a concorrência capitalista extremada foi determinante para estabelecer um movimento migratório das empresas em busca de mão de obra menos onerosa e encargos sociais mais favoráveis.

Segundo ROMITA[4], o processo de globalização "que é irreversível, permite o deslocamento rápido, barato e maciço de mercadorias, serviços, capitais e trabalhadores".

As empresas, por sua vez, reestruturam seus modelos de gestão com reflexos imediatos no direito dos trabalhadores, como ocorreu, por exemplo, com o advento da terceirização.

O momento histórico era de crise. Na Inglaterra, em 1979, Margaret Thatcher venceu as eleições tornando-se primeiro-ministro britânico. Nos EUA Ronald Reagan venceu as eleições presidenciais em 1980 e Helmut Kohl tornou-se *premier* na Alemanha em 1982. A assunção destes políticos ao poder representou como afirma DELGADO[5]

[4] ROMITA, Arion Sayão. Globalização da Economia e Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1997. p. 28.
[5] DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. - 5ª Ed. – São Paulo: LTr, 2006. p. 98.

> "a hegemonia político-cultural de um pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social. No centro dessa diretriz em prol da desregulamentação das políticas sociais e das regras jurídicas limitadoras do mercado econômico encontrava-se, por lógica decorrência, o Direito do Trabalho".

Na Europa e nos Estados Unidos às negociações entre patrões e empregados centralizada foram substituídas pela descentralização e pela produtividade.

Para Arnaldo Sussekind a flexibilização, surgida na Europa, tem como escopo aumentar a produtividade "para reduzir os custos dos bens e serviços; na América Latina a flexibilização tem sido desumana, porque objetiva a diminuição dos custos da mão-de-obra mediante redução dos direitos trabalhistas"[6].

A questão da flexibilização da legislação trabalhista é controvertida e tem gerando divergências doutrinárias.

Arion Sayão Romita[7] critica a expressão flexibilização tendo-a como estigmatizada, sugerindo "se falar de adaptabilidade das normas de direito do trabalho às novas exigências do momento econômico, social, histórico e cultural que atravessamos".

Divergências doutrinárias à parte, não há como negar que o modelo tradicional de contrato de trabalho por prazo indeterminado, protegido pelos princípios que regem o direito do trabalho, cujos mais importantes segundo Plá RODRIGUEZ[8] são "protetor - *in dubio pro operario*; norma mais favorável e a condição mais benéfica; irrenunciabilidade de direitos; continuidade da relação de emprego; primazia da realidade, razoabilidade e boa-fé", vem sofrendo pressões e desestabilizando-se graças às mudanças ocorridas na economia globalizada.

Ao longo das últimas décadas a legislação trabalhista brasileira vem, lentamente, trilhando o caminho da flexibilização. A lei 5.017/66 substituída pela 8.036/90 que

---

[6] Proposições para a reforma trabalhista. *In:* Revista LTr. Vol. 68, nº 05, p. 68-05/519. São Paulo: LTr, 2004.
[7] ROMITA, Op. Cit. p. 23-24.
[8] RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Traduzido por Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 5ª tiragem, 1997.

criou o FGTS e permitiu a despedida imotivada do empregado; A lei nº 6.019/74 que possibilitou a contratação de empregados temporários; A lei nº 9.601/98 que regulamentou o contrato de trabalho provisório; a criação do banco de horas através da lei nº 9.601/98 recepcionada pelo artigo 7º, XIV,da Constituição Federal de 1988; A relativização do princípio da irredutibilidade salarial nas hipóteses de acordo ou convenção coletiva através do artigo 7º, VI da CRFB, apenas para citar alguns exemplos.

Não obstante os inegáveis avanços ocorridos o modelo que rege as relações de trabalho no Brasil é extremamente rígido, inviabilizando negociações coletivas descentralizadas e flexibilizações de cláusulas contratuais. O elevado custo social é outro fator que vem comprometendo o fôlego das empresas brasileiras no competitivo mercado internacional.

Arnaldo Sussekind[9] afirma que não se pode atribuir à relação de emprego os elevados encargos que pesam sobre o salário, posto que a grande maioria deles não se destinam, necessariamente, aos empregados mais sim a arcar com os custos do Estado social.

De qualquer forma, segundo PASTORE[10], no Brasil "para cada folha de salários que custe 100 unidades monetárias, as empresas gastam quase 92 unidades adicionais com encargos sociais". Se computar o 13º salário o percentual sobe para 102%. No mesmo trabalho, o citado autor, compara o Brasil como outros países, ao afirmar que "apenas a França chega perto do Brasil. A Itália gasta 51%; A Bélgica, 45%; A Dinamarca aproximadamente 12%"[11].

Outro dado importante relativo aos encargos no Brasil é que estes custos são "fixos, contínuos e de recolhimento obrigatório"[12] enquanto que na Europa a grande maioria

[9] SUSSEKIND, Op. Cit. p. 519.
[10] PASTORE, Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva – São Paulo: LTr, 1994. p. 141.
[11] Ibid.
[12] Ibid.

deles são de “natureza variável, temporária e voluntária – porque, em sua maioria, fazem parte do contrato de trabalho”[13].

2.1. Flexibilização X Desregulamentação

Distorções são inevitáveis, entretanto não há como negar que a flexibilização foi criada com o intuito de viabilizar a continuação dos empregos e da atividade econômica através da diminuição de custos e redimensionamento de direitos trabalhistas, com supressão, inclusive, de alguns deles. Todavia a terminologia não pode ser confundida com a desregulamentação, como pretendem autores como Júlio Assumpção Malhadas[14], cujo instituto pretende, nas palavras de SUSSEKIND,

> "retirar a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva regule as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego"

A desregulamentação viola frontalmente dispositivo expresso na Constituição Federal que prevê, no artigo 7º, a garantia de relação jurídica protegida por lei para os trabalhadores.

3. A NEGOCIAÇÃO

3.1. Conceito de Negociação

Quando interesses de empregados e empregadores contrapõem-se,no âmbito da relação de trabalho, estamos diante de um conflito coletivo de trabalho. Diferentemente do chamado conflito individual, o coletivo envolve um grupo indeterminável de trabalhadores representados, no modelo brasileiro, pelo sindicato.

---

[13] Ibid.

[14] A Flexibilização das Condições de Trabalho em Face da Nova Constituição, *in Curso de Direito Constitucional do Trabalho,* coordenado por Arion Sayon Romita, vol. 1, LTr, pág. 142.

Para solução dos conflitos coletivos da relação de trabalho pode-se lançar mão da autocomposição, heterocomposição e a autodefesa.

Na primeira hipótese as partes envolvidas no conflito de interesses transigem por intermédio de mútuas concessões, sendo a solução um produto do consenso, como ocorre, por exemplo, na negociação coletiva.

Na heterocomposição, o conflito é apreciado pelo Poder Judiciário ou através da arbitragem privada e a decisão é uma imposição a qual uma, ou às vezes as duas partes são obrigadas a submeter-se.

A autodefesa é um mecanismo de pressão utilizado para obrigar a outra parte a lhe fazer concessões, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de greves e *lockout*.

Ao presente trabalho interessa a negociação coletiva – processo de autocomposição de interesses específicos vinculados pela relação de trabalho, onde os representantes das classes envolvidas consensualmente solucionam conflitos transigindo sobre acordos, convenções e contratos coletivos determinando condições do labor, criando obrigações e direitos aos signatários do instrumento e os seus representados.

Tipo de negócio jurídico classificado como bilateral, a negociação coletiva estabelece condições de trabalho com reflexos nos contratos individuais de toda a categoria ou de integrantes de uma ou mais empresas.

3.2. A negociação coletiva no Brasil

No Brasil, o sistema de negociação coletiva e a estrutura dos sindicatos guardam muita semelhança com o modelo argentino, com sindicatos únicos cuja organização é feita por base territorial e por setores de atividade, onde ocorrem, em regra, as negociações coletivas.

Até 1966 só existia no Brasil a convenção coletiva. O acordo coletivo, criado em 1967 através do Decreto-Lei nº 229, é o resultado da negociação ocorrida com a participação da empresa ou de grupos de empresa. Com o advento do acordo coletivo passa a existir a possibilidade de se estabelecer negociações limitadas ao âmbito de trabalhadores de uma ou mais empresas e não mais apenas de categorias econômicas, o que significou um importante avanço no campo do direito coletivo do trabalho.

Co-existem dois instrumentos no Brasil, o acordo coletivo e a convenção coletiva. No acordo coletivo uma ou mais empresas de determinada categoria econômica celebram o acordo com o sindicato dos trabalhadores, com aplicabilidade restrita a empresa ou as empresas signatárias. A área de abrangência é restrita, posto que o acordo não excede a categoria econômica. O acordo se aplicará às relações de trabalho no âmbito daquelas, conforme disciplina o artigo 611, § 1º da CLT. As empresas e os sindicatos têm legitimidade para pactuar o acordo coletivo.

Por sua vez, a convenção coletiva de trabalho é uma espécie de negociação bem mais abrangente que o acordo, posto que é pactuado entre o sindicato dos trabalhadores e pelos sindicatos representativos de categorias profissionais e econômicas, ou seja, por ramos de atividade por base territorial. A convenção é disciplinada pelo artigo 611 da CLT. Sua natureza jurídica é de norma jurídica, sendo aplicável a todas as empresas e trabalhadores dos sindicatos com base territorial, cujos efeitos alcançam todos os membros da categoria, filiados ou não ao sindicato.

A convenção coletiva tem efeito obrigacional para os entes que a firmaram nos limites dos direitos e deveres pactuados, com efeitos normativos sobre os contratos individuais de trabalho, respeitado o princípio da primazia da ordem pública social. Exemplo de efeito obrigacional é a criação de comissão mista de conciliação na categoria profissional. Caso o empregador estabeleça contratos individuais de trabalho que contrariem acordos ou convenções, a lei estipula multa.

A negociação coletiva no Brasil é regulada pela Constituição Federal de 1988, possuindo pontos favoráveis e desfavoráveis ao seu desenvolvimento. Existem avanços

já citados no item "1." deste trabalho, como a valorização negociações coletivas estabelecidas no artigo 7º, incisos VI, XIV que tratam da relativização da irredutibilidade dos salários e da compensação e redução da jornada de trabalho mediante negociação coletiva. Entretanto, existem entraves constitucionais, como a questão da unicidade sindical prevista no artigo 8º da Constituição e o próprio poder normativo da Justiça do Trabalho entabulado no artigo 114, § 2º da *Lis Fundamentais*.

Mesmo após a Emenda Constitucional nº 45/2004, chamada de Reforma do Judiciário, persiste o Poder Normativo concedido a Justiça do Trabalho, permitindo que este ramo especializado da Justiça Federal estabeleça normas e condições de trabalho por intermédio das sentenças normativas com uma certa limitação decorrente da referida Emenda e, ainda, nos limites da legislação vigente no que concerne às normas de proteção ao trabalho. A crítica que se faz ao Poder Normativo do Judiciário Trabalhista reside no fato da Justiça do Trabalho criar Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos com os quais estipula condições mais propícias aos obreiros. Tal fato tem como conseqüência direta o inchaço do rol de reivindicações dos trabalhadores com base nos próprios precedentes, tornando inviável a negociação coletiva.

Ademais, os precedentes normativos e as orientações jurisprudenciais, em regra, não guardam sintonia com as diversas realidades de um país continental e cheio de abismos, sejam sociais, econômicos ou tecnológicos, gerando distorções desnecessárias e até prejudiciais ao desenvolvimento econômico de determinada região.

3.3. A unicidade sindical

Segundo Amaury Mascaro Nascimento[15], o Brasil adota o modelo da unicidade sindical, sistema recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que "não permite mais de um sindicato da mesma categoria, profissional ou econômica, na mesma base territorial". Neste diapasão cabe aos interessados definir a abrangência da base territorial que não pode ser menor que a área de um município.

[15] Direito do Trabalho na Constituição de 1.988, Editora Saraiva, 1989, p.228.

A Convenção 87 da OIT – Organização Internacional do Trabalho não foi ratificada pelo Brasil que adota o modelo da unicidade sindical. Em trabalho que aborda o mercado de trabalho brasileiro no contexto da globalização, Ana Francisca Moreira de Souza Cindem[16] faz uma importante observação sobre a questão, afirmando que os trabalhadores estão sem opções para a filiação sindical "uma vez que o sindicato é único e por categoria numa determinada base territorial, o que impede a livre organização dos trabalhadores". Segue criticando o modelo atual ao expor que não há amparo legal para a criação de sindicatos que envolvam mais de uma categoria ou mesmo sindicatos de empresas. Outro ponto importante abordado pela autora é que

> "não há o reconhecimento da negociação coletiva em todos os níveis, porque o sindicato que tem o monopólio negocia. Não é possível, por exemplo, o reconhecimento jurídico da atuação das centrais sindicais ou de eventuais comissões de fábrica"

A unicidade sindical tem representado forte entrave a afirmação da negociação coletiva, eis que o modelo adotado, como antes consignado, é ultrapassado, sendo imperioso a ratificação da Convenção 87 da OIT e a adoção da pluralidade sindical.

Hoje, o artigo 511 da CLT estabelece as regras de definição de categoria econômica, além de conceituar o que vem a ser categoria profissional diferenciada enquanto que o artigo 611 do mesmo diploma legal determina quais são os entes legitimados para negociar. Como conseqüência da liberdade e pluralidade sindical novas unidades de negociação surgiriam, alargando e difundido a legitimidade para a negociação coletiva, como ocorre na Itália e Espanha, por exemplo.

3.4. – A OIT

A Convenção nº 81 da OIT promove o desenvolvimento da negociação coletiva como solução mais inteligente para solucionar os conflitos decorrentes do capital e do trabalho. A Organização Internacional do Trabalho entende que o modelo de negociação coletiva do trabalho traduz de melhor maneira os interesses das partes envolvidas no conflito decorrente da relação de trabalho.

[16] A Mulher e o Mercado de Trabalho no Brasil Globalizado: Gênero, Trabalho e Desigualdade. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano X, n.20, p.65-73, set. 2000. Ed. LTr.

Para a OIT a negociação coletiva é o melhor caminho, mas não o único, deve-se mesclar, por exemplo, a regulamentação salarial praticada pelo Estado e a negociação coletiva.

A Convenção 154 da OIT sugere que a negociação coletiva seja levada a efeito nos diversos ramos da atividade econômica, até o setor público, sempre nos limites da legislação de cada Estado.

Outra Convenção da OIT que trata do tema é a de número 163 que fomenta a negociação em vários níveis, de forma ampla e irrestrita seja no âmbito nacional, seja em departamentos de empresas, estabelecimentos, ramos de indústria. Sugerindo que a definição do nível de negociação seja estabelecida não pelos Estados e sim pelos atores sociais envolvidos na questão.

O modelo brasileiro de unicidade sindical contraria frontalmente as recomendações contidas na Resolução nº 163 da OIT, cujo monopólio sindical encontra amparo legal no artigo 611 e seguintes da CLT.

3.5. O Contrato de trabalho no Brasil

Como afirma PASTORE[17] "há dois modelos básicos de sistemas de relação de trabalho – o estatutário e o negocia". No paradigma estatutário direitos e deveres são assegurados pela lei, enquanto que no modelo negocia cabe ao contrato firmado entre trabalhadores e empregados tal papel.

O sistema brasileiro é mais estatutário, com marcante intervenção estatal, do que negocia. A legislação brasileira regula com mão forte os direitos e deveres no âmbito do trabalho sendo a Consolidação das Leis Trabalhistas sua principal fonte, cabendo as convenções e acordos papel complementar à legislação.

[17] PASTORE. Op. cit. p. 186.

No modelo estatutário adotado pelo Brasil os conflitos de direito e de interesses são dirimidos pelo Poder Judiciário. No modelo negocia os conflitos de interesse são solucionados por terceiros, que podem ser conciliadores, árbitros ou mediadores.

Cabendo a CLT e a Constituição Federal regular as relações de trabalho sobra pouco espaço para as negociações entre os atores sociais envolvidos no conflito. No países que adotam a negociação o contrato coletivo disciplina a maior parte das questões com mínima intervenção Estatal.

A transição para o modelo da negociação no Brasil implica na flexibilização da legislação trabalhista e também no papel desempenhado pela Justiça do Trabalho.

As intervenções do Estado na relação de trabalho deverão ser minimizadas para permitir que as partes possam negociar livremente o contrato coletivo de trabalho bem como será imperioso rever o poder normativo da Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho caberia a solução de conflitos de direito, não de interesses.

Reduzir as garantias trabalhistas e migrar de um sistema para o outro não é uma tarefa simples e implica em elevado grau de maturidade tanto dos trabalhadores quanto dos empregadores. Os primeiros terão que abrir mão de garantias históricas e consolidadas na Constituição e na CLT; Os empregadores, por sua vez, têm a obrigação de não utilizar a flexibilização como instrumento de enriquecimento em detrimento da classe trabalhadora.

3.5.1 O Contrato Coletivo

Como afirma PASTORE[18],

> "O contrato coletivo de trabalho é um instrumento que fixa direitos e deveres para grandes ou pequenos universos. Pode ser para empresa ou para um setor – com escopo nacional, regional e local – ou, ainda, para inúmeros setores. Há vários tipos de contratos coletivos. Alguns são negociados intersetorialmente e no nível nacional. Na verdade, são mini-pactos sociais.

[18] Ibid. p. 188-189.

> Outros são negociados nacionalmente, mas restritos a determinado setor – Indústria, sistema financeiro, comércio, etc. Outros se referem à sub-setores – siderurgia, portos, metalúrgicos, bancos, etc. Há também, os de nível de empresa".

Os contratos coletivos são versáteis podendo serem utilizados por regiões, localidades, empresas, estabelecimentos ou departamentos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com uma maior flexibilização da legislação trabalhista brasileira, um campo fértil se abriria para a negociação coletiva.

Para tanto são necessários a conjunção de alguns fatores preponderantes como maior liberdade e pluralidade sindical, difundido a legitimidade de representação dos atores sociais envolvidos na solução dos conflitos decorrentes da relação de trabalho, como se vê na Itália e Espanha.

A pluralidade sindical teria o condão de alterar profundamente o modelo sindical vigente comprometendo empregados e empregadores, tornando-os efetivamente personagens do processo de negociação coletiva e não mero espectadores. Ademais a pluralidade sugere uma ativa e constante participação no processo de construção das relações laborais que, por sua vez, passa a ter um processo de construção muito mais efetivo e permanente.

Outros pontos importantes que o fim da unicidade traria seria: o fim das tentativas de negociação simuladas voltadas apenas a atender a determinação da lei e viabilizar o ajuizamento de dissídios coletivos, o término da instituição de contribuições compulsórias através de assembléias que criam associados sem qualquer identificação com o sindicato e a solidificação, em médio prazo, de sindicatos efetivamente representativos.

A relativização ou mesmo extinção do Poder Normativo da Justiça do Trabalho é outro ponto de extrema relevância no processo de flexibilização da Justiça do Trabalho.

Caberia ao Estado estabelecer um conjunto mínimo de direitos aos trabalhadores, transferindo para as partes envolvidas o poder efetivo de negociar sua relação de trabalho.

Por todos os motivos elencados a flexibilização e negociação da relação de trabalho se mostram medidas necessárias e adequadas ao momento histórico que vivemos.

5 – REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **Referências Bibliográficas.** NRB 6023. Rio de Janeiro, agosto 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. - 5ª Ed. – São Paulo: LTr, 2006.

FERRARI, Irany. **História do trabalho, direito do trabalho e da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda, **Novo Dicionário Aurélio**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

FILHO, Evaristo de Moraes. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 1º vol. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1992.

KASKEL, Walter. **Derecho Del Trabajo**, 5ª Ed. atualizada por Hermann Dersch, trad. Argentina, Buenos Aires, Depalma, 1961

MALHADAS, Júlio Assumpção. **A Flexibilização das Condições de Trabalho em Face da Nova Constituição**, *in Curso de Direito Constitucional do Trabalho,* coordenado por Arion Sayon Romita, vol. 1, LTr.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 17ª Ed. atualizada por Luis Inácio B. Carvalho. Rio de Janeiro: FGV, 1994.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1.988**, Editora Saraiva, 1989.

PASTORE, José. **Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva** – São Paulo: LTr, 1994.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Traduzido por Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 5ª tiragem, 1997.

ROMITA, Arion Sayão. **Globalização da Economia e Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

SANDEN, Ana Francisca Moreira de Souza. **A Mulher e o Mercado de Trabalho no Brasil Globalizado: Gênero, Trabalho e Desigualdade**. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano X, n.20, set. 2000. Ed. LTr.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Proposições para a reforma trabalhista**. *In:* Revista LTr. Vol. 68, nº 05, p. 68-05/519. São Paulo: LTr, 2004.

OS "EMPREGADOS" DOS DOMÉSTICOS NA REGIÃO DOS LAGOS

Leonardo Rabelo de Matos Silva*

Daniele Ramos Marques da Cruz**

RESUMO

A pesquisa vem sendo desenvolvida por um grupo de estudo formado por alunos de graduação da Universidade Veiga de Almeida - *campus* Cabo Frio, coordenado pelo autor, e tendo a co-autora como membro.
A proposta inicial do grupo era desenvolver um estudo de caso com pesquisa de campo sobre as reais condições contratuais dos empregados domésticos no município de Cabo Frio (Região dos Lagos-RJ). Quais direitos constitucionais e legais estavam sendo observados nas relações de trabalho, entre outras características locais sobre aquelas relações de trabalho eram os objetivos de investigação iniciais.
Contudo, ao longo do desenvolvimento, a pesquisa adquiriu um novo viés à medida que as entrevistas apontaram um novo ator no cenário trabalhista da região: "o doméstico do doméstico".
A já sacrificada categoria profissional dos domésticos sub-empregam outras pessoas, em sua maioria menor, de até dez anos de idade, que, apesar de toda a tutela do Estado sobre o menor, criam uma nova categoria responsável pela guarda dos filhos e da casa dos empregados domésticos.
A demonstração estatística da pesquisa é alarmante, à medida que coloca menores incapazes como garantidores de outros igualmente incapazes, através de trabalho expressamente vedado pela Constituição, salário inferior ao mínimo, duração do trabalho que chegam a 60 (sessenta) horas semanais em 05 (cinco) dias consecutivos.
A conclusão do trabalho envolve estatísticas que demonstram a chaga aberta no trabalho da sociedade brasileira e a dura realidade que envolve a mais hipossuficiente de todas as categorias profissionais, comprovando a infeliz realidade da primazia do capital sobre o trabalho.

PALAVRAS CHAVES: TRABALHO DOMÉSTICO – CONDIÇÕES DEGRADANTES – REGIÃO DOS LAGOS

* Advogado; Doutorando em Direito (UGF); Coordenador-Geral do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida; Avaliador de Cursos do BASis (MEC/INEP)
** Bacharel em Direito; Membro do grupo de pesquisa sobre o tema.

ABSTRACT

The research proposition started to be developed by a study group of graduation studies of the University Veiga de Almeida - *campus* Cabo Frio, co-oriented by the author, and having the co-author as member.
The initial proposal was to develop a case study on the real contractual conditions of the house servants in the city of Cabo Frio (Região dos Lagos- Rio de Janeiro). Which legal constitucional rights were being observed in the working relations, among others local characteristics on these working relations were the initial objectives of the research. However, during the research development, the paper has acquired a new direction as the interviews had introduced a new actor in the working scene of the region: "the domestic servant of the domestic servant".
The already usurped professional category of the domestic servants sub-contract other people, most of them up to ten years of age, that, although all the guardianship of the State on the minor, creates a new responsible category for the guard of the children and the house of the house servants.
The demonstration statistics of the research is outrageous, as places incapable minors as guarantee of equally incapable others, through this kind of labor is expressly forbidden by the Constitution, inferior wage to the minimum, duration it work that comes up to 60 (sixty) weekly hours in 05 (five) consecutive days.
The conclusion of the research involves statistics that demonstrate the illness in the Brazilian society working system, and the hard reality that involves the poorest of all more the professional categories, proving the sad reality of the victory of capital over work.

KEYWORDS: DOMESTIC LABOR – OUTRAGEOUS WORKING CONDITIONS - REGIÃO DOS LAGOS

INTRODUÇÃO

A promoção da igualdade de oportunidades e a eliminação de todas as formas de discriminação são, entre outros, alguns dos elementos fundamentais da Declaração Universal dos Direitos do Homem e um dos Princípios Fundamentais do Trabalho. Uma condição para que o crescimento econômico se traduza em menos pobreza e maior bem-estar e justiça social é a melhora da situação que tange o abismo social entre as classes sociais de trabalhadores, como os domésticos, aumentando sua possibilidade de acesso a direitos capazes de garantir uma vida digna.

Considerando esta realidade, em 2006, um grupo de estudo formado por alunos de graduação da Universidade Veiga de Almeida - *campus* Cabo Frio, passou a desenvolver no município de Cabo Frio um estudo de caso com pesquisa de campo

sobre as reais condições contratuais dos empregados domésticos no município de Cabo Frio (Região dos Lagos - RJ). Quais direitos constitucionais e legais estavam sendo observados nas relações de trabalho, entre outras características locais sobre aquelas relações de trabalho eram os objetivos de investigação iniciais. Com isso, pretendia-se ter conhecimento das reais condições e até oportunidades (acesso ao emprego), principalmente de mulheres, de se inserirem no mercado de trabalho da região, focando na qualidade de seus empregos e atividades produtivas, além de outras informações tais como, qualificação social e profissional, incluindo grau de escolaridade e representação sindical.

O presente ensaio apresenta-se dividido em quatro seções, e ainda encontra-se em desenvolvimento. Todavia, alguns resultado preliminares já se apresentam.

O primeiro traça um perfil dos trabalhadores ocupados e as principais características do emprego doméstico e sua forma de contratação: com ou sem registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social.

A segunda parte está focada na apresentação das características das empregadas domésticas que se tornam "empregadoras".

O terceiro tópico dedica-se a apresentar o perfil das "empregadas domésticas das domésticas" e a relação entre ambas.

Por fim, a parte final volta-se para os indicadores levantados pela pesquisa, segundo relatos e depoimentos das empregadas domésticas e "das empregadas domésticas das domésticas".

Esta pesquisa representa mais um esforço de reunir informações relevantes sobre igualdade e condições de trabalho no Brasil. Tendo como foco um grupo importante de mulheres trabalhadoras/negras - em sua maioria - revela sua situação de acentuada desvantagem em alguns dos principais indicadores do mercado de trabalho, tanto no que se refere aos direitos trabalhistas, aos níveis de rendimento como também na luta pela sua sobrevivência e de seus filhos, futuro de nossa sociedade.

1. O conceito de Doméstico

A categoria empregado doméstico neste contexto deve ser entendida como "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não-lucrativa, a pessoa ou família, no âmbito residencial desta"[1]. Este(a) trabalhador (a) se responsabiliza pelos

[1] Art. 1º da Lei 5.859/72

chamados “afazeres domésticos”, ou a economia de consumo de uma comunidade familiar[2], cujas atividades correspondem geralmente à guarda e aos cuidados pessoais de crianças, limpeza dos domicílios, cuidados com roupas familiares, preparo de alimentos, entre outras.

Na visão contratual, o empregado doméstico se caracteriza pela interação entre um comprador e um vendedor de força de trabalho, para assim, haver realização de serviços, por meio de uma relação mercantil, através de contratações formalizadas ou não formalizadas.

Dessas peculiaridades do empregado doméstico resultam processos de trabalho que apresentam pouca conformidade quanto ao ritmo e a intensidade de trabalho, quanto à duração e à composição das jornadas, ao padrão das relações de trabalho mediado por relações interpessoais, tipos de atividades a serem desempenhadas às formas de pagamento, entre outras. Além dessas características, existem outras decorrentes de tipos de contratação, como diaristas e mensalistas.

No Brasil, devido ao processo migratório do campo para as cidades, e dessas para as grandes metrópoles, principalmente nos anos 50, passou-se a ter uma grande oferta de força do trabalho, sendo que a economia não gerava postos de trabalho de quantidades que atendesse tal oferta. Assim, na fase do crescimento econômico, verificou-se uma relativa incorporação da força do trabalho, gerando ampliação do segmento de renda média. Ao mesmo tempo, observou-se um grande e forte processo de concentração e desigualdades de renda, o que possibilitou a ampliação do mercado de trabalho do empregado doméstico nesse período.

O problema da estratificação social – sua história e seu presente[3] – está no primeiro plano de qualquer análise científica especialmente quando se concentra em uma organização social caracterizada pela competição crescente que assumiu a sociedade no século XX.

Na década de 90, especialmente, observou-se crescimento econômico inexpressivo, o que resultou em intensificação de desemprego e o aprofundamento da desigualdade distributiva.

Frente a este quadro de desigualdade, uma parte da força de trabalho significativa, encontrou alternativas de sobrevivência, entre os quais os domésticos, que

---

[2] LUCAS, Carlos Moreira de. Contrato de empregado doméstico *in* Revista do Direito do Trabalho. São Paulo, n.36, 1982. p.9

[3] PINTO, L.A. Costa. *O negro no Rio de Janeiro*: relações de raças numa sociedade em mudanças. Rio de Janeiro: UFRJ Editora, 1998 p.87

desponta como alternativa às trabalhadoras cujas famílias têm baixo poder aquisitivo. Para compor a renda familiar, elas se lançam ao mercado de trabalho e em muitos casos, combinam uma dupla jornada: no seu próprio lar e no de outrem.

Ocorre que paralelamente a essas determinações macroeconômicas, uma mudança ocorrida na própria composição do mercado de trabalho reforça a importância do empregado doméstico na nossa sociedade. Nas décadas de 70 e 80, há entrada maciça de mulheres no mercado de trabalho brasileiro que ao sair de seus lares para desempenhar funções profissionais, parte destas deixou de poder realizar tarefas e afazeres domésticos, havendo assim, a necessidade da execução de contratação de profissionais para execução desses serviços.

Realizando a presente pesquisa no município de Cabo Frio, observou-se justamente, que as empregadas domésticas também necessitam da execução de contratação de outras empregadas domésticas para cuidar de seus próprios filhos e casa.

Por todo o tempo de pesquisa realizada, observou-se que a mudança de paradigma familiar, no qual o pai era o provedor, e em vista da necessidade de sair para trabalhar e, assim, angariar o próprio sustento e de sua prole, faz com que muitas empregadas domésticas necessitem colocar menores incapazes como garantidores de outros igualmente incapazes, com salário inferior ao mínimo, duração do trabalho que chegam a 60 (sessenta) horas semanais em 05 (cinco) dias consecutivos.

No município de Cabo Frio, isto é justificado por estas domésticas por não haver creche para deixar seus filhos menores ou por seus filhos maiores ter que tomar conta dos menores, uma vez que também fizeram isso e sendo assim, é como se fosse a "ordem natural das coisas".

Nesse contexto, surge um novo ator no "cenário do mundo do trabalho", com piores condições de trabalho do que a de seus "empregadores", que por si, já fazem parte da mais hipossuficiente de todas as categorias profissionais surgindo assim, uma nova relação laboral.

Observa-se que a relação com o empregador é totalmente interpessoal e familiar, o que descaracteriza profissionalmente a ocupação. Além disso, trata-se de um emprego com baixíssima taxa de sindicalização (cerca de 1,8%) e de acesso limitado aos direitos trabalhistas plenos[4], mesmo para quem tem carteira assinada, com recolhimento opcional do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)[5].

[4] Como se pode observar no Parágrafo único do Artigo 7º da CRFB.

[5] O funcionamento da atividade doméstica como relação de trabalho não é regulado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mas sim, por uma legislação específica, desde 1972, que sofreu alterações da

	Cabo Frio	Belo Horizonte	Brasília	Porto Alegre	Recife	Salvador	São Paulo
Ocupados	100	100	100	100	100	100	100
Assalariados	55.2	63.0	67.0	65.3	57.9	60.3	62.3
Autônomos	24.1	20.6	14.7	18.2	25.3	23.3	21.6
Outros	9.5	7.1	7.4	9.6	8.1	6.5	7.4
DOMÉSTICOS	**11.2**	9.3	10.1	6.9	8.8	9.9	8.8

No Brasil, em 2005, 6,5 milhões de pessoas identificaram-se como trabalhadores domésticos. Desses, 6 milhões eram mulheres, o que corresponde a 93,3% do total de ocupados, conforme os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)[6]. Apenas 25% dessas mulheres tinham carteira assinada. As outras 75% declararam não possuir vínculo formal de trabalho.

Os dados da PNAD indicaram também que 18% do total de mulheres ocupadas no Brasil desempenhavam o trabalho doméstico. Nos mercados metropolitanos, segundo a Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED), essa proporção se elevava para 20%, revelando a importância dessa ocupação tanto para a dinâmica das regiões quanto para a inserção feminina no mercado de trabalho.

2. A Empregada Doméstica Empregadora

Os dados coletados foram comparados com os da Pesquisa de Emprego e Desemprego do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE e adaptados em tabelas, de modo a possibilitar a rápida comparação entre as principais cidades do Brasil e Cabo Frio, obviamente respeitadas as diferenças econômicas e os indicadores sociais das cidades referenciadas.

Examinando a posição dos empregados ocupados, conforme tabela 1, a PED trata o empregado doméstico como uma ocupação específica, o que o distingue do assalariado típico, uma vez que este tem vínculo empregatício caracterizado pela legislação trabalhista vigente, com ou sem carteira de trabalho assinada e sua jornada de trabalho pré-fixada pelo empregador e remuneração normalmente fixa e aquele, devido as suas especificidades é classificado como um caso particular de categoria de trabalho assalariado.

3. As empregadas domésticas das domésticas

Lei 11.324/06. Os trabalhadores domésticos não têm direito a horas –extras, adicional noturno, jornada de trabalho de 44 horas semanais entre outras garantias trabalhistas.

[6] Dados colhidos junto ao *site* do IBGE: www.ibge.gov.br

A pesquisa de campo analisou um universo de 210 (duzentas e dez) empregadas domésticas, tendo os dados sido compilados e analisados por um grupo de cinco discentes, igualmente responsáveis pela distribuição dos questionários e entrevistas.[7]

Estas entrevistas moldaram o resultado inesperado, a partir de uma das primeiras, cuja entrevistada foi Maria de Lourdes, 34 anos, que declarou como principal preocupação no trabalho a ausência de casa e seus filhos, que ficavam a cargo de uma menor. Este dado chamou a atenção da entrevistadora, que perguntou se poderia entrevistar igualmente esta outra empregada. Diante da resposta afirmativa, deparou-se com S., de 12 anos.

S., que cursa a 4ª série do Ensino Fundamental a noite, por sua vez, teve com destaque em sua entrevista seus planos para o futuro: ser empregada doméstica de "uma casa bonita, de gente rica".

Muito embora S. tenha a vedação Constitucional do trabalho[8], a necessidade, a falta de perspectivas e desinteresse pelo estudo levam esta menor a considerar como melhor possibilidade de futuro a possibilidade de ser continuar sendo doméstica.

Ao realizar a presente pesquisa verificou-se que o emprego doméstico serve de porta de entrada a muitas jovens para o mercado de trabalho. Em quase toda a Região dos Lagos, em especial, no município de Cabo Frio, há crianças e adolescentes de 10 a 17 anos exercendo este ofício. A proporção de crianças e adolescentes que trabalham como domésticas oscilou entre 13 e 18% nos municípios da região pesquisada.

Especialmente no município de Cabo Frio, esse percentual chega a 17%. Além disso, confirmou-se que, em sua maioria, as empregadas domésticas têm baixa escolaridade. Cerca de 58% tinham o ensino fundamental incompleto. A análise do nível de escolaridade das trabalhadoras domésticas revelou que essa atividade era a principal fonte de emprego das mulheres que tinham opções limitadas de inserção no mercado de trabalho (tabela 2).

---

[7] O questionário trazia as seguintes perguntas:
1. Nome, idade, sexo, etnia
2. Nível de escolaridade
3. Você tem carteira assinada? □ Sim □ Não
4. Você tem 30 dias de férias por ano? □ Sim □ Não
5. Qual o seu salário? □ Até 1 S.M. □ 1 S.M □ De 1 a 2 S.M. □ Mais de 2 S.M. □ Mais de 3 S.M
6. Você trabalha quantas horas por dia? □ Até 8 horas □ Mais de 8 horas
7. Você trabalha quantos dias por semana? □ Até 3 dias □ Mais de 3 dias
8. Como é seu relacionamento com os patrões?
9. Quais os seus planos de futuro?
10. Qual sua principal preocupação no trabalho?

[8] Presente no Artigo 7º inciso XXXIII da CRFB

Tabela 2. Nível de escolaridade[9]

4. A pesquisa de campo e as entrevistas

Analisando a faixa etária, foram verificadas certas peculiaridades entre as domésticas, segundo a forma de contratação e escolaridade. Entre as com carteira de trabalho assinada, houve menor centralização na faixa etária de 25 a 39 anos. Em relação à contratação fora dos padrões legais, foi verificado um contingente expressivo de meninas entre 10 e 17 anos nessa ocupação.Já nas domésticas com faixa etária entre 40 e 70 anos, com carteira assinada, foi relativamente maior do que sem carteira assinada. A apreciação da distribuição da atividade doméstica, segundo a idade, mostra que a formalização da atividade doméstica está vinculada ao fato de as trabalhadoras mais jovens participarem menos dessa atividade, ou seja, há influência das mulheres mais velhas. Assim, chega-se a conclusão de que as trabalhadoras mais jovens têm maior tolerância ao trabalho informal pelo fato de estarem ingressando no mercado de trabalho e as mulheres mais velhas, ao contrário, permanecem por mais tempo em seus empregos, uma vez que buscam maior segurança através da contratação formal.

	Cabo Frio	Belo Horizonte	Brasília	Porto Alegre	Recife	Salvador	São Paulo
Analfabeto	6	4,8	4,5	3,1	14,2	9,5	7,9
Ensino Fundamental Incompleto	58	63,3	56,1	64,7	61,0	57,2	61,3
Ensino Fundamental Completo	14	12,8	15,2	16,7	9,9	11,5	14,1
Ensino Médio Incompleto	9	6,2	8,8	5,4	5,3	9,0	5,4
Ensino Médio Completo	12	12,7	15,2	9,6	9,1	13,7	10,9

[9] Fonte: Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e entidades regionais.

O salário mínimo tende a ser um indicador para a determinação da remuneração do trabalho doméstico. Entre 1998 e 2004, sua trajetória diferenciou-se da apresentada pela renda média do conjunto dos ocupados, pois o salário mínimo teve sucessivos aumentos reais. Nesse período, assistiu-se a uma expressiva redução da média do trabalho dos ocupados. Porém, para os domésticos essa redução não foi sentida com tanta intensidade. Ao contrário, chegou mesmo a haver ligeiro crescimento em alguns Estados.

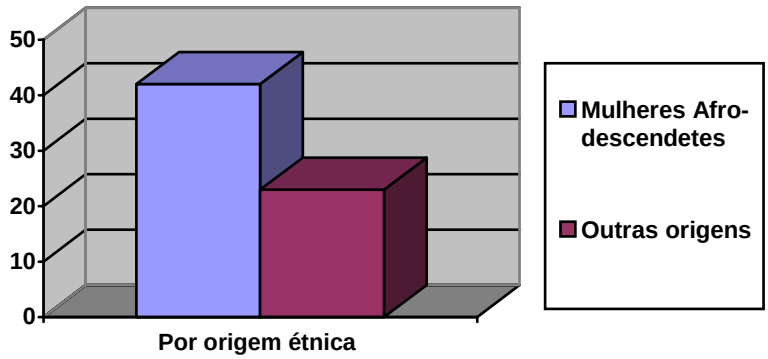
De acordo com as estatísticas, 94% do total de empregados domésticos são mulheres e sendo assim, a análise apresentada neste trabalho refere-se unicamente às empregadas domésticas, ou seja, o contingente masculino, pouco presente neste segmento do trabalho, foi excluído.

No conjunto da Região dos Lagos, cerca de 11% das mulheres encontra no emprego doméstico uma alternativa de trabalho e sobrevivência. No caso das trabalhadoras afro-descendentes essa presença é substancialmente maior. As taxas encontram-se em 42%[10]. O mercado de trabalho local também absorve parcela expressiva do contingente feminino em postos de trabalho do setor público municipal, o que faz com que exista maior demanda para o trabalho das domésticas

A maior alternativa de trabalho para as mulheres afro-descendentes tem sido o emprego doméstico. Comparativamente, em toda a Região dos Lagos, especialmente no município de Cabo Frio, a proporção das mulheres negras ocupadas nessa atividade superou, em média 19% das mulheres brancas. [11]

.

Gráfico 1



[10] Gráfico 1
[11] Adotou-se o método da auto-declaração.

As impressões colhidas junto a estas mulheres impressionaram os entrevistadores e algumas delas foram destacadas para que pudessem ilustrar ao observador externo a profundidade da problemática investigada:

Ao serem perguntadas sobre o gozo de trinta dias anuais de férias, cerca de 40% das entrevistadas informou que "vendiam" suas férias – estas direito indisponível – por necessitar do dinheiro e não do descanso. Ou mais do dinheiro que do descanso.

Gilciane, 43 anos, negra, mãe solteira de sete filhos, com o nível fundamental incompleto, afirmou – como 28% das entrevistadas - ter como plano futuro ver seus filhos alfabetizados e bem empregados, e citou como exemplo de emprego ideal motorista de ônibus e vendedor.

Maria, 31 anos, branca, casada e mãe de três filhos, afirmou, como 14% das entrevistadas sofrer assédio moral por parte da empregadora, e humilhações cotidianas.

V., 12 anos, negra, grávida de quatro meses, trabalha dez horas por dia e não freqüenta a escola, por não ter tempo e por vergonha da gravidez, recebe mensalmente a quantia de R$180,00 (cento e oitenta reais).

Claudiane, 14 anos, por sua vez, e bem como 72% das "domésticas das domésticas" recebe menos de R$100,00 (cem reais) por mês e é responsável por três crianças, respectivamente de três, quatro e sete anos.

Considerações Finais

Pode-se depreender do ensaio, referente, como anteriormente mencionado, a um estudo que ainda se encontra em fase de desenvolvimento, inúmeros fatores de cunho jurídico, sociológico, econômico e antropológico.

As condições de trabalho a que são submetidos os menores, ou no caso concreto, por maioria esmagadora, as menores no Brasil, e em especial a Região dos Lagos é degradante, ilegal e preocupante, apenas para economizar na adjetivação.

A Constituição é clara quando diz que é vedado qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos (Art. 7º , XXIII). Sob a ótica meramente positivista, trata-se de uma afronta aos Direitos Humanos mais basilares.

Não obstante, o destino que se apresenta para estas meninas é o da mais absoluta falta de perspectiva de ascensão na pirâmide social, ao se afastar dos bancos escolares para prover muitas vezes, o sustento de sua família com o sub-emprego, sem qualquer registro formal, de domésticas de outras empregadas domésticas.

Todo e exposto demonstra que a mais-valia e a opressão não são privilégio da burguesia, e que este círculo de relações de trabalho representa, hoje, uma das chagas abertas na sociedade brasileira, cabendo a Academia o papel de revelá-las, objetivando, ao expor suas entranhas, discutir formas de minimizar os efeitos da miséria, tão característicos do neoliberalismo.

A principal conclusão a que este ensaio chega é que este assunto encontra-se muito longe se esgotar. Certo ou errado, o desenrolar da pesquisa nos convenceu que palmilhávamos um caminho quase virgem e não podia querer derrubar quem se dava por muito feliz em ter aberto uma pequena lareira. Quanto mais se aprofunda a investigação, mais resta claro que ela é inesgotável.

Discutir, propor, expor, todos estes verbos devem ser perscrutados como fundamentos para as propostas de uma sociedade que busca um só objetivo: a busca incessante da paz social.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2007

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006

LUCAS, Carlos Moreira de. Contrato de empregado doméstico *in* Revista do Direito do Trabalho. São Paulo, n.36, 1982.

MORAES FILHO, Evaristo de. Apontamentos de Direito Operário. São Paulo: LTr, 1998

PINTO, L.A. Costa. *O negro no Rio de Janeiro*: relações de raças numa sociedade em mudanças. Rio de Janeiro: UFRJ Editora, 1998

ROMITA. Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo:LTr, 2005

TRABALHADORAS NA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA DO CAPITAL: QUAL DIREITO?

Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega [**]

Carla Miranda[*]

RESUMO

O estudo analisou os direitos das trabalhadoras dentro da reestruturação produtiva do capital e a feminização do mundo do trabalho caracterizado pelo crescimento acentuado dos postos de trabalho feminino ao lado da expansão de trabalhos precarizados. Foram objetivos da pesquisa identificar as legislações (flexibilizações) contraditórias com os princípios constitucionais protetivos, no sentido de perceber as bases para uma interpretação e aplicação do direito que colabore com a efetivação dos direitos sociais das mulheres. Pretendeu-se também analisar como a desigualdade de gênero é tratada pelo direito desvelando como o princípio constitucional da igualdade perante a lei afeta as relações materiais de desigualdade de gênero. Por ser uma pesquisa sócio-jurídica, em que são levadas em consideração as análises da situação real em que se configura o mundo do trabalho para uma reflexão coerente com como ele deveria ser, a metodologia adequada foi a dialética. Percebemos que a flexibilização e a desregulamentação do mundo do trabalho atingem de forma acentuada toda a classe trabalhadora, mas de maneira mais intensa e particular a mulher trabalhadora. A feminização do mundo do trabalho alia-se a "responsabilidade" social das mulheres de realizar os trabalhos domésticos. Isso caracteriza uma dupla exploração, fato que a lei, geral e abstrata, não desmascara. Trata-se aqui da necessidade de efetivar o direito humano ao trabalho. Não basta que o Estado seja garantidor dos direitos individuais, mas é necessário que atue com políticas equalizantes no sentido da efetivação dos direitos sociais. Neste aspecto a legislação brasileira abarcou a CEDAW, que avançam no sentido da superação de uma igualdade apenas formal. No parágrafo 14 do seu preâmbulo diz da necessidade de modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família. A convenção 156 da OIT reafirma este compromisso. As contradições entre legislações protetivas e flexibilizadas são superadas através da mediação da práxis jurídica progressista no sentido da evolução da sociedade se o caminho adotado perceber que o vetor histórico social, que a direção do progresso nesse momento é a utilização em nossa prática jurídica de noções que construam uma nova cultura dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO DO TRABALHO, GÊNERO, FLEXIBILIZAÇÃO, REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA

[**]Mestre e Doutora em Direito da PUC SP. Professora da UFG Pesquisadora CNPQ.

[*] Estudante de Graduação em Direito na UFG. Bolsista CNPQ/UFG.

ABSTRACT

The study it inside analyzed the rights of the workers of the productive reorganization of the capital and the feminização of the world of the work characterized for the accented growth of the ranks of feminine work to the side of the expansion of precarizados works. They had been objective of the research to identify the legislações (flexibilizações) contradictory with the protetivos principles constitutional, in the direction to perceive the bases for an interpretation and application of the right that collaborates with the efetivação of the social rights of the women. It was also intended to analyze as the sort inaquality is treated by the right desvelando as the constitutional principle of the equal protection of law affects the material relations of sort inequality. For being a partner-legal research, where the analyses of the real situation are taken in consideration where if it configures the world of the work for a coherent reflection with as it would have to be, the adequate methodology was the dialectic. We perceive that the flexibilização and the deregulation of the world of the work reach of accented form all the diligent classroom, but in more intense and particular way the diligent woman. The feminização of the world of the work enters into an alliance it "social responsibility" of the women to carry through the domestic works. This characterizes a double exploration, fact that the law, generality and abstract, does not unmask. One is here about the necessity to accomplish the human right to the work. It is not enough that the State is warranting of the individual rights, but is necessary that it acts with equalizantes politics in the direction of the efetivação of the social rights. In this aspect the Brazilian legislation accumulated of stocks the CEDAW, that advances in the direction of the overcoming of an only formal equality. In paragraph 14 of its preamble it says of the necessity in such a way to modify the traditional paper of the man, as of the woman in the society and the family. Convention 156 of the OIT reaffirms this commitment. The contradictions between protetivas and flexibilizadas legislações are surpassed through the mediation of the praxis legal progressive in the direction of the evolution of the society if the adopted way to perceive that the social historical vector, that the direction of the progress at this moment is the use in legal practical ours of slight knowledge that construct a new culture of the human rights.

KEYWORDS: RIGHT OF THE WORK, SORT, FLEXIBILIZAÇÃO, PRODUCTIVE REORGANIZATION

INTRODUÇÃO

A categoria Trabalho para Lukács aparece como "protoforma do agir humano, sendo que a essência do Trabalho é a expressão da ação teleológica existente em toda a práxis humana" (NOGUEIRA, 2005). Retomando Engels, ao analisar a transformação do macaco em homem, diz ele do papel do trabalho na humanização do ser social, completa Nogueira.

O reconhecimento da inserção social da mulher no mundo do trabalho foi tardio e ainda hoje resquícios disso são percebidos. Essa inserção tardia, e ainda hoje condições desiguais, mostram que o próprio reconhecimento da mulher como ser social igualmente aos homens ainda não foi completado.

Esse fato se reflete em vários aspectos da vida social e a análise da categoria gênero é necessária para discutir tais desigualdades e ajudar a superá-las.

Analisar tais condições das mulheres trabalhadoras revela claramente essa desigualdade devido à centralidade do trabalho no sistema capitalista em que estamos inseridos. A reflexão sobre os direitos destas trabalhadoras denuncia a construção do olhar sobre essa desigualdade e a reprodução dela pelo Estado, já que lhe cabe o monopólio da produção do direito no sistema jurídico atual, em que prevalecem posturas positivistas. Oferece também uma visão contextual para instrumentar nossa luta na conquista de outros direitos e exigir a garantia dos já existentes.

1. O trabalho da mulher na história-considerações

Ao longo da história, verifica-se uma omissão quanto a especificações do trabalho da mulher. O que o feminismo desvendou, questionando os conceitos e estudos existentes sobre o mundo do trabalho, foi uma injustiça flagrante: entre a "presença real" das mulheres no mundo do trabalho e sua "ausência simbólica". Ou seja, ausência da "história oficial", da imagem do "trabalhador padrão", do próprio conceito de trabalho que não daria conta de grande parte das atividades produtivas e reprodutivas realizadas pelas mulheres.

Na Antiguidade, por exemplo, elas só passaram a ser recenseadas a partir do século III d.C. Segundo Perrot, citada por Nogueira, nessa época, filósofos, teólogos, juristas, moralistas etc afirmavam que as mulheres eram destinadas pelo seu lugar e seus deveres. Tanto a mulher livre como a escrava tinham seu trabalho pertencente ao espaço doméstico, suas tarefas incluíam higiene e alimentação dos homens e das crianças. (NOGUEIRA, 2004, p.4)

Na Idade Média verificava-se uma divisão interna do trabalho das mulheres por categorias. As solteiras, as mães, as mulheres de meia idade eram responsáveis por tarefas diversas, mas sempre atividades reprodutivas ligadas ao espaço doméstico. As mulheres camponesas, além de atuarem com os maridos na agricultura também eram responsáveis pelas tarefas domésticas. Porém "o período se caracteriza por escassez de relatos e história sobre a condição feminina". (PERROT, 1994, vol.II, p. 16)

Somente na Idade Moderna, com as turbulências do período pré-Revolução Industrial as relações entre homens, mulheres e trabalho começaram a mudar. As mulheres solteiras já tinham atividades fora de casa. Ocupavam em sua maioria de vendedoras ambulantes, amas, lavadeiras, trabalhavam no ramo da seda, rendas, tecidos. Após a revolução industrial, surgiu o proletariado feminino, embora ainda com muito preconceito às mulheres que ingressavam no mundo das fábricas.

Pode-se dizer que a visibilidade da mulher no mundo do trabalho só se deu efetivamente com o advento da maquinaria. A partir daí é dispensada a força muscular, pois o "trabalho humano passa então a ser um apêndice da máquina" (MARX, 1971).

Assim, considerar a mulher trabalhadora apenas a inserida na grande indústria capitalista reforça a injustiça cometida pela historiografia ocidental com as mulheres. Ainda muito tempo depois seus reflexos estão presentes, "os trabalhos de mulher eram aqueles que se adaptavam mais às suas capacidades físicas e aos seus níveis inatos de produtividade". (SCOTT apud NOGUEIRA) Por isso dizemos que a inserção da mulher na grande indústria capitalista apenas revelou a presença das mulheres no trabalho produtivo, mas o trabalho da mulher ainda não foi reconhecido como trabalho que produz riqueza, que constrói a história.

A indústria capitalista também passou por várias mudanças, a inserção de mulheres e crianças e as mudanças tecnológicas o mostram. A revolução da informática, das telecomunicações e da microeletrônica, trouxeram transformações tão intensas para o mundo do trabalho, principalmente nos fins da década de 1980, que permitiram a alguns teóricos preverem tendencialmente o fim do trabalho, mas o que se percebe é uma modificação e adequação do mundo do trabalho a essa nova estrutura produtiva (RIFKIN apud ANTUNES).

O período atual, chamado de globalização hegemônica neoliberal, adota processos produtivos de conseqüências nefastas para os/as trabalhadores. A desconcentração industrial, novos padrões de gestão da força de trabalho, o padrão "toyotista" às vezes mesclado aos padrões "fordista-taylorista", dependendo das condições econômicas, sociais, e culturais de cada localidade.

Um dos fenômenos das transformações do mundo do trabalho é a chamada feminização do mundo do trabalho, ou seja, um crescimento acentuado dos postos de trabalho feminino acompanhado da expansão de trabalhos precarizados (trabalho em domicílio, com pagamento por peça, informalidade, trabalhos parciais e temporários), assim como eram os trabalhos das mulheres nas origens do capitalismo. Esse fenômeno

acompanha a mundialização do capital e se apresenta de forma mais ou menos específica em diferentes países de acordo com o avanço do capitalismo.

No Brasil, um país de capitalismo tardio, ocorreu uma expansão industrial que se sustentou, e ainda se sustenta num

> processo de super exploração do trabalho, dado pela articulação de baixos salários, uma jornada de trabalho prolongada e de fortíssima intensidade, dentro de um padrão industrial significativo para um país subordinado. Esse padrão de acumulação desenvolveu-se com muita força, especialmente ao longo das décadas de 50 a 70 [ANTUNES, 1999, p. 236].

Araújo afirma que a participação da mulher brasileira foi crescente entre as décadas de 20 e 80 acompanhando os processos de industrialização brasileira. Essas mulheres ocupam postos de trabalho tradicionalmente considerados femininos, entre os quais os de lavadeiras, cabeleireiras, manicures, professoras, balconistas, telefonistas ou de produção para o consumo próprio e familiar, além do trabalho doméstico. Mas,

> mudanças significativas no emprego da mão-de-obra feminina foram observadas, a partir de 1990, no Brasil, quando começou a se falar em feminização do mercado de trabalho. Estas mudanças recentes na ocupação feminina só podem ser entendidas como parte de um processo mais amplo de transformação do capitalismo, que vem sendo identificada com os processos de globalização e de reestruturação produtiva [ARAÚJO, 2001-2002, p. 134].

A Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD)[1] nos mostra que as taxas de atividade masculina mantiveram patamares semelhantes e a das mulheres se ampliou significativamente na década de 80 e mais ainda na década seguinte quando atingiram, em 1998, 47,55 %.(NOGUEIRA, 2004, p.68). A autora segue ressalvando que este aumento também foi reflexo da mudança da metodologia da pesquisa, que, desde 1992, passou a considerar no conceito de trabalho atividades para auto consumo, a produção familiar e outras até então não consideradas trabalho.

O resultado deste trabalho mostra ainda "que a mulher é majoritária em todos os setores de atividades cuja remuneração está estipulada em até dois salários mínimos e de modo inverso à medida que os valores salariais vão elevando-se" (NOGUEIRA, 2004, p.71). A maioria de mulheres no setor de serviços reforça essa verificação.

[1] Fonte: Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (FIBGE): Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) (em Bruschini e Lombardi, Fundação Carlos Chagas, s/d., p. 3) citado por Nogueira,2004, p.69.

Situação ainda mais precarizada por serem normalmente os postos de trabalho mais voláteis e instáveis.

O fato de mulheres se concentrarem nos postos de trabalho mais precarizados (os chamados trabalhos parciais, banco de horas, temporários, informais, domiciliar, setor de serviços...) associa-se à "responsabilidade" social das mulheres realizarem os trabalhos domésticos, o que caracteriza uma dupla exploração e precarização. Esta constatação reflete a desigualdade de gênero, pois legitima os menores salários das mulheres e não reconhece como trabalho o doméstico.

Os agentes tomadores de trabalho no regime capitalista se aproveitam dessa opressão sobre as mulheres para rebaixar os salários de todos os trabalhadores. Criam-se formas jurídicas que precarizam o trabalho, mas "permitem" às mulheres conciliar seu trabalho fora de casa com o de dentro de casa. Sob a justificativa do desemprego, estes modelos de trabalhos precários tornam-se a regra fazendo com que sejam rebaixados os salários de todos os trabalhadores.

2- A precarização do trabalho e o trabalho da mulher

Verifica-se que, com o advento da grande indústria capitalista as mulheres se inseriram no mercado de trabalho, mas essa inserção vem acompanhada de uma intensa precarização, que se reflete inclusive na superexploração de toda a classe trabalhadora. NOGUEIRA conclui assim que "a flexibilização e a desregulamentação do mundo do trabalho vem atingindo de forma acentuada toda a classe trabalhadora, *mas de maneira muito mais intensa e particular quando se trata da mulher trabalhadora*" (NOGUEIRA, 2004, p.83. Grifos no original).

Todas essas mutações são uma forma de "flexibilizar" a produção para se adequar à lógica exigida pelo mercado e a essa fase chamamos de reestruturação produtiva do capital. Nesse processo, a gestão da força de trabalho tem papel fundamental e por isso as legislações são também "flexibilizadas", visando a dotar o capital do instrumental necessário a adequar-se a sua nova fase.

No Brasil vivemos um processo de flexibilização branca, pois a adequação vem através de leis esparsas e principalmente de medidas provisórias, o que dificulta a resistência dos movimentos organizados. São exemplos: a Lei 9601/98 (que amplia as modalidades do contrato de trabalho por prazo determinado e cria o banco de horas); a Lei 10208/2001(que introduz a possibilidade - e não o dever - de o empregado

doméstico ter acesso ao FGTS e ao seguro desemprego); e a MP 1952-20/2000 (que cria o trabalho parcial).

Ao lado desse processo, percebemos uma pequena legislação ainda protetiva sobrevivente à flexibilização. Além dos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos são os maiores instrumentos, dentre eles: as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especialmente as Convenções 100, 103, 111 e 156; O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC); e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW).

3- Proposta metodológica

Essa contradição deve ser analisada pelo método dialético para se chegar a quais direitos prevalecem às trabalhadoras em tempos de reestruturação produtiva do capital. Permite-se assim ponderar sobre a flexibilização ou os direitos protetivos - Direito do Capital ou Direito do Trabalho? A partir daí, pretende-se apresentar a categoria gênero útil na aplicação do direito, de forma a garantir os direitos das mulheres na situação desigual que estão no mundo do trabalho.

A metodologia dialética implica em conhecer a realidade a partir das suas contradições e das contradições sobre o discurso que a descreve. Essa metodologia é útil porque “a compreensão do fenômeno jurídico não pode estar apenas na análise de seus aspectos formais, mas sobretudo, na relação desses aspectos com a realidade fática, concreta ou histórica” (MACHADO, 2005).

Uma opção metodológica dialética no campo do direito, com abordagem transversal da categoria gênero, levará a conclusões incompatíveis com a ciência positivista do século XIX, em que são válidos os pressupostos epistemológicos cartesianos.

Os princípios cartesianos do individualismo, universalismo e objetivismo[2] são incompatíveis com uma produção de conhecimento que leva em consideração a realidade histórica de opressão dos ricos sobre os pobres, de patrões sobre operários, de homens sobre mulheres. Por isso, é necessário "reconhecer os limites da autonomia da ciência e tornar explícita sua relação com o contexto cultural, social e econômico que ocorrem"(SANTOS, 2005). Assim, as epistemologias feministas são úteis nessa proposta de ciência que supere as opressões de gênero.

4-As transformações na ordem jurídica brasileira e o direito das trabalhadoras

O quadro abaixo sistematiza algumas das normas jurídicas que estabelecem ou alteram legislação trabalhista no Brasil, que de forma geral afetam as trabalhadoras.

Norma Jurídica	**Ementa**	**Comentário**
Emenda Constitucional 47 (05/07/2005)	Altera os arts. 37,40, 195 e 201 da Constituição Federal	Entre outros, dispõe sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender trabalhadoras de baixa renda sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência (não define os critérios do benefícios)
Emenda Constitucional 45 /2004	Dentre outros, altera art. 114 da CF	Altera dentre outros, a competência da Justiça do trabalho para processar e julgar ações oriundas das relações de trabalho.
Lei 10421 (15/04/2002)	Altera a CLT	Estende à mãe adotiva o direito à licença e salário maternidade.
Lei 10244 (27/06/2001)	Revoga o art. 376 da CLT	Revogada a proibição do exercício de horas-extras por mulheres.
MP 1952-20	Acrescenta art.	Cria o trabalho parcial e amplia a

[2] De acordo com os pressupostos epistemológicos cartesianos, a realidade tem uma estrutura ou natureza objetiva, independente e não afetada pela compreensão humana ou por suas perspectivas (objetivismo), os seres humanos obtém conhecimentos sobre o mundo como indivíduos solitários e não como membros socialmente constituídos, componentes de grupos historicamente mutantes (individualismo epistemológico) e as faculdades da razão e da sensação são ´potencialmente as mesmas em todos os seres humanos, independente de sua cultura, raça, classe ou sexo (universalismo). Alison M. Jaggar, Susan R. Bordo. Gênero, Corpo, Conhecimento. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 1997.

(03/02/2000), convertida na Lei 10243/2001	58-A e §§ 1º e 2º e altera §2º do art. 59 da CLT	compensação da jornada flexível de 120h para 1 ano.
Lei 10218 (11/04/2001)	Acrescenta dispositivo ao art.487 CLT	Horas extras e aviso prévio.
Lei 9799 (26/05/1999)	Insere ao arts. 373-A, 390-A, 390-B, 390-C, 390-D, 390-E, 392 §4º, 401-A, 401-B na CLT.	Insere na CLT regras sobre a proteção ao trabalho da mulher (proíbe discriminações por sexo)
Lei 8921/94 (25/07/1994)	Altera inciso II do art. 131 da CLT	Retirou-se a expressão “aborto criminoso”, ficando apenas “aborto”, como um dos motivos a não ser considerado falta ao serviço para efeito de férias.
Constituição Federal de 1988		
MP 2104 convertida em lei 10208/2001		Facultatividade, e não obrigatoriedade, de FGTS para empregadas domésticas.
Lei 9601/98 (regime de urgência)	Amplia as hipóteses do art.443 §2º e dá nova redação ao §2º do art.59 da CLT	Amplia as possibilidades do contrato temporário, ou por prazo determinado e cria o banco de horas com sistema de compensação quadrimestral.
	Ratificação da convenção 175	Convenção sobre trabalho Parcial
	Ratificação do CEDAW	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher
	Ratificação do PDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

	Ratificação da convenção 156	Convenção sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores: trabalhadores com encargo de família

Esse quadro nos permite identificar alguns fatores demonstrativos de que o conceito de gênero ainda não foi englobado pelo direito do trabalho.

A maioria das leis trabalhistas reproduzem a igualdade perante a lei, característica das primeiras cartas e declarações de direitos datadas das revoluções liberais francesa e americana. Além das proteções à maternidade, a legislação não prevê outro tipo de equalização para a desigualdade histórica entre mulheres e homens.

O dogma da igualdade formal entre todos os sujeitos de direito, desconsiderando a desigualdade histórica a que estão submetidas às mulheres no processo do mundo do trabalho proíbe discriminações, mas não garante o acesso a trabalhos dignos para as mulheres.

Nalu Faria, sobre a ausência de políticas equalizantes diz “o Estado não é neutro, e se não houver uma intencionalidade de reequilibrar essas relações, as políticas de estado acabam reforçando as atuais relações e sua naturalização”.

Trata-se aqui da necessidade de efetivar os direitos humanos de segunda geração. Não basta que o Estado seja garantidor dos direitos individuais, mas é necessário que atue para efetivar os direitos sociais. A indivisibilidade dos direitos humanos (princípio descrito no PDESC) exige seu cumprimento integral, sob pena das violações continuarem existindo.

Neste aspecto a legislação brasileira abarcou em 1º de fevereiro de 1984 a CEDAW, que avançam no sentido da superação de uma igualdade apenas formal. No parágrafo 14 do seu preâmbulo diz que “para alcançar a plena igualdade entre homem e mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família”.

A convenção 156 da OIT, reafirma o compromisso da CEDAW. A convenção sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores: trabalhadores com encargo de família, em seu Art. 4º afirma como meta adotar medidas para dar condições a trabalhadores com encargo de família de exercer seu direito à livre escolha de emprego.

Apesar de ratificadas pelo Brasil, ou seja, terem validade de lei em nosso país, algumas medidas foram adotadas posteriormente que dificultam o alcance daqueles objetivos.

As medidas que mais intensamente afetaram as trabalhadoras foram o trabalho parcial, o trabalho temporário e o banco de horas, validados no ordenamento pela MP 1952-20 /2000 e lei 9601/98, respectivamente. Todas medidas executivas ou lei em regime de urgência, em que não acontecem debates amplos.

Essas medidas fazem parte do que o ex-ministro do trabalho Edward Amadeo defendeu como pacote contra o desemprego, e acompanham uma política mundial de redução da jornada de serviço.

> Essa redução é uma tentativa de aumentar a oferta de empregos, que resultaria da necessidade de contratar funcionários para cobrir o tempo reduzido de produção, apresentando-se, assim, como um mecanismo de política de emprego e de ampliação horizontal do mercado de trabalho." (NASCIMENTO, 2005, p.897)

Por um lado, essa lei responde a reivindicações históricas dos sindicatos de trabalhadores. Porém, ao contrário do que queriam os sindicalistas, a redução da jornada vem acompanhada da redução proporcional dos salários, o que faz diminuir o ganho mensal do trabalhador.

Os resultados foram diversos dos objetivos iniciais das medidas. Apesar de pesquisas apresentarem uma certa redução de desemprego, posteriormente, empregos por jornada normal (de até 44horas semanais) foram sendo substituídos por jornadas parciais (de até 25 horas semanais), já que a lei não proíbe a admissão de empregados nesse tipo de contrato, conclui Nascimento.

Uma das medidas mais graves é a jornada flexível, ou banco de horas na linguagem empresarial. A jornada de trabalho inicialmente de 44 horas semanais, passa pela lei 9601/98 a ser contada quadrimestralmente, e pela MP1952-20 /2000 passa a ser de 1 ano.

A empresa passa a controlar o tempo do empregado conforme as necessidades da produção: para um momento de pico, haveria jornada semanal ampliada (horas normais mais suplementares), para um momento de refluxo produtivo, jornada semanal reduzida. O pagamento das horas extras só ocorreria após um ano, caso ao longo desse período o empregado tenha trabalhado mais que a jornada anual. O dispositivo livra a

empresa de contratar novos empregados no período máximo de produção, inviabilizando aumento de postos de trabalho e mantendo níveis de desemprego.

Além de ficar a disposição dos horários da empresa, em termos de rendimento para o trabalhador, o banco de horas resulta em perdas. Sendo o valor da hora extraordinária o equivalente a, no mínimo, 50% a mais que a hora normal (CF, art. 7º, XVI), configura-se perda a não remuneração dessas horas, transformadas em horas de igual valor no sistema de jornada flexível (onde se troca uma hora trabalhada além da jornada por outra hora de trabalho não trabalhada na jornada normal).

A lei 9601/98, aprovada em regime de urgência sem os necessários debates, cria o contrato de trabalho por prazo determinado, também conhecido como contrato temporário, ampliando as hipóteses previstas no art. 443, § 2º, da CLT.

O trabalhador temporário deixa de ter direito a parcelas do contrato de trabalho por tempo indeterminado, legalmente considerado o contrato de trabalho típico. O contrato pela nova regra não recebe o aviso prévio (equivalente a 30 dias de salário imediatamente anteriores à despedida) nem a multa de 40 % sobre o FGTS, direitos pagos ao fim do contrato por tempo indeterminado, que representam, em geral, maior peso dentre as verbas rescisórias. Além disso, o valor do depósito mensal do FGTS é reduzido de 8%, no contrato normal, para 2% sobre a remuneração do contratado durante um período de dezoito meses (a MP 1779, em sua 11ª edição de junho de 99 dobra esse período).

Há na lei uma tênue limitação (insustentável diante de práticas fraudulentas) para que não ocorra a substituição de contratos por tempo indeterminado por contratos temporários. Assim, o trabalho precário, por sua instabilidade, torna-se a regra dos empregos.

Tanto o banco de horas como a fixação prévia para o fim da vigência do contrato por prazo determinado devem ser estabelecidos em negociação coletiva. As negociações permitem diferentes possibilidades, o que nos sugere vários aspectos significativos: primeiro, a importância desse espaço político sindical que é a negociação; e segundo, é que alguns sindicatos conseguem, mesmo diante da proposta da jornada flexível, estabelecer vantagens (como a redução da jornada) em contraposição a precarização inerente ao banco.

Ao não dispor expressamente sobre a redução da jornada de trabalho, a lei tende a obscurecer as garantias conquistadas sob a forma de contrapartida em negociações coletivas. A lei trata do que é importante para o patronato, que é a jornada

flexível, sem considerar uma reivindicação histórica dos trabalhadores, e pouco a pouco conquistada por algumas categorias profissionais: a redução, progressiva ou não, da jornada de trabalho sem a redução salarial.

De forma geral essa medidas afetam todos os trabalhadores, porém de forma mais intensa afetam as mulheres trabalhadoras. São as mulheres ainda a maioria das trabalhadoras com encargo de família.

A ausência de políticas equalizantes que reconhecem essa desigualdade e permite às mulheres "condições de exercer seu direito à livre escolha do emprego" (convenção 156 OIT) faz com que sejam elas as mais vulneráveis aos trabalhos precários.

Como a maioria das empresas, e o Estado não cumprem a convenção 156 da OIT no oferecimento de serviços de assistência à infância e na adoção de outras políticas públicas, a qualificação das mulheres é mais dificultada. Assim elas são mais submetidas aos trabalhos precários (parciais, temporários, instáveis) que ainda "permitem" a conciliação com seus trabalhos de casa.

Não considerar as atividades domésticas como trabalho produtor de riqueza intensifica a exploração da trabalhadora. Não há produção legislativa no sentido desse reconhecimento, além da recente emenda constitucional nº 47, que prevê a aposentadoria das donas de casa, mas ainda não define os critérios de contribuição. Há que se ressaltar também a ausência de proteção específica para os trabalhos domiciliares.

Estes são aqueles feitos pela mão de obra familiar em suas próprias casas. É muito comum no setor de confecções, em que as famílias recebem por peça produzida. Esse trabalho é regulado pelo código civil como prestação de serviço, não existindo nenhuma garantia trabalhista. Além dessa precariedade normalmente é conciliado com a realização das atividades domésticas, o que faz com que as mulheres nesse ramo não tenham controle das horas trabalhadas, estando disponíveis ao trabalho durante o todo o dia.

A emenda constitucional nº 45/2004 ampliou a competência da justiça do trabalho de conflitos que envolvessem relações de emprego, para conflitos que envolvam relações de trabalho. Mas essa ampliação ainda não abrange a atividade doméstica, trabalho que a grande maioria das mulheres, com atividades fora de casa ou não, são as responsáveis.

O trabalho objeto do direito do trabalho é aquele em que a prestação do trabalho seja, pelo trabalhador, juridicamente devida a alguém, ou que possa ser exigida por alguém. “Existe, portanto, uma relação jurídica, cujo quadro é, no direito privado, o do contrato” afirma Paiva. E completa

> A subordinação não é propriamente uma dependência pessoal ou servil. Pelo contrário, conforme a grande maioria dos doutrinadores pátrios a subordinação do empregado é a jurídica, uma vez que provem de um contrato e nele encontra seus limites e fundamentos. [PAIVA, s/d.]

Além da subordinação como um dos componentes da relação de trabalho que caracteriza relação de emprego, é exigível também que seja atividade econômica. Dessa forma, a atividade de empregada doméstica é regida por lei específica (lei 5859/72), sendo assim “considerados de um modo geral, os que prestam serviços de *natureza não-econômica* à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas” (art.7º, a, CLT, grifo nosso). Ou seja, o direito do trabalho não considera como trabalho produtor de riqueza nem o trabalho doméstico prestado a outrem, nem considera como trabalho a atividade doméstica na própria casa.

Verifica-se com essa análise que o direito é um regulador das atividades empresariais, e até mesmo as expressões de proteção ao trabalhador têm uma função de preservação dos processos capitalistas de mercado. Aparece aqui o que Reich, citado por Grau, chamou de “duplo caráter do direito”.

> O direito, por um lado, organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando à sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial etc.), e, por outro, converte-se em instrumento que lança mão o Estado para influir em tais processos e, a um tempo só, obter a consecução de determinados objetivos de política social – instrumentos destinado ao desenvolvimento de políticas públicas como se vê. Daí por que, prossegue Reich, o direito resulta *duplamente instrumentalizado*: por parte do Estado (social) e por parte dos agentes que atuam no mercado. Nisso é que se deve buscar a razão da contradição fundamental que existe no moderno direito econômico. [GRAU, 2003, pp.126-127, grifos no original]

A aparente contradição (direito do capital x direito do trabalho, para citar Lyra Filho) desaparece se percebermos que “o direito (...) é a tradução da correlação de forças produtivas existentes. O direito acolhe as contradições das relações sociais,

reproduzindo-as, de sorte que, nele, os paradoxos não configuram anomalias, porém elementos essenciais do seu discurso".(GRAU, 2003, p.44)

Ainda Grau, agora baseado em Marx, diz que "todo modo de produção está constituído por uma estrutura global, integrada por três estruturas regionais: a estrutura econômica, a estrutura jurídica-política e a estrutura ideológica. Nesta estrutura global, uma das estruturas regionais domina as demais" (GRAU, 2003, p.49)

Assim o direito não é apenas reflexo da economia e fator de dominação de uma classe sobre outra como algumas interpretações mecanicistas o querem reduzir. O direito é constitutivo do modo de produção. Assim, cada modo de produção tem um direito específico.

O direito como elemento constitutivo do modo de produção atua como mediação específica e necessária das relações de produção "de modo tal que as relações de produção capitalista não se podem reproduzir sem a 'forma' do direito" (GRAU, 2003, p.57). O direito do modo de produção capitalista é um universo no qual se movimentam sujeitos jurídicos dotados de igualdade (perante a lei), na prática da liberdade de contratar, completa GRAU.

Por isso, o trabalho objeto do direito do trabalho sempre será aquele em que uma parte (empregador-detentor dos meios de produção) e outra (empregado-detentor da força de trabalho) são livres e iguais para, através de um contrato, se comprometerem juridicamente.

Apesar desta regra, o que poderíamos chamar de pressuposto básico do direito do trabalho, as relações de produção sofrem modificações, e com ela o direito que garante sua existência também. Em alguns momentos, exige-se uma intervenção maior do estado na garantia de realização de políticas (Estado do bem estar social), em outros, exige-se a intervenção mínima desse Estado (Estado liberal). Porém, é através do direito que se concretizam essas intervenções ou "omissões" balanceadas de acordo com a exigência do mercado, mas sempre com o pressuposto jurídico dos sujeitos de direitos, livres e iguais para contratar.

Se cada modo de produção tem um direito que o regula e o mantém, as legislações flexibilizadas nada mais são do que a expressão da adequação das modificações por que passa as relações de produção no início do século XXI.

> É que nos encontramos, nitidamente, em um momento de transformação do modo de produção capitalista, transformação que decorre, fundamentalmente, da revolução da informática, das telecomunicações e da microeletrônica. Ora,

> como cada modo de produção reclama por *um direito*, que é seu, enquanto elemento constitutivo desse mesmo modo de produção, o que ocorre é estarmos a assistir ao princípio de uma transformação no direito do modo de produção capitalista.[GRAU, 2003, p.138, grifos no original]

De toda forma, existe um Estado que atua, através do direito, a fim de preservar e manter o sistema capitalista seja garantindo seu pressuposto básico (sujeitos de direitos, livres e iguais para contratar), seja protegendo o sistema dos efeitos destrutivos do próprio mercado (jornadas especiais de trabalho contra o desemprego) ou promovendo a competitividade da economia (política comercial e aduaneira).

Porém, repito, o direito não é apenas reflexo da economia e instrumento de dominação de classe. Ele se expressa normativamente com essa função, mas num movimento dialético em que se expressam também (e também normativamente) as lutas libertárias dos movimentos sociais, operários, sindicatos e partidos.

Por isso, as normas de legislação flexibilizada e as normas dos pactos internacionais e outras legislações protetivas, são expressão do processo histórico de lutas sociais, dos grupos dominantes e dos grupos dominados.

> Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir a ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.[LYRA FILHO, 1993, p.86]

E completa

> Mas até a injustiça como também o Antidireito (isto é, a constituição de normas ilegítimas e sua imposição em sociedades mal organizadas) fazem parte do processo, pois nem a sociedade justa, nem a Justiça corretamente vista, nem o Direito mesmo, o legítimo, nascem dum berço metafísico ou são presente generoso dos deuses: eles brotam nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis eclipses.[LYRA FILHO, 1993, p.86]

Nesse sentido, o feminismo e a luta das mulheres mostram como o direito verdadeiramente é fruto do processo histórico. As normas (mas não só elas), expressão desse direito, e não direito em si, refletem as conquistas. O direito ao voto, conquista de

igualdade civil, a proteção à maternidade, as legislações que proíbem discriminações... não são suficientes, mas significam que muito já se conquistou.

O conceito de gênero apropriado pelo movimento feminista foi importante instrumento de análise e de organização para a ação e deve também ser incorporado à aplicação do direito. Compreender que valores e símbolos são culturalmente construídos e assim estão presentes na distribuição de poder social será útil na efetivação dos pactos internacionais e na aplicação das normas internas. Será essa uma das contribuições do movimento feminista para a evolução da sociedade no sentido da igualdade real, a verdadeira humanidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso estudo se deteve a em analisar os direitos das trabalhadoras dentro do que chamamos de reestruturação produtiva do capital, ou seja, as recentes transformações do capital e a adequação do mundo do trabalho a estas novas necessidades.

Pudemos perceber que as transformações do mundo do trabalho, causadas pelas transformações das relações produtivas, afetaram os direitos historicamente conquistados pelos trabalhadores, porém de maneira muito mais intensa, afetam as mulheres trabalhadoras.

As responsabilidades das mulheres com as atividades domésticas, e o não reconhecimento destas como trabalho produtor de riqueza, é o fator principal de superexploração das trabalhadoras.

O direito moderno funciona, nesse processo, como instrumento de manutenção dessa exploração ao tratar a igualdade como igualdade apenas formal entre sujeitos de direitos. Não reconhece as desigualdades históricas, culturais, entre mulheres e homens. Ou seja, não reconhece as relações de homens e mulheres como relações de poder, que se refletem em diferentes níveis da vida social.

Por outro lado, e ainda que reforce a dominação (como forma de proteger o mercado de suas conseqüências autodestrutíveis) o direito se expressa também como princípios de proteção à trabalhadora, reflexos da constante luta social encampada pelos movimentos sociais, operário, e no caso específico, o movimento feminista.

O direito então como processo, dentro do processo histórico é resultado das lutas sociais. Ora apresenta-se como normas dos grupos dominantes, ora normas dos grupos dominados. “As duas elaborações entrecruzam-se, atritam-se, acomodam-se

momentaneamente e afinal chegam a novos momentos de ruptura, integrando e movimentando a dialética do Direito".(LYRA FILHO, 1993, p.87)

Assim, as legislações flexibilizadas e os pactos internacionais protetivos são produtos jurídicos contrastantes, mas não estanques. Os critérios da síntese jurídica que dirá qual o caminho a ser adotado não é uma "cristalização ideológica metafísica, mas o vetor histórico social, resultante do estado do processo, indicando o que se pode ver, a cada instante, como direção do progresso da humanidade na sua caminhada histórica." (LYRA FILHO, 1993, p.78)

As contradições de direito e antidireito, através da mediação da práxis jurídica progressista, são superadas no sentido da evolução da sociedade se o caminho adotado perceber que o vetor histórico social, que a direção do progresso nesse momento é a humanização da humanidade. A superação da exploração do homem pelo o homem, dos homens sobre as mulheres, dos ricos sobre os pobres.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

_____. "Para onde vai o mundo do trabalho?" *In*: ARAÚJO, M. C. Ângela.(org.).*Trabalho, cultura e cidadania*. São Paulo: Scritta, 1997.

ARAÚJO, A.M.C. "Apresentação do dossiê gênero no trabalho". *Cadernos Pagu.* Campinas: Núcleo de estudos de gênero (UNICAMP), 2001-2002.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 46/2005 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JAGGAR, Alison M., BORDO, Susan R. *Gênero, Corpo, Conhecimento*. trad. Britta Lemos de Freitas. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 13ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. Franca: UNESP-FHDSS, 2005.

MARX, Karl. *O capital*, livro I, vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NOBRE, Mirian; FARIA, Nalu; SILVEIRA; Maria Lúcia. Revista SOF – Sempreviva Organização Feminista. *Feminismo e a luta das mulheres: análise e debates*. São Paulo: SOF, 2005.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *A feminização no mundo do trabalho: entre a emancipação e a precarização*. Campinas, SP: Autores Associados, 2004.

_____.*O trabalho duplicado: a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *O trabalho objeto do direito do trabalho*. (s/d)

PERROT, Michelle. *História das mulheres no ocidente*, vol. II. Porto: Edições Afrontamento, 1994.

SANTOS, Boaventura (org). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.* Rio de janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SETOR NACIONAL DE GÊNERO - MST. *Construindo novas relações de gênero: desafiando relações de poder*. São Paulo: ANCA, 2003.

EDITORA SARAIVA com colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. *Consolidação das leis do trabalho*. 27ª ed. atual. e aum. Saraiva, 2000.

Sites Consultados:

www.google.com.br

www.cladem.org

www.dieese.org.br

www.adital.com.br

LEGISLAÇÃO SINDICAL E OS DESAFIOS IMPOSTOS PELA TERCEIRIZAÇÃO

Rafael Almeida Jatahy Ferreira[*]

Fernanda Andrade Almeida[**]

RESUMO

Os sindicatos - que sempre tiveram um papel importante, tanto na organização dos trabalhadores, como na vida política em vários países - começaram a surgir no Brasil com o início da industrialização na virada do século XIX para o XX. Na década de 1930, com o Governo Vargas, a antiga legislação sindical de cunho liberal é substituída por uma de caráter corporativo, onde fica nítida a ligação entre a normatividade estatal e a organização dos sindicatos. Uma das características dessa legislação, que continua até os dias de hoje, é a organização dos trabalhadores em sindicatos por categorias profissionais, que estão ligadas à atividade econômica central exercida por seu empregador.

Entretanto, o processo de reestruturação produtiva que ocorreu na maior parte das empresas brasileiras no final da década de oitenta e durante a década de noventa geraram diversas transformações na organização da produção e do trabalho. Uma das características marcantes desse processo é o aumento da terceirização, assim, no mesmo local de trabalho, convivem empregados de diversas empresas. Desta maneira, no mesmo espaço convivem trabalhadores que possuem representações sindicais diferentes, o que acaba gerando novos desafios para o movimento sindical.

Este processo de terceirização atingiu de maneira significativa a Caixa Econômica Federal, que chegou a ter trabalhadores terceirizados atuando em atividades-fim da empresa, contrariado o estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho. Assim, o Ministério Público do Trabalho resolveu intervir neste processo por meio de uma Ação Civil Pública que visava a substituição dos trabalhadores terceirizados que exerciam atividades-fim do banco por concursados.

O presente trabalho pretende analisar o desenvolvimento da atual forma de organização sindical estabelecida pela lei e se esta teve influência nas divergentes estratégias de atuação das organizações sindicais, que representam de um lado os concursados e de outro os terceirizados.

[*] Mestrando em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF).

[**] Mestranda em Ciências Jurídicas e Sociais do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF.

PALAVRAS-CHAVE: SINDICATOS; REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA, TERCEIRIZAÇÃO.

ABSTRACT

The unions - that always had an important function, as much in the organization of the workers, as in the politics in some countries – rised in Brazil with the beginning of industrialization in the end of century XIX and the beginning of XX. In the 30's, after Vargas' Government, the old liberal union law had been replaced to a corporative one, where the link between the Law and the unions' organization is clear. One of the characteristics of this law, that continues until the present, is the unions' organization on professional categories, that is subimited to the economic activity exerted by their employer.

However, the process of productive reorganization that started in Brazilian companies in the end of the 80's and during the 90's started a lot of changes in the production and work organization. One of the main characteristics of this process is the increase of the outsourcing, thus, in the same workstation, coexists employed of differents companies. In this way, in the same place coexist workers wich are members of different unions, what bring new challenges for the union movement.

This process of outsourcing reached in significant way the Caixa Econômica Federal, that started to have sub-contracted workers acting in the company's core operations, opposed the established for the brazilian's Superior Court for Labour Law (Tribunal Superior do Trabalho). Thus, the Public Prosecution Servive of Labor decided to initiate a lawsuit that sought the substitution of the outsourcing workers who made core operations of the bank, for bank clerks.

This work intends to analyse the development of the current form to organize the unions established by the law and if it had influenced the divergent strategies of the unions, that represent in one side bank clerks and in the other the outsourced workers.

KEYWORDS: UNIONS, PRODUCTIVE REORGANIZATION, OUTSOURCING.

INTRODUÇÃO

As organizações sindicais tiveram um papel extremamente relevante não só na história da organização dos trabalhadores, como na história de maneira geral dos

últimos dois séculos. No caso específico do Brasil, percebemos, na década de 1980, o surgimento de um forte movimento sindical que teve uma importante influência na sociedade e na política brasileira.

Já na década de 1990, todo o processo de abertura comercial e o novo padrão de concorrência capitalista acabaram por vincular o Brasil à mundialização financeira, o que contribuiu para impulsionar várias transformações nas empresas. A reestruturação produtiva gerou uma diversidade de novos problemas a serem enfrentados pelos sindicatos que antes não existiam.

A Caixa Econômica Federal, instituição financeira pública, sofreu tanto com a reestruturação do sistema bancário nacional, como com a reforma do Estado realizada durante os anos noventa. Tal reforma visava a diminuição dos gastos públicos e da interferência do Estado na economia. Assim, na Caixa Econômica, diversos bancários foram substituídos por trabalhadores terceirizados.

Este processo de terceirização é uma das marcas dessa nova forma de se organizar o trabalho, uma vez que a atual tendência dos mercados de trabalho é reduzir o número de trabalhadores "centrais" e empregar cada vez mais uma força de trabalho que entra facilmente e é demitida sem custos.[1] Ressalte-se que, normalmente, esta relação de trabalho se caracteriza pela precariedade do emprego e da remuneração e pelo descumprimento das normas legais ou acordadas em relação às condições de trabalho, que leva à regressão dos direitos sociais.

A terceirização na Caixa Econômica Federal foi tão intensa que passou a atingir as atividades-fim, contrariando o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Isso fez com que uma das principais reivindicações das organizações dos empregados dessa estatal passasse a ser a realização de concurso público para a substituição dos terceirizados.

Assim, após denúncias de diversos sindicatos de bancários, foi proposta uma Ação Civil Pública ajuizada perante a 8ª Vara do Trabalho de Brasília - DF, tombada

[1] HARVEY, David. *A condição Pós-Moderna – Uma Pesquisa Sobre as Origens da Mudança Cultural.* São Paulo: Loyola, 1992, pp. 143 e 144.

sob o nº 00472-2001-008-10-00-8, pelo Ministério Público do Trabalho com a finalidade de substituir os trabalhadores terceirizados por concursados.

Obviamente, houve reação por parte dos trabalhadores terceirizados pela manutenção do emprego, culminando numa greve nacional em 2005.

Percebemos, pelos dados coletados em nossa pesquisa, que as organizações sindicais representativas dos bancários tiveram uma postura divergente das organizações que representavam os trabalhadores em processamento de dados, os terceirizados.[2]

Neste ponto torna-se necessário um breve comentário sobre a forma de organização sindical estabelecida pela legislação brasileira. A Consolidação das Leis Trabalhistas estabelece que a representação sindical é determinada pela atividade econômica do empregador, e não pelo tipo de trabalho realizado pelo empregado. Assim, no caso em tela, o sindicato dos trabalhadores terceirizados está ligado à atividade da empresa que o contrata e não à da Caixa Econômica. Então, ocorre que se tem trabalhadores que exercem as mesmas funções, trabalhando lado a lado na mesma empresa, mas que possuem representações sindicais diferentes.

Percebe-se que o novo e complexo quadro na organização do trabalho nas empresas acaba dificultando a discussão e a atuação sindical em torno dos problemas enfrentados pelos trabalhadores, uma vez que estes são combatidos de forma separada entre as diversas categorias representadas. Tal intensificação de estratégias sindicais corporativas e setoriais deixa de lado uma atuação conjunta dos trabalhadores.[3]

Sendo assim, neste trabalho objetivamos analisar brevemente a formação da legislação sindical no Brasil e sua relação com as formas de organização do trabalho e da produção no decorrer do século XX. Ainda, - tendo como foco o caso das demissões dos terceirizados da Caixa Econômica Federal - pretendemos analisar se a organização sindical prevista em lei ainda serve para que os trabalhadores possam enfrentar os desafios impostos pela reestruturação produtiva.

---

[2] Disponível em: www.sindpdrj.org.br/ , acesso em 05 de fevereiro de 2007.

[3] ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo.* São Paulo: Boitempo, 2000, pp. 82-87.

1 A ORGANIZAÇÃO FORDISTA DA PRODUÇÃO

Desde o início do século XX até meados da década de 1970, a forma de organização do trabalho e da produção predominante no sistema capitalista foi o chamado fordismo/taylorismo (ou apenas fordismo). Este unia a "administração científica" de Frederick Taylor com a linha de montagem contínua inventada por Henry Ford.

Assim, a produção nessa época era caracterizada por uma total decomposição da organização do trabalho, ou seja, havia uma rígida separação entre gerência, concepção, controle e execução. A linha de montagem, que literalmente levava o trabalho aos operários, vazia com que o ritmo da produção fosse determinado pela máquina. A estrutura social da empresa era hierarquizada retirava do trabalhador que estava na ponta da produção (execução) sua autonomia, este deveria apenas obedecer a forma e o tempo de cada operação estabelecidos pelo empregador. [4] Outra significativa característica do fordismo é a "existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição / consolidação do *operário-massa*, do trabalhador coletivo fabril."[5]

Com uma administração taylorista somada à linha de montagem, estavam abertas as portas para a produção em massa de produtos, que viria a ser uma das principais características do capitalismo por boa parte do século XX. Acrescenta-se que o que diferenciava Ford de Taylor é que o primeiro reconhecia explicitamente que produção em massa significava consumo em massa, um novo sistema de reprodução da orça de trabalho, uma maneira de se controlar e gerir o trabalho, uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade, racionalizada, modernista e populista.[6]

Desta maneira, a partir do fordismo forma-se, nos países centrais do capitalismo, um grande compromisso entre os empresários, o Estado e os trabalhadores. Os

---

4 HARVEY, *David. Op. Cit.*, pp. 121-123.

5 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho.* 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 25.

6 HARVEY, David. *Op. cit.*, p. 121.

primeiros assegurariam investimentos que aumentassem a produtividade, garantissem o crescimento e elevassem o patrão de vida, enquanto mantinham uma base estável para a realização dos lucros e ainda aceitariam, a contragosto, o poder sindical. A segunda parte da relação, o Estado, deveria controlar os ciclos econômicos e garantir a capacidade de consumo da população, para tanto realizava pesados investimentos públicos em infra-estrutura, ao mesmo tempo que fornecia um complemento ao salário social com gastos em educação, seguridade social, assistência médica etc. Ainda, o governo atuava direta ou indiretamente sobre os acordos salariais e os direitos dos trabalhadores.

As organizações sindicais, representando os trabalhadores, foram cooptadas a participar desse processo. Estas, além de burocratizadas, "foram cada vez mais acuadas para trocar ganhos reais de salário pela cooperação na disciplinação dos trabalhadores de acordo com o sistema fordista de produção." [7]

No Brasil o desenvolvimento do capitalismo sob o modelo fordista/taylorista foi impulsionado e dirigido prioritariamente pelo Estado. Neste contexto, foram criadas diversas empresas estatais que iram transformar Brasil em um país industrial e urbano, além da constituição de uma nova legislação que viria a regular os direitos trabalhistas e as organizações sindicais.[8]

2 SINDICATOS NO BRASIL APÓS 1930

A partir da chamada "Revolução de 1930", se iniciaram no Brasil mudanças significativas que iriam preparar as bases para a passagem de uma sociedade agrária para uma urbano-industrial. No plano econômico, houve uma reorientação de investimentos e prioridades para o setor industrial, sem entretanto qualquer ruptura com os interesses da grande lavoura. Já no plano institucional, foram percebidas alterações no papel do Estado, que passou a ser economicamente mais interventor e politicamente

[7] Ibid., p. 129.

[8] VIANNA, Luís Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 71.

mais centralizador, passando a ter uma conformação autoritária. O Estado seria visto, ainda, como o regulador das relações entre trabalhadores e empresários, sendo assim, apresentava-se como o "inventor da legislação social."[9]

Percebe-se que, num contexto de falência do Estado liberal-oligárquico, o governo de Vargas buscava recompor a "capacidade hegemônica do Estado, ampliando suas bases de sustentação pela incorporação das classes sociais emergentes: a burguesia urbano-industrial e os trabalhadores urbanos."[10]

Assim, no governo de Getúlio Vargas o Estado com bases liberais é reorganizado em bases corporativas, uma vez que serão formados os arranjos tripartites que de concertação política, que vão ligar os sindicatos ao Estado e dar a este a direção dos processos econômicos que irão auxiliar o desenvolvimento da ainda fraca burguesia industrial.

> O corporativismo, porque constituía a forma de organização e da sua participação nas decisões do Estado, mas também porque era concebido, como fator disciplinar das classes e de colaboração entre elas, como um mecanismo de reorganização e planejamento da economia em bases nacionais, figurava neste projeto como o instrumento, por excelência, de reordenamento das relações entre segmentos das classes dominantes e destas com o Estado e de obtenção do consentimento de parcelas das classes dominantes.[11]

Todo este processo de mudanças na legislação social e criação de novos direitos para os trabalhadores se deu "por cima", ou seja, sem qualquer participação efetiva das classes populares e com a repressão, por parte do Estado, dos elementos contrários a este projeto. Além disso era claro o objetivo do governo de Vargas em controlar e neutralizar as ações sindicais, como analisa Ricardo Antunes:

> [...] se a legislação trabalhista pode ser entendida como conquista da classe operária, é inegável que o Estado, ao atender suas reivindicações cotidianas e imediatas, conseguiu crias as bases sociais para sua própria sustentação junto aos subalternos, uma vez que, junto com o atendimento às pressões populares, descarregava um vasto

---

[9] MATTOS, Marcelo Badaró. *O sindicalismo brasileiro após 1930.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 11.

[10] ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro. *Estado e Trabalhadores: a montagem da estrutura sindical corporativa no Brasil. In* ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro (org.) *Do corporativismo ao neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 34.

[11] Loc. cit.

> conteúdo manipulatório expresso na ideologia do varguismo. Porém, esse duplo aspecto, por vezes contraditório, do relacionamento do Estado com a classe operária comportava uma unidade cuja essência era o caráter desmobilizador da presença varguista no seio do movimento operário e sindical, condição também necessária para uma acumulação industrial centrada na exploração da força de trabalho.[12]

A mudança estabelecendo o controle Estatal sobre os sindicatos é percebida claramente se analisarmos a diferença com a legislação anterior a este período. O Decreto nº 1.637 de 1907, que regulamentava o direito de sindicalização aos trabalhadores urbanos, tinha como base a concepção liberal da época, pois dava toda liberdade de associação aos diversos setores profissionais e determinava expressamente que os sindicatos profissionais poderiam se constituir de maneira livre, sem autorização estatal. Para obter o registro do sindicato, este deveria apenas apresentar seus estatutos, os nomes de seus membros, sede forma e finalidades.[13]

Já o Decreto nº 19.770 de 19 de março de 1931 demonstrava o caráter corporativo da nova legislação sindical, uma vez que estabeleceu o modelo de sindicato único por categoria e região, a estrutura vertical por categorias e a tutela do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio sobre as entidades sindicais.[14]

---

[12] ANTUNES, Ricardo. *Classe operária, sindicatos e partido no Brasil: um estudo sobre a consciência de classe, da Revolução de 30 até a Aliança Nacional Libertadora.* São Paulo: Cortez, 1988, p. 74.

[13] Ibid., p. 75.

[14] Podemos ver esse controle do Estado sobre os sindicatos se observamos alguns artigos do Decreto 19.770 de 19 de março de 1931:

> Art. 1º Terão os seus direitos e deveres regulados pelo presente decreto, podendo defender, perante o Governo da Republica e por intermédio do Ministério do Trabalho, Industria e Comércio, os seus interesses de ordem econômica, jurídica, higiênica e cultural, todas as classes patronais e operárias, que, no território nacional, exercerem profissões idênticas, similares ou conexas, e que se organizarem em sindicatos, independentes entre si, mas subordinada a sua constituição ás seguintes condições:
>
> [...]
>
> *f) a*bstenção, no *seio* das organizações sindicais, de toda e qualquer propaganda de ideologias sectárias, de caráter social, politico ou religioso, bem como de candidaturas a cargos eletivos, estranhos à natureza e finalidade das associações.
>
> [...]
>
> Art. 2º Constituídos os sindicatos de acordo com o artigo 1º, exige-se, para serem reconhecidos pelo Ministério do Trabalho, Industria e Comércio e adquirirem, assim, personalidade Jurídica, tenham aprovados pelo Ministério os seus estatutos, acompanhados de copia autêntica da ata de instalação e de uma relação do numero de sócios, com os respectivos nomes, profissão, idade, estado civil, nacionalidade, residencia e lugares ou empresas onde exercerem a sua atividade profissional.
>
> [...]

Inicialmente percebe-se que esta estrutura sindical por categoria presente no artigo 1º do Decreto já demonstra uma certa "organização pelo alto" do movimento sindical e a limitação da liberdade sindical. Também podemos pensar que tal estrutura, ligada á atividade do empregador, está de acordo com os interesses do varguismo que pretendia que os sindicatos discutissem apenas questões econômicas, sendo proibidos de realizar qualquer movimentação política ou ideológica, além de facilitar a conciliação entre as classes, outro objetivo do varguismo. Assim, o compromisso fordista analisado por Harvey aparece claramente nessa estrutura.

Tal estrutura corporativa, que foi confirmada em 1943 pelo Estado Novo na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sobrevive até os dias de hoje, tendo passado por diversas mudanças políticas e econômicas. Incrivelmente, o sindicalismo corporativo sobreviveu ao fim do Estado Novo em 1945, ao Golpe Militar de 1964, à redemocratização nos anos oitenta e foi consagrado pela Constituição de 1988. Nem as reformas neoliberais (que na Inglaterra de Thatcher destruiu o corporativismo) foi capaz de acabar com estrutura sindical estabelecida em 1931, de acordo com Armando Boito Jr.:

> Esta continua baseada no sindicato oficial reconhecido pelo Estado, na unicidade sindical, **na fragmentação dos trabalhadores em sindicatos de categoria** e de base municipal, nas taxas sindicais obrigatórias impostas a todos os trabalhadores do mercado formal,

---

Art. 4º Os sindicatos, as federações e as confederações deverão, anualmente, até o mês de março, enviar ao Ministério do Trabalho, Industria e Comércio relatorio dos acontecimentos sociais, do qual deverão constar, obrigatoriamente, as alterações do quadro dos sócios, o estado financeiro da associação, modificações que, porventura, tenham sido feitas nos respectivos estatutos, além de fatos que, pela sua natureza, se possam prender a dispositivos do presente decreto.

[...]

Art. 6º Ainda como órgãos de colaboração com o Poder Publico, deverão cooperar os sindicatos, as federações e confederações, por conselhos mistos e permanentes de conciliação e de julgamento, na aplicação das leis que regulam os meios de dirimir conflitos suscitados entre patrões, operários ou empregados.

[...]

Art. 15. Terá o Ministério do Trabalho, Industria e Comércio, junto aos sindicatos, às federações e confederações, delegados com a faculdade de assistirem às assembléias gerais e a obrigação de, trimestralmente, examinarem a situação financeira dessas organizações, comunicando ao Ministério, para os devidos fins, quaisquer irregularidades ou infracções do presente decreto.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm, acesso em 15 de maio de 2007.

> inclusive os não-sindicalizados, e na tutela da Justiça do Trabalho sobre a ação reivindicativa dos sindicatos. (grifo nosso)[15]

3 REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA E SINDICALISMO

No início da década de setenta o fordismo começou a entrar em crise nos países centrais do capitalismo. A recuperação da produção da Europa Ocidental e do Japão(arrasadas na Segunda Guerra Mundial) havia se completado e seus mercados internos se encontravam saturados, existia ainda um impulso para criar mercados de exportação para seus produtos, o que afetou a produção americana. Além disso, o aumento no preço do petróleo a partir da crise de 1973 fez com que os preços dos insumos de energia fossem alterados de maneira dramática. Assim, foi necessário adotar uma forma mais econômica na produção, caracterizada por baixos custos com pessoal, produção pequena e direcionada e alta produtividade.[16]

O modelo de produção iniciado no Japão pela fábrica de automóveis Toyota se encaixava nas novas necessidades do capital. Tendo como objetivo reaquecer a produção japonesa após a segunda guerra mundial, ela se caracteriza pela chamada "racionalização" da produção, que deve ser enxuta, diversificada e em conformidade com a demanda efetiva. Três caracteres ou princípios básicos orientam o toyotismo: trabalho em equipe, *kaizen* e *just-in-time*.[17]

O primeiro é representado pelos Programas de Qualidade Total (PQT) e pelos Círculos de Controle de Qualidade (CCQ), neles cada equipe de trabalhadores é responsável por cumprir determinadas metas, as quais influenciam sobre a remuneração da equipe e de cada trabalhador (esta remuneração é variável e na maioria das vezes constituí a maior parte da renda). Assim, ocorre uma pressão exercida coletivamente pela equipe sobre cada um de seus elementos, isto faz com que seja desnecessária a

---

15 BOITO JR., Armando. *Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil.In ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro (org.) Do corporativismo ao neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra.* São Paulo: Boitempo, 2002, p. 60.

16 Idem, pp. 135 – 136.

17 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e Intermediação de Mão-de-obra. Ruptura do Sistema Trabalhista, Precarização do Trabalho e Exclusão Social.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 54.

presença física de uma burocracia de enquadramento formada especialmente para o controle da produção, cada trabalhador acaba sendo o supervisor dos outros membros da equipe.

O segundo princípio, o *kaizen*, se caracteriza pelo contínuo aperfeiçoamento da produção realizado em pequenas modificações feitas pelas equipes de trabalhadores. Difere do fordismo, onde eram feitas grandes modificações nos produtos de uma só fez pela administração da empresa.[18]

Finalmente no terceiro princípio, *just-in-time*, defende-se que a produção deve ser regida diretamente pela demanda, assim deve haver uma redução máxima dos estoques. Ressalta-se que este princípio não se aplica somente às mercadorias, mas também à mão-de-obra, que deve ser estritamente a necessária para satisfazer a produção conforme a demanda. Desta maneira há uma variação no número de trabalhadores da empresa de acordo com o aumento ou diminuição da produção. Obviamente, para que se efetive o *just-in-time* relacionado ao trabalho humano é necessária a flexibilização dos direitos trabalhistas e a terceirização da mão-de-obra.[19]

Formam-se, assim, dois grupos de trabalhadores dentro de uma mesma empresa, os que estão no centro e os da periferia, de acordo com Harvey:

> O *centro* – grupo que diminui cada vez mais, segundo notícias de ambos os lados do atlântico – se compõe de empregados em tempo integral, condição permanente e posição essencial para o futuro de longo prazo da organização. Gozando de maior segurança no emprego, boas perspectivas de promoção e de reciclagem, e de uma pensão, um seguro e outras vantagens indiretas relativamente generosas, esse grupo deve atender à expectativa de ser adaptável, flexível e, se necessário, geograficamente móvel. Os custos potenciais da dispensa temporária de empregados do grupo central em época de dificuldade podem, no entanto, levar a empresa a subcontratar mesmo para funções de alto nível (que vão de projetos à propaganda e à administração financeira), mantendo o grupo central de gerentes relativamente pequeno. A *periferia* abrange dois subgrupos bem distintos. O primeiro consiste empregados em tempo integral com habilidades facilmente disponíveis no mercado de trabalho, como pessoal do setor financeiro, secretárias, pessoal de áreas de trabalho rotineiro e de trabalho manual menos especializado. Com menos acesso a oportunidades de carreira, esse grupo tende a se caracterizar

[18] ALVES, Giovanni. *Op. Cit.*, pp. 52-54.
[19] CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Op. Cit.*, p. 55.

> por uma alta rotatividade, o que torna as reduções da força de trabalho relativamente fáceis por desgaste natural. O segundo grupo periférico oferece uma flexibilidade numérica ainda maior e inclui empregados em tempo parcial, empregados casuais, pessoal com contrato por tempo determinado, temporários, subcontratação e treinados com subsídio público, tendo menos seguranças de emprego do que o primeiro grupo periférico.[20]

Ricardo Antunes chama a atenção para o que ele chama de "subproletarização do trabalho", presente na forma de trabalho terceirizado, uma vez que esta relação de trabalho normalmente se caracteriza pela precariedade do emprego e da remuneração; no descumprimento das normas legais ou acordadas em relação às condições de trabalho que leva à regressão dos direitos sociais; e a falta de representação e expressão sindicais, o que vem a causar uma individualização extrema da relação salarial.[21]

Giovanni Alves chama este processo de fragmentação sistêmica, onde as empresas externalizam suas atividades produtivas, formando a empresa-rede, onde até as atividades centrais passam a ser realizadas por trabalhadores de empresas terceirizadas.

> Surge uma miríade de pequenas empresas, subcontratadas ou de fornecedores, em vários graus da cadeia produtiva, que instauram uma relação de longo prazo com a empresa central (o conglomerado ou corporação transnacional), cuja duração é determinada pelo ciclo produtivo.[22]

Desta maneira, este processo de terceirização acaba provocando uma dificuldade na organização dos trabalhadores, já que separa a representação sindical dos trabalhadores do "centro" dos da "periferia".

A organização sindical estipulada pela lei brasileira contribui para esta divisão, uma vez que é feita por categoria profissional, que está conceituada no artigo 511, § 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas:

> Art.511
>
> § 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas,

---

20 HARVEY, David. *Op. Cit.*, p. 144. (grifo nosso)

21 ANTUNES, Ricardo. *Op. Cit.*, 2005, p. 52.

22 ALVES Giovanni, *Op. Cit.*, p. 57.

> compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.

Percebe-se que além da precarização do trabalho, a terceirização tem uma conseqüência política de fragmentar a representação da classe trabalhadora. Tal fato é considerado um dos principais elementos do desenvolvimento e da expansão da crise sindical, pois forma-se um abismo entre os trabalhadores centrais da empresa e os terceirizados. O sindicalismo tradicional, historicamente vinculado a estes trabalhadores mais "estáveis" não consegue, agora, aglutinar os trabalhadores terceirizados, parciais, da economia informal etc. O *sindicalismo vertical*, corporativo, mais ligado à categoria profissional, formado no contexto do fordismo não é mais capaz de lidar com os atuais problemas formados pela reestruturação produtiva.[23]

Intensifica, como conseqüência dessas transformações, uma tendência *neocorporativa* no âmbito sindical, que irá preservar os interesses do trabalhador estável, central, contra os segmentos que *compreendem* a periferia. De acordo com Antunes, esse *neocorporativismo* é diferente do corporativismo estatal, formado no governo de Getúlio Vargas, pois trata-se de "um corporativismo societal, atado quase que exclusivamente ao universo categorial, cada vez mais *excludente e parcializado*, que se intensifica frente ao processo de fragmentação dos trabalhadores, em vez de procurar novas formas de organização sindical que articule amplos e diferenciados setores que hoje compreendem a classe trabalhadora."[24]

> Ora, o neocorporativismo de cariz setorial é o desdobramento – no plano político-ideológico – da concorrência entre os operários, quando falta uma saída coletiva (ou horizonte político mais amplo, em virtude da crise dos partidos operários). Por conseguinte, em vez de as entidades sindicais articularem interesses gerais da classe, agregando a classe como um todo, elas tendem a promover apenas articulações verticais, de categorias assalariadas, muito bem organizadas, fortes e ativas, mas cuja força organizacional está associada ao peso e à importância dos setores da indústria (ou dos serviços) aos quais elas – as entidades sindicais – estão vinculadas.[25]

---

23 ANTUNES, Ricardo. *Op. Cit.*, 2005, p. 70.
24 Ibid., p. 72.
25 ALVES, Giovanni. *Op. Cit.*, p. 89.

4 TERCEIRIZAÇÃO NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

No processo de reestruturação do capitalismo a esfera financeira ganha uma enorme importância. A globalização somada à liberalização e a desregulamentação econômica exigiram uma reorganização do sistema financeiro internacional que se caracterizou pela proliferação e pela descentralização de suas atividades. Verifica-se um aumento jamais visto no fluxo de capitais, cada vez mais velozes e intensos, o que obrigou a abertura dos sistemas financeiros nacionais ao que Chesnais chama de "mundialização do capital".[26]

Tais medidas aumentaram a vulnerabilidade dos bancos, que tiveram que concorrer com grandes grupos financeiros internacionais e com instituições não bancárias, como os fundos de pensão, que passaram a ser centrais nos movimentos financeiros pois concentram elevadas somas de capital. Desta forma os bancos tiveram que buscar inovações tecnológicas e organizacionais, eles agora devem se tornar empresas voltadas para a venda de novos e diversos produtos e serviços.[27]

No Brasil os sucessivos planos de estabilização financeira: Plano Cruzado (1986), Planos Collor I e II (1990/91) e Plano Real (1994), demonstraram o comprometimento do Banco Central em ajustar o sistema financeiro nacional às novas exigências do capital internacional.

Uma das mudanças ocorridas no Brasil neste período diz respeito ao número de bancos, os anos 90 presenciaram um grande número de fusões, incorporações e privatizações. A diminuição no número de bancos ocorreu tanto no setor público, com a privatização de quase todos os bancos estaduais, quanto no setor privado, entre 1994 e 1998 o número de bancos privados nacionais caiu de 147 para 106.[28]

Além disso, o peso do capital privado internacional aumentou consideravelmente, segundo um relatório do Banco Central, em 1988 os bancos com

---

[26] CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. São Paulo: Xamã, 2002, p. 34.

[27] JINKINGS, Nise. *As formas contemporâneas da exploração do trabalho nos bancos*. *In* ANTUNES, Ricardo e SILVA, Maria Aparecida de Moraes (orgs). *O Avesso do Trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2004, p. 211.

[28] DIEESE – Linha Bancários. *Setor financeiro: conjuntura, resultados, remuneração e emprego*. Consulta em 14 de maio de 2006. Disponível em: www.dieese.org.br/bol/ lpr/out2001.xml

controle estrangeiro respondiam por 9,62% dos ativos totais do sistema bancário nacional, já em 2000 esta quantidade saltou para 33,11%.[29]

A Caixa Econômica Federal, banco público, sofreu tanto com a reestruturação do sistema bancário nacional, como com a reforma do Estado realizada durante a década de 1990. Tal reforma visava a diminuição dos gastos públicos e da interferência do Estado na economia, o Governo Federal passou a ter a política de não fazer concursos públicos tanto na Administração Direta quando na Indireta. Na Caixa Econômica, os bancários que faziam os serviços de processamento de dados e back-office (retaguarda) foram substituídos por terceirizados.

Tal processo foi tão intenso que terceirização na Caixa Econômica Federal passou também a atingir funções centrais, como as citadas anteriormente. Para se ter uma idéia, em 2004 o número de terceirizados que exerciam a função de digitadores e funções ligadas a serviços especializados de tecnologia somavam 8.047 trabalhadores.[30]

Esse processo fez com que uma das principais reivindicações das organizações dos empregados dessa estatal passasse a ser a realização de concurso público para a substituição dos terceirizados.

Neste contexto, após várias denúncias de entidades sindicais, foi proposta uma Ação Civil Pública ajuizada perante a 8ª Vara do Trabalho de Brasília - DF, tombada sob o nº 00472-2001-008-10-00-8, pelo Ministério Público do Trabalho com a finalidade de substituir os trabalhadores terceirizados por concursados. Alegava-se que estas contratações tinham sido feitas de forma ilegal, contrariando o Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que os terceirizados da Caixa Econômica Federal estavam exercendo atividades-fim, que deveriam ser feitas exclusivamente por trabalhadores da própria empresa, ou seja, técnicos bancários.[31]

Obviamente, houve reação por parte dos trabalhadores terceirizados pela manutenção do emprego, culminando numa greve nacional em 2005. Percebemos, pelos dados coletados em nossa pesquisa, que as organizações sindicais representativas dos

---

29 JINKINGS, Nise. Op. cit., p. 215.

30 Disponível em: www.sindpdpe.org.br/documentos/apresentacao%20das%20prestadoras-Resumida.ppt, acesso em 20 de março de 2007.

31 Disponível em: http://docs.trt10.gov.br/publicacoes/sentencas/2001/08010472270620016 01.html, acesso em 12 de maio de 2007.

bancários tiveram uma postura divergente das organizações que representavam os trabalhadores em processamento de dados, os terceirizados. Enquanto os sindicatos de bancários comemoravam a decisão e a demissão dos terceirizados para que fosse realizado concurso público, os sindicatos de trabalhadores em processamento de dados lutavam contra as demissões, tendo em vista que muitos destes trabalhadores trabalhavam como terceirizados na Caixa a mais de vinte anos.[32]

Devemos observar que este caso possui algumas particularidades que o torna ainda mais complexo. Normalmente, quando há um caso de terceirização nas atividades-fim da empresa, cobra-se a incorporação deste trabalhadores ao quadro fixo da empresa principal. Entretanto, isto não pôde ocorrer com os terceirizados da Caixa Econômica Federal pois a Constituição Federal obriga a aprovação em concurso público para a investidura em emprego público.[33]

Como afirmamos anteriormente, não pretendemos analisar neste trabalho a questão que envolve a possibilidade ou não de haver a absorção do quadro de terceirizados pela Caixa, temos como foco apenas a questão que envolve essa separação da representação sindical de trabalhadores que trabalham lado a lado numa mesma empresa. Pensamos que a inexistência de uma ação conjunta entre os bancários e os terceirizados foi influenciada em grande parte por uma representação sindical diferente para cada categoria, que como já analisado, se deve a uma legislação sindical que estabelece um sindicato vertical, por categoria. Tal legislação claramente não está adaptada às novas necessidades impostas pela crescente terceirização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse trabalho verificamos que as relações de trabalho estabelecidas no processo de industrialização brasileira, que se acentuou após a década de 1930, foram substituídas por outras novas. A velha empresa baseada na lógica fordista, que realizava todos os processos envolvidos na produção e que unia uma grande massa de

[32] Disponível em: www.sindpdrj.org.br/principal/Download/ , acesso em 05 de fevereiro de 2007.

[33] Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, artigo 37, inciso II.

trabalhadores, deu lugar à produção em rede, onde várias empresas se dividem nas tarefas ligadas à produção de mercadorias e à reprodução e circulação do capital. Esta reorganização da produção e do trabalho dentro das empresas acabou colocando dentro do mesmo espaço de trabalho, empregados de empresas distintas, os da empresa central e os da terceirizada.

Tal processo acabou gerando novos desafios para o movimento sindical. A estrutura sindical vertical presente na nossa legislação até os dias de hoje, vinculada à categoria profissional, herança do corporativismo estabelecido na década de 1930, começa a demonstrar suas limitações.

Apesar de se tratar de uma pesquisa em andamento, como dissemos anteriormente, a postura divergente das organizações sindicais - no caso da referida Ação Civil Pública - pode ser interpretada como um indício de que tanto as estratégias sindicais, como a legislação devem se adaptar às novas condições impostas pela reestruturação produtiva, para que sejam preservados os interesses do conjunto dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho. Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo.* São Paulo: Boitempo, 2000

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a Centralidade do Mundo do Trabalho.* 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____ *Classe operária, sindicatos e partido no Brasil: um estudo sobre a consciência de classe, da Revolução de 30 até a Aliança Nacional Libertadora.* São Paulo: Cortez, 1988

ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro. *Estado e Trabalhadores: a montagem da estrutura sindical corporativa no Brasil. In* ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro (org.) *Do corporativismo ao neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra.* São Paulo: Boitempo, 2002.

BOITO JR., Armando. *Neoliberalismo e Corporativismo de Estado no Brasil.In ARAÚJO, Ângela Maria Carneiro (org.) Do corporativismo ao neoliberalismo. Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____ Decreto 19.770, de 19 de março de 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm, acesso em 15 de maio de 2007.

_____ Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho.*3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ 8ª Vara do Trabalho de Brasília – DF. Ação Civil Pública, tombada sob o nº 00472-2001-008-10-00-8. Disponível em: http://docs.trt10.gov.br/publicacoes/sentencas/2001/08010472270620016 01.html, acesso em 12 de maio de 2007.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e Intermediação de Mão-de-obra. Ruptura do Sistema Trabalhista, Precarização do Trabalho e Exclusão Social.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital.* São Paulo: Xamã, 2002.

DIEESE – Linha Bancários. *Setor financeiro: conjuntura, resultados, remuneração e emprego*. Consulta em 14 de maio de 2006. Disponível em: www.dieese.org.br/bol/ lpr/out2001.xml

HARVEY, David. *A condição Pós-Moderna – Uma Pesquisa Sobre as Origens da Mudança Cultural.* São Paulo: Loyola, 1992.

JINKINGS, Nise. *As formas contemporâneas da exploração do trabalho nos bancos*. *In* ANTUNES, Ricardo e SILVA, Maria Aparecida de Moraes (orgs). *O Avesso do Trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

MATTOS, Marcelo Badaró. *O sindicalismo brasileiro após 1930.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

VIANNA, Luís Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

O QUE A SOCIEDADE ESCONDE?
UMA ANÁLISE ACERCA DA PERCEPÇÃO DO TRABALHO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Sandra Regina Martini Vial[*]

Daiana Brandt[**]

Eu não refuto os ideais,
eu apenas visto luvas
diante deles... (NIETZSCHE).

RESUMO

A intenção, com o presente artigo, é analisar algumas características da sociedade contemporânea no sentido de verificar o que pode estar "escondido" nas relações interpessoais e na sistemática de organização das estruturas sociais, especialmente no que se refere ao trabalho. Para tanto, serão abordados os conceitos de "sociedade de controle" (Gilles Deleuze) e "sociedade informacional" (Manuel Castells).

PALAVRAS-CHAVE: SOCIEDADE DE CONTROLE, SOCIEDADE INFORMACIONAL, TRABALHO.

ABSTRACT

The intention, with the present article, is to analyze some characteristics of the society contemporary in the direction to verify what it can be "hidden" in the interpersonal relations and the systematics of organization of the social structures, especially as for the work. For in such a way, the concepts of "society of control" (Gilles Deleuze) and "informacional society" will be boarded (Manuel Castells).

KEYWORDS: SOCIETY OF CONTROL, INFORMACIONAL SOCIETY, WORK.

[*] Pós-doutora em Direito pela Universidade Degli Studi di Roma TRE. Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Diretora da Escola Superior da Saúde.

[**] Advogada. Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista Capes Tipo 1.

INTRODUÇÃO

A dinâmica de funcionamento da sociedade se dá num processo contínuo. À medida que surgem alterações nas relações interpessoais, surgem também modificações em âmbito geral. Nesse sentido, na sociedade contemporânea é possível verificar que, cada vez mais, essas alterações ocorrem numa velocidade maior e até mesmo assustadora.

As alterações podem ser tanto tecnológicas quanto relacionais, e geralmente elas andam juntas. Portanto, não há dúvidas de que a sociedade está em constante processo de modificação. O que se busca analisar aqui é, contudo, o que acontece por detrás delas: o que a sociedade esconde? Quais as conseqüências que essas alterações provocam? Enfim, tentar perceber o que, cotidianamente, passa despercebido.

Tal análise será realizada, especialmente no que se refere às relações laborais, no sentido de verificar quais as mudanças pelas quais a sociedade passa e que projetam também grandes modificações no ambiente e no que se entende por trabalho. Para realizar esse estudo serão examinados os conceitos de "sociedade de controle" e "sociedade informacional". No sentido de que seja possível perceber as nuanças de tais estruturações sociais.

1 SOCIEDADE DE CONTROLE E SOCIEDADE INFORMACIONAL

Muito já se estudou, falou, opinou acerca de o homem ser um ser social e da sua necessidade de viver em sociedade. Os denominados contratualistas (Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jaques Rousseau)[1], por exemplo, formaram diferentes teorias para

[1] Thomas Hobbes (HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2002) acreditava que o homem era mau por natureza, que o homem era o próprio lobo do homem e que somente seria possível ao homem viver em segurança caso existisse um ser que controlasse a todos (o Leviatã). Mas, para tanto, seria necessário abdicar da liberdade individual para viver em harmonia., perfazendo-se o "contrato social". John Locke (MACPHERSON, C. B. Hobbes: o dever político do Mercado. In: *A teoria política do individualismo possessivo (de Hobbes a Locke)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.), por sua vez, também acreditava que a formação de um estado partia de um consenso comum entre os cidadãos, o que levava a crer, da mesma forma no "contrato social". Mas, ao contrário de Hobbes,

comprovar essa necessidade. O que interessa, contudo, aqui é perceber como se dá, sem pretensões científicas, esse encontro de indivíduos, atualmente.

Para tal mister será estudado o conceito de "sociedade de controle", com base nas idéias de Gilles Deleuze, além de trabalhar com o referencial de Manuel Castells no que se refere à "sociedade informacional".

1.1 Sociedade: a informação que liberta ou que controla?

Michel Foucault[2] trabalhava com o conceito de sociedade disciplinar, no sentido de que instituições clássicas da sociedade eram as responsáveis pelo exercício de uma "normalização" do meio social. Cada pessoa podia ser controlada ou pela família, ou pela escola, ou pela fábrica, ou mesmo pelo Poder Judiciário.

Assim, pode-se concluir que merece acurada análise a questão da disciplina em fábricas porque lá se realiza o trabalho[3] que pode ser entendido como a fonte de fomento do indivíduo. O trabalho, se realizado numa dessas instituições, por excelência, de difusão da disciplina e com a pretensão de criar "corpos dóceis"[4], deve ser investigado e as sutilezas por detrás de tais mecanismos devem ser desvelados.

---

acreditava que a sociedade civil poderia avalizar sua própria racionalidade, participando diretamente do poder legislativo. Para Hobbes, isso era inconcebível, uma vez que concentrava os poderes, todos, na mão do Senhor Absoluto. Locke percebe, nitidamente, a possibilidade de reação aos desmandos do Príncipe. O Estado, para este autor, seria como um "juiz imparcial", que garantia a vida, a liberdade e o direito à propriedade. Assim, para Locke, o homem possuía um alto grau de racionalidade e autodeterminação em âmbito de sociedade civil. Já Jean-Jaques Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social.* São Paulo: Martin Claret, 2002.), também um contratualista, entende que o ser humano, no estado de natureza, é bom e afável, sendo que a sociedade trata de corrompê-lo. O homem, no seu estágio mais primitivo, possui valores naturais que tendem a preservar e respeitar a individualidade do outro homem. É inerente ao ser-humano valores éticos mínimos. É com a racionalização das coisas que o homem passa a sofrer uma deturpação desses sentimentos benéficos. Marca característica na obra de Rousseau, que se destaca dos demais contratualista está no fato de que ele aceita a consciência coletiva, ou seja, um sentimento comum entre os homens da comunidade, rompendo com o paradigma individualizante.

[2] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

[3] "O trabalho é, conforme a experiência, um valor moral aceito pelas sociedades contemporâneas e possui em si dupla função: primeiro, é uma das formas de se revelar e se atingir o ideal de dignidade humana, além de promover a inserção social; segundo, é elemento econômico indispensável, direta ou indiretamente, para que haja crescimento" (BOCORNY, Leonardo Raupp. *A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito*. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 71).

[4] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

Por ocasião do que Foucault[5] denominava de sociedade disciplinar, cada pessoa podia ser identificada por meio de um número e por meio dele era possível controlar o indivíduo. Contudo, diante da complexidade que a sociedade foi apresentando, Deleuze[6] examinou o conceito trazido por Foucault e passou a defender a existência, na contemporaneidade, não mais de uma sociedade disciplinar, mas de uma sociedade de controle:

> Encontramo-nos numa crise generalizada de todos os meios de confinamento, prisão, hospital, fábrica, escola, família. A família é um "interior", em crise como qualquer outro interior, escolar, profissional, etc. Os ministros competentes não param de anunciar reformas supostamente necessárias. Reformar a escola, reformar a indústria, o hospital, o exército, a prisão; mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo. Trata-se apenas de gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam. São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares. "Controle" é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo[7].

Tal fato, segundo o autor, deve-se à complexidade que a sociedade foi ganhando e que já não permite mais se pensar na possibilidade de observar cada indivíduo de forma isolada. Desse modo, a disciplina já não mais pode ser localizada, mas deve ser espalhada e camuflada. E somente com essa nova característica ela poderá acompanhar a todos[8].

De acordo com Deleuze[9], nas sociedades disciplinares sempre era tempo de recomeçar, já nas sociedades de controle não é possível pensar em terminar nada:

> Nas sociedades de disciplina não se parava de recomeçar (da escola à caserna, da caserna à fábrica), enquanto nas sociedades de controle nunca se termina nada, a empresa, a formação, o serviço sendo os estados metaestáveis e coexistentes de uma mesma modulação, como que de um deformador universal. Kafka, que já se instalava no cruzamento dos dois tipos de sociedade, descreveu em O processo as formas jurídicas mais temíveis: a quitação aparente das sociedades disciplinares (entre dois confinamentos), a moratória ilimitada das sociedades de controle (em variação contínua) são dois modos de vida jurídicos muito diferentes, e se nosso

[5] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. História da violência nas prisões. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
[6] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
[7] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 220.
[8] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
[9] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

> direito, ele mesmo em crise, hesita entre ambos, é porque saímos de um para entrar no outro. As sociedades disciplinares têm dois pólos: a assinatura que indica o indivíduo, e o número de matrícula que indica sua posição numa massa. É que as disciplinas nunca viram incompatibilidade entre os dois, e é ao mesmo tempo em que o poder é massificante e individuante, isto é, constitui num corpo único aqueles sobre os quais se exerce, e molda a individualidade de cada membro do corpo (Foucault via a origem desse duplo cuidado no poder pastoral do sacerdote - o rebanho e cada um dos animais - mas o poder civil, por sua vez, iria converter-se em "pastor" laico por outros meios). Nas sociedades de controle, ao contrário, o essencial não é mais uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma senha, ao passo que as sociedades disciplinares são reguladas por palavras de ordem (tanto do ponto de vista da integração quanto da resistência). A linguagem numérica do controle é feita de cifras, que marcam o acesso à informação, ou a rejeição. Não se está mais diante do par massa-indivíduo. Os indivíduos tornaram-se "dividuais", divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou "bancos"[10].

A sociedade de controle apresenta-se, assim, ligada à sociedade informacional no momento em que se pode concluir, como diz Deleuze[11], que a senha que caracteriza a sociedade de controle permite o acesso à informação: o possuidor de uma senha é também o possuidor da informação. Nesse sentido, há que se buscar o conceito de sociedade informacional.

Assim, para Castells[12], sociedade informacional e também economia informacional estão associadas às:

> [...] Transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossas sociedades. Porém, o conteúdo real de "sociedade informacional" tem de ser determinado pela observação e análise [...]. Por exemplo, uma das características principais da sociedade informacional é a lógica de sua estrutura em redes, o que explica o conceito de "sociedade em rede" [...]. Contudo outros componentes da "sociedade informacional", como movimentos sociais ou o Estado, mostram características que vão além da lógica dos sistemas em redes, embora sejam muito influenciadas por essa lógica, típica da nova estrutura social. Dessa forma, "sociedade em rede" não esgota todo o sentido de "sociedade informacional".

As tecnologias da informação trazem consigo uma estruturação em rede, as pessoas todas ligadas umas às outras por meio de um ambiente virtual (embora não se esgote nisso a

[10] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 221-222.
[11] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

denominação de sociedade informacional, como afirma Castells[13]) que traz como promessa a inclusão social. Há que se atentar, contudo que, em que pese essa sociedade trazer em seu bojo a promessa de inclusão social e de acesso a um maior número de pessoas à informação, nela existem os fluxos pelos quais circula a informação. Estes podem ser seletivos e excludentes, inviabilizando a sonhada inclusão social pela informação. De sorte que somente aqueles que estão ligados/conectados às correntes da informação estão incluídos nessa sociedade[14].

Diante dessa perspectiva é que se questiona a proposta de inclusão homogênea que a sociedade de informação trouxe como meta, na medida em que o que se verifica, na verdade, é a mesma exclusão social que sempre marcou a sociedade. Percebe-se tal situação, possivelmente pelo fato de que a informação tantas e tantas vezes esteve associada também ao poder econômico, fator, por excelência, de exclusão social[15]. Nesse sentido:

> A economia digital tende a se consolidar, e uma das conseqüências desse novo paradigma econômico e produtivo baseado na informação são os excluídos digitais – trabalhadores em ocupações precárias, sub-contratados e desempregados, sem acesso as tecnologias da informação. O fato é que o avanço dessas novas tecnologias e da sociedade da informação tem debilitado a aplicação dos Princípios Fundamentais que caracterizam o Estado Democrático de Direito. O velho liberalismo despido de ética considera as pessoas como mercadorias. E tal lógica tem dominado a grande maioria das Nações, provocando desemprego e aumento da desigualdade social[16].

Nesse contexto, essas novas tecnologias associadas à informação, que surgem como uma forma promissora de desenvolvimento social, geram também desemprego e exclusão daqueles que não têm acesso a elas. Daí a importância da questão trabalhista e do trabalho associado à transmissão de informação e ao método que da melhor forma, até o momento, possibilitou essa transmissão: a Internet. A partir do surgimento dela, sequer leva-se o

---

[12] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 65.
[13] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
[14] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
[15] VOGT, Carlos. *Sociedade da Informação.* Inclusão e Exclusão. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info01.htm>. Acesso em: 15 dez. 2006.
[16] PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. O trabalho no mundo plutocrático. In: *Seqüência.* Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXV. Dez-2005. p. 289-290.

trabalho para casa, a própria casa é o local do trabalho. E, com a descoberta da telefonia móvel e da Internet via rádio, pode-se trabalhar durante uma viagem e em qualquer ponto[17]. As pessoas perdem horas de um dia inteiro na frente de um computador. Sem perceber, tornam-se "escravas virtuais".

Com a possibilidade de trabalhar sem ter horário, apenas por metas ou pela conclusão de determinado projeto, as pessoas não mais cumprem um horário legal[18], trabalhando mais horas, sem com isso receber horas-extras. É uma nova forma de trabalho que surge e, diante da qual, depara-se com a falta de regulamentação.

> A fábrica deu lugar à empresa. O "cartão-de-ponto", necessário a um trabalho que se gere por meio de horários fixos, vem dando lugar ao gerenciamento através de índices de produtividade e metas de venda. O espaço físico do trabalho tende a se descaracterizar: humanizam-se os espaços, flexibilizam-se as regras – tudo sob o imperativo da otimização dos resultados. O desenvolvimento tecnológico, de telefones celulares e e-mails a videoconferências e cirurgias à distância, permite que se trabalhe, cada vez mais, "à distância" – do mesmo modo que cresce a "instrução à distância". O "mercado global" dos tempos atuais faz com que o "risco de crise" se desterritorialize, pois não se localiza em lugar algum; o risco se globalizou: uma crise do outro lado do planeta pode gerar desemprego na sua esquina. A instabilidade profissional crescente aumenta a compulsão por produtividade. Trabalha-se em "todo lugar", a qualquer hora. Surgem variadas formas de trabalho "em casa", como, por exemplo, o "teletrabalho" (CASTELLS, 2000). O trabalho não tem fim, deve-se trabalhar a vida toda[19] .

O que acontece é a ilusão de que existe uma autonomia diante da liberdade quanto ao horário de trabalho, mas não se percebe que se perde muito mais tempo trabalhando do que antes. Tal situação pode desembocar uma postura conformista diante da luta por melhores condições laborais. Numa sociedade na qual é muito difícil conseguir um emprego, o

[17] CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Dênis de (org.). *Por uma outra comunicação.* Mídia, mundialização cultural e poder. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 255-287.
[18] Consta da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em seu artigo 58 que: "a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite". Ainda, acerca do assunto, importante consultar o artigo 7.º, incisos XIII, XIV, XV e XVI, da CF/88 e também a o Enunciado 85 do TST.
[19] CHEVITARESE, L. : "A questão da 'liberdade' na sociedade de controle, por uma alegoria de Kafka em O Processo". In: *Análogos*. Anais da IV SAF-PUC. Vol. III, PUC-Rio, 2004. p. 05.

possuidor de um, ainda mais com a ilusão de autonomia, acredita que não existe mais nada pelo que lutar[20].

E é nessa sociedade que surge então um:

> [...] Artesão eletrônico [que] tem a impressão de ter maior liberdade para agir. Por estar conectado a uma imensa rede de pequenas e microempresas espalhadas por todos os lugares – com a tarefa de fornecer informações necessárias à produção de mercadorias – o trabalhador começa a sentir-se proprietário, um verdadeiro comerciante do trabalho. E, num mundo onde todos são produtores de mercadorias, as organizações de luta dos trabalhadores parecem supérfluas[21].

Esse "artesão eletrônico" passa, então, a acreditar na ilusão de que possui autonomia para definir o seu horário de trabalho e as suas metas laborais. Pode, contudo, estar não só trabalhando mais, tendo menos horas de lazer, mas também abdicando dos seus direitos trabalhistas.

Com a Internet a possibilidade de trabalho sem hora e sem local marcados transformou-se numa prática usual. As pessoas estão "conectadas" – as que possuem acesso à informação – o tempo inteiro. Nesse sentido, necessário voltar à sociedade de controle de Deleuze[22], pois uma vez conectado o indivíduo também pode ser controlado de uma forma sem precedentes. O controle, aliás, nem sequer é percebido.

Esse controle pode gerar uma padronização de condutas a serem seguidas, pois com a Internet, a divulgação de informações ocorre globalmente de forma muito rápida, gerando também uma uniformização de gostos. A própria sociedade percebe-se conectada.

[20] PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. O trabalho no mundo plutocrático. In: *Seqüência.* Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXV. Dez-2005.
[21] PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. O trabalho no mundo plutocrático. In: *Seqüência.* Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXV. Dez-2005. p. 298.
[22] DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

E essa sociedade em rede, que seria uma das formas da sociedade informacional, caracteriza-se, segundo Castells[23], pela intercomunicação entre vários pontos do mundo, com a configuração de nós (nós de uma rede) nos quais são tomadas as decisões que irão dinaminizar o fluxo de informações pela rede inteira. Essa sociedade passa a organizar também a estruturação do trabalho. E, nesse sentido, deve vir associada à questão da ocupação laboral mais intensa e conectada dioturamente.

A constituição desse cenário, no entanto, não se faz completa sem a análise do apelo exagerado ao consumo. As pessoas cada vez mais trabalham, mas também cada vez mais gastam o fruto do trabalho, consumindo. Como afirma Deleuze[24]:

> O marketing é agora o instrumento de controle social, e forma a raça impudente dos nossos senhores. O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua. O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado. É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas.

No momento em que uma das formas de controle é o convencimento de que o consumo é necessário e de que andar na moda é mais importante do que tudo, trabalha-se e vive-se apenas em busca da ilusão de um *status* social. Tudo sustentado pela aparência de uma boa vida que, derradeiramente, pode transformar-se em frustração diante dos gastos exagerados.

O que se verifica é que a globalização pode trazer como um encargo a competição e um "[...] consumo sem limites, dos comportamentos ditados pela mídia alucinada, [que] alienam o indivíduo, ligando-o a valores com os quais não mantém qualquer afinidade e transformando-o num estrangeiro em seu próprio país"[25]. Além disso, pode-se verificar que

[23] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
[24] DELEUZE, Gilles. *Conversações.* 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992. p. 224.
[25] PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. O trabalho no mundo plutocrático. In: *Seqüência.* Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXV. Dez-2005. p. 292.

existe um grande clico vicioso. Trabalha-se, se gasta. Gasta-se mais do que se pode. Vive-se endividado.

São estas as características da sociedade na qual vivemos. Nesta sociedade a questão do trabalho merece ser reavaliada porque simplesmente não se faz perceptível a grande desvalorização do ser humano que está acontecendo. Não é visível essa engrenagem social. Não há o que se possa fazer para sair dessa sociedade que controla. Ou será que há?

2 TRABALHAR POR QUÊ? TRABALHAR PARA O QUÊ?

As pessoas estão cada vez mais atarefadas e, muitas vezes, sequer se dão conta disso. E acabam trabalhando pelo simples fato de ter o que consumir. Assim, necessidades são criadas e passe-se a valorizar o Ter em detrimento do Ser. O ser humano passa a ter valor diante do que possui e não diante do que é[26].

Tal situação faz com que não se pare para pensar e contemplar uma idéia, uma paisagem, uma pessoa. Coisas simples assim, mas que não são consumíveis no sentido empregado na nossa sociedade, razão pela qual aparecem sem significado. Trabalha-se apenas, de forma alucinada, para entrar na "onda" da sustentação de aparências.

De acordo com Friedrich Nietzsche[27]:

> A realidade foi despojada de seu valor, de seu sentido, de sua veracidade justamente no mesmo grau em que foi **falsificado** um mundo ideal... O "mundo verdadeiro" e o "mundo aparente" em alemão: o mundo **falsificado** e a realidade... A **mentira** do ideal foi, até agora, a blasfêmia contra a realidade; a própria humanidade foi enganada por ela e tornou-se falsa até o mais baixo de seus instintos – a ponto de adorar os valores **inversos** como se fossem aqueles com os quais ela poderia garantir para si a propriedade, o futuro, o **direito** altivo ao futuro.

[26] FROMM, Erich. *Ter ou ser?* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977.
[27] NIETZSCHE. Friedrich. *Ecce homo.* Porto Alegre: L&PM Pocket, 2003. p. 16.

Em sua autobiografia Nietzsche[28] revela a angústia de verificar que a moral social pode ser algo que não condiz com o que o homem efetivamente procura. Com o que deve adotar para ser honrado, para viver de acordo com a sua convicção.

Pode-se concluir, diante da análise da nossa sociedade, que a angústia de Nietzsche procede e que vivemos uma omissão/falta de concepções, de pensamentos e de idéias próprias. Nesse sentido, não se pode deixar de mencionar o papel dos meios de comunicação que se apresentam como difusores e formadores de uma opinião que, num momento seguinte, afirmam ser "opinião pública"[29]. Quando, na verdade, essa opinião não passa de uma construção artificial e interessada de alguns grupos que dominam o espaço econômico, midiático ou, mesmo, político.

Afirma Ignacio Ramonet[30] que:

> O primeiro é o poder econômico e financeiro. E o segundo é o poder midiático. Porque o midiático, da maneira como o defino, é o aparato ideológico da globalização. É o sistema que, em certa medida, constitui o modo de inscrever, no disco rígido de nosso cérebro, o programa para que aceitemos a globalização. Esse sistema ideológico, esse aparato ideológico global, é o aparato midiático em seu conjunto. Quer dizer, o que a imprensa diz a televisão repete, a rádio repete, e não apenas nos noticiários, mas também nas ficções, na apresentação de um tipo de modelo de vida que se deve apresentar.

Na era da informação passa-se a seguir o que está em "alta" na mídia. Age-se, veste-se, saboreia-se o que os meios de comunicação atestam como necessário e imprescindível para as nossas vidas. A ponto compreender como impossível viver sem um telefone celular, por exemplo, ou sem estar conectado à Internet. Essa necessidade construída está tão presente que quem não possui esses "aparatos contemporâneos" apresenta-se excluído do meio social. "Desligado" da sociedade contemporânea.

---

[28] NIETZSCHE. Friedrich. *Ecce homo.* Porto Alegre: L&PM Pocket, 2003.
[29] BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não Existe. In THIOLLENT, Michel. *Crítica metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo: Polis, 1985. p. 137-151.
[30] RAMONET, Ignacio. O poder midiático. In: MORAES, Dênis de (org.). *Por uma outra comunicação.* Mídia, mundialização cultural e poder. 2. ed. São Paulo: Record, 2004. p. 246.

Nesse contexto, tudo acaba tendo valor comercial e interessado[31]. Assim, faz-se necessário filtrar as informações e lutar contra uma cultura de trabalho para o consumo que se instalou. Já que a informação que nos é transmitida pode não representar a veracidade efetiva dos fatos:

> A informação está contaminada essencialmente por uma série de mentiras que podem ser factualmente demonstradas. É preciso descontaminá-la dessas mentiras, é preciso descontaminá-la de uma certa ideologia: podem-se defender idéias, todas as idéias podem ser defendidas: anunciadas, porém como idéias e não como uma coisa natural. Mas é preciso igualmente descontaminar de publicidade, do ponto de vista ideológico, o meio que nos cerca. E isso é óbvio[32].

É preciso perceber que pode existir uma construção de idéias no meio social que impulsione, por exemplo, ao consumo. Dessa maneira, o fruto do trabalho acaba sendo gasto em consumo e, geralmente, numa busca pela homogeneização de gostos e de estilos. E tal homogeneização sequer é perceptível, pelo fato de existir algo que impulsiona a adoção de condutas "comuns". Tudo parece natural. Mas o que existe é uma padronização de comportamentos.

De acordo com Pierre Bourdieu[33] a impossibilidade de visualizar essa padronização que ocorre com os indivíduos e a exigência de uma marca ou grife para atribuição de valor, faz com que circunstâncias determinem o valor de uma coisa e não a coisa em si possua algum valor:

> O poder das palavras não reside nas próprias palavras, mas nas condições que dão poder às palavras cirando a *crença coletiva*, ou seja, o *desconhecimento coletivo* do arbitrário da criação de valor que se consuma através de determinado uso das palavras. A imposição de valor, simbolizada pela *grife*, é um caso particular de todas as *operações de transferência de capital simbólico* (prefácios escritos por um autor célebre para o livro de um novato, marca de uma editora de prestígio,

[31] "[...] Hoje a informação é considerada essencialmente uma mercadoria. Não é um discurso que tenha a vocação ética de educar o cidadão ou de informar, no bom sentido da palavra, o cidadão, pois tem essencialmente e antes de mais nada uma perspectiva comercial. Compra-se e vende-se informação com o objetivo de obter lucros" (RAMONET, Ignacio. O poder midiático. In: MORAES, Dênis de (org.). *Por uma outra comunicação.* Mídia, mundialização cultural e poder. 2. ed. São Paulo: Record, 2004. p. 247).
[32] RAMONET, Ignacio. O poder midiático. In: MORAES, Dênis de (org.). *Por uma outra comunicação.* Mídia, mundialização cultural e poder. 2. ed. São Paulo: Record, 2004. p. 252.
[33] BOURDIEU, Pierre. *A produção da crença.* Contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 2 ed. São Paulo: Zouk. 2004.

> etc.) pelas quais um agente ou, mais exatamente, uma instituição que age por intermédio de um agente devidamente credenciado atribuem valor a determinado produto[34].

Na sociedade na qual vivemos pode-se assistir ao surgimento de um homem que abdica do livre pensar, que consome idéias e que não reflete sobre elas. E, numa situação paradoxal, a era da informação é também a era da alienação e do controle. O homem é:

> [...] Homo tecnologicus pelas novas teconologias, num processo caracterizado pela manipulação das técnicas de informação, que, uma vez apropriadas por alguns Estados e empresas, aprofundam as desigualdades entre as nações. Os acontecimentos transcorrem com celeridade e a vida moderna lentamente transforma o ser humano num verdadeiro robô – automatizado pela mídia, desnatura-se ao renunciar ao seu livre-arbítrio e a lucidez de pensar e agir com liberdade[35].

A própria estruturação espacial vai se amoldando às exigências e necessidades que o homem acredita possuir. Ou seja, a visão do espaço é a visão da necessidade que o homem deposita nele. Assim, as grandes cidades podem estar funcionalmente estruturadas para o dinamismo do trabalho tecnológico, mas o que se deve perceber também é que existe uma grande estruturação social por detrás das paredes de concreto erguidas em grandes e cidades. É preciso perceber que, embora a cidade/o espaço pareçam estar sendo edificados num processo natural de evolução e progresso, o que pode estar acontecendo é uma progressão e continuidade da mesma dominação de uma classe ou grupo de indivíduos sobre outro[36].

---

[34] BOURDIEU, Pierre. *A produção da crença*. Contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 2 ed. São Paulo: Zouk. 2004. p. 161-162.

[35] PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. O trabalho no mundo plutocrático. In: *Seqüência.* Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXV. Dez-2005. p. 304.

[36] Milton Santos (SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo.* Globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Hucitec, 1994, p. 41) descreve a questão do espaço: "Comecemos por fixar rapidamente os conceitos. Por tempo, vamos entender grosseiramente o transcurso, a sucessão dos eventos e sua trama. Por espaço vamos entender o meio, o lugar material da possibilidade dos ventos. E por mundo entendamos, a soma, que é também síntese, de eventos e lugares. A cada momento, mudam juntos o tempo, o espaço e o mundo. De tal modo, nossa grande tarefa é a de apreender e definir o presente, segundo essa ótica. [...] O espaço é mídia nos dois sentidos. Ele é linguagem e também é o meio onde a vida é tornada possível. A percepção pela sociedade e pelo indivíduo que é esse espaço depende da forma de sua historicização e esta resulta em grande parte dos progressos nos transportes e nas comunicações, na construção do tempo social".

Necessário, então, perceber o que de fato a sociedade esconde e especialmente no que consiste a busca obstinada pelo consumo. Trabalha-se sem ter hora e lugar para fazer vezes às exigências que são impostas pelo sistema estrutural.

Diante dessa perspectiva, Domenico de Masi[37] propõe uma alternativa à vida estruturada no trabalho e para o consumo. Defende a possibilidade de alcançar outros ideais que não apenas a necessidade de estar o tempo inteiro em atividade. Afirma que o trabalho pode oferecer "[...] dinheiro, prestígio e poder. [Mas] O tempo livre oferece sobretudo a possibilidade de introspecção, de jogo, de convívio, de amizade, de amor e de aventura. Não se entende por que o prazer ligado ao trabalho deveria acabar com a alegria do tempo livre"[38].

Dessa feita, outros ideais devem ser valorizados no sentido de que pode ser "[...] necessário não apenas ter uma profissão, mas também ter educação para as coisas simples da vida e que passam despercebidas como poder ter condições e conhecimento para escolher um bom livro ou para simplesmente admirar as belezas da natureza"[39].

As pessoas vivem apressadas. Apenas desempenham os seus papéis na sociedade e não pensam sobre eles.

De acordo com Masi[40] é primordial educar para a possibilidade de não apenas trabalhar, mas também de refletir e ter outro norte para a vida, assim:

> Educar para o ócio significa ensinar a escolher um filme, uma peça de teatro, um livro. Ensinar como pode estar bem sozinho, consigo mesmo, significa também levar a pessoas a habituar-se com as atividades domésticas e com a produção autônomo de muitas coisas que até o momento comprávamos prontas. Ensinar o gosto e a alegria das coisas belas. Inculcar a alegria[41].

[37] MASI, Domenico de. *O ócio criativo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
[38] MASI, Domenico de. *O ócio criativo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 319.
[39] MASI, Domenico de. *O ócio criativo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
[40] MASI, Domenico de. *O ócio criativo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

Assim, não apenas a pressa, a vida pelo trabalho, a vida pelo consumo é que norteiam a existência do homem, também a possibilidade de contemplação, de reflexão é importante na sociedade atual, especialmente para que se possa compreender qual a realidade que nos cerca. É preciso desacelerar a vida para perceber de forma mais detalhada o que acontece.

Nesse contexto, somente com a recuperação do conhecimento do homem acerca de si mesmo é que será possível sair desse processo de padronização e perceber que existem singularidades, que cada indivíduo é um ser único e que possui vontades próprias. Nessa direção está orientada a concepção de José Luis Bolzan de Morais[42]:

> A busca do tempo perdido só ocorre a partir do momento em que se consiga estabelecer uma quebra nesta relação maquínica de reprodução. Uma destruição das engrenagens de articulação desse processo de esquadrinhamento da vida, a partir do desmantelamento do processo unívoco de ver e se articular com o mundo. O destroçar de uma estrutura de homogeneização dos homens e suas relações.
> Um processo de singularização, todavia, requer a reapropriação dessa subjetividade, mas também, e a partir daí, a recuperação e retomada do controle da vida pelo homem.
> Uma nova estruturação da relação do homem com o seu tempo se institui, assim, após a retomada de consciência do mundo e para com ele próprio.

De acordo com Morais[43], somente por meio conhecimento acerca de si mesmo e através da possibilidade de entender-se como um ser singular e não como uma massa de manobra é que será possível ao homem recuperar o controle da sua própria vida. Em outras palavras, será possível ao homem recuperar a possibilidade de construção de sua própria história, sem que lhe seja apenas destinado um roteiro e um papel sem alternativa a escolhas.

---

[41] MASI, Domenico de. *O ócio criativo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 325.
[42] MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo.* Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 84.

CONCLUSÃO

A vida na sociedade atual merece ser bem analisada. Compreender o que a sociedade esconde, especialmente do que se refere à questão laboral, é de importância fundamental.

É necessária a assunção de uma postura de questionamento sempre. Não se pode aceitar idéias feitas como se próprias fossem. É preciso refletir sobre se a sociedade que informa, mas que também controla, é apenas o que ela nos mostra. É indispensável pensar sobre se o trabalho, e o trabalho pelo consumo, é a meta e a parte mais importante de nossas vidas.

Talvez do que precisemos seja muito pouco e seja algo bem simples e barato. Mas o grande obstáculo é conseguir sair dessa sociedade que aprisiona por meio de um controle imperceptível e que nos cerca com necessidades falsas. Porém, até se alcançar a concepção de que tais necessidades são falsas vai-se um longo caminho. E mesmo quando se possui essa consciência, outro trajeto deve ser percorrido: aquele que permita que abandonemos tudo isso. Mas isso já é uma outra história, por enquanto, busquemos apenas compreender "o que a sociedade esconde"...

REFERÊNCIAS

BOCORNY, Leonardo Raupp. A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito. Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *A produção da crença.* Contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 2 ed. São Paulo: Zouk. 2004.

_____. A opinião pública não Existe. In THIOLLENT, Michel. *Crítica metodológica, investigação social e enquete operária*. São Paulo: Polis, 1985. p. 137-151.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.542 de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 09 ago. 1943.

[43] MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo.* Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 17 jan. 2007.

CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Dênis de (org.). *Por uma outra comunicação.* Mídia, mundialização cultural e poder. 2 ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 255-287.

_____. *A sociedade em rede*. v.1. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CHEVITARESE, L. : "A questão da 'liberdade' na sociedade de controle, por uma alegoria de Kafka em O Processo". In: *Análogos*. Anais da IV SAF-PUC. Vol. III, PUC-Rio, 2004. p. 01-13.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. 1972-1990. Tradução: de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir.* História da violência nas prisões. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FROMM, Erich. *Ter ou ser?* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977.

HOBBES, Thomas. *Leviatã.* Ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2002.
MACPHERSON, C. B. Hobbes: o dever político do Mercado. In: *A teoria política do individualismo possessivo (de Hobbes a Locke)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
MASI, Domenico de. *O ócio criativo.* 7 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A subjetividade do tempo.* Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NIETZSCHE. Friedrich. *Ecce homo.* Porto Alegre: L&PM Pocket, 2003.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. O trabalho no mundo plutocrático. In: *Seqüência.* Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Ano XXV. Dez-2005. p. 304.

RAMONET, Ignacio. O poder midiático. In: MORAES, Dênis de (org.). *Por uma outra comunicação.* Mídia, mundialização cultural e poder. 2. ed. São Paulo: Record, 2004. p. 243-352.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social.* São Paulo: Martin Claret, 2002.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço, tempo.* Globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: Hucitec, 1994.

VOGT, Carlos. *Sociedade da Informação.* Inclusão e Exclusão. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info01.htm>. Acesso em: 15 dez. 2006.

O ESTATUTO DO IDOSO E O COMBATE À VIOLÊNCIA: PRINCIPAIS ASPECTOS DA PARTE PENAL

Caroline Fockink Ritt [*]

Marli Marlene Moraes da Costa[**]

Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos: deve transcender a duração da vida de homens mortais.[1]

RESUMO

O presente artigo pretende analisar até que ponto o Estatuto do Idoso, criado pela Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, é uma legislação apta a proteger e a tutelar os direitos do idoso, combatendo a violência, através da análise de seus principais aspectos penais e processuais penais. Concluiu-se que o Estatuto do Idoso, no aspecto penal, trouxe, ao mesmo tempo, retrocessos e grandes avanços referente a repressão e punição da violência contra o idoso, tendo como principais norteadores os artigos 94 e 95, dentre outros artigos penais e processuais penais analisados no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: DIGNIDADE, DIREITOS, ESTATUTO DO IDOSO, HUMANISMO, VIOLÊNCIA.

ABSTRACT

The present article intends to analyze how far the Elder Statute, created by the Federal Law nº 10,741, of October 1st, 2003, is a legislation capable to protect and to tutor the

[*] Advogada, Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social, ambas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Cidadania, coordenado pela Professora Marli Marlene da Costa, Professora da UNISC.

[**] Professora de Direito Civil e de Direito da Criança e do Adolescente/Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Chefe do Departamento de Direito e Coordenadora do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas na mesma Universidade. Psicóloga com Especialização em Terapia Familiar. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Burgos- Espanha.

[1] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 64.

elders rights, fighting the violence, through the analysis of its main criminal and criminal procedural aspects. We concluded that the Elder Statute, in the criminal aspect, brought, at the same time, retrocessions and great advances in the repression and punishment of the violence practiced against the aged ones, being articles 94 and 95 the main north, amongst other criminal and criminal procedural articles analyzed in the present paper.

KEYWORDS: DIGNITY, RIGHTS, ELDER STATUTE, HUMANISM, VIOLENCE.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Neste artigo pretende-se analisar as inovações trazidas pelo referido Estatuto do Idoso, principalmente quanto aos seus artigos 94 e 95, em seus principais aspectos, e se representam inovações positivas ou retrocesso na questão penal, especificamente no combate à violência cometida contra o idoso.

Destaca-se que a violência cometida contra o idoso, de acordo com as estatísticas oficiais, é, de regra, a doméstica, sendo os familiares, principalmente, os filhos, os que cometem todo o tipo de violência contra seus pais, avós ou tios.

É inegável que o Estatuto do Idoso trouxe várias inovações e avanços no trato com a questão do Idoso, mas a grande questão a ser analisada, agora, é se os artigos penais e processuais penais previstos em tal Lei são, realmente, eficazes no combate à violência contra o idoso.

1. Violência cometida contra o idoso

Em qualquer pesquisa feita sobre a violência contra o idoso, infelizmente a constatação a que chegamos é de que, além das omissões do Estado, são os familiares os maiores agressores, e a violência ocorre mesmo dentro de suas casas. Nesse sentido, é a da realidade de São Paulo em que pesquisa recente demonstra que a grande parte dos

casos de violência e maus-tratos contra idosos é cometido por pessoas próximas à vítima – o vizinho, o amigo e, principalmente, os seus familiares.[2]

Essa violência contra os idosos pode acontecer de várias formas, desde a violência psicológica, que se manifesta pela negligência e pelo descaso, até as agressões físicas. São comuns os casos de filhos que batem nos pais, tomam seu dinheiro, dopam-nos, deixam passar fome ou não dão os remédios na hora marcada, é o chamado abandono material.

Estudo feito pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM - com base nas ocorrências registradas pela Delegacia de Proteção ao Idoso de São Paulo, em 2000, mostra que 39,6% dos agressores eram filhos das vítimas; 20,3% seus vizinhos e 9,3% outros familiares. As ocorrências registradas com maior freqüência foram ameaças (26,93%), seguidas de lesão corporal (12,5%) e de calúnia e difamação (10,84%). O estudo mostrou, também, que parte das ocorrências é retirada pelos idosos dias após a denúncia. Nos registros, os idosos argumentam que precisam viver com a família, têm de voltar para casa, e a manutenção da queixa atrapalharia a convivência.[3]

No Rio de Janeiro e em outros locais, relatos e índices sobre violência contra idosos caminham no mesmo sentido, consoante relato do Núcleo de Informação ao Idoso do Governo Federal, que demonstra um panorama de desolação que precisa ser modificado. O Rio de Janeiro é o estado brasileiro onde morrem mais idosos vítimas de violência, conforme pesquisa do Centro Latino-Americano de Estudos sobre Violência e Saúde (Claves), pertencente à Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).[4]

Estima-se que, num grupo de 100 mil habitantes com mais de 60 anos, 249,5 morrem por homicídios, atropelamentos, tombos dentro de casa, entre outros. E que 32% das mortes registradas de idosos são em decorrência de violência. A primeira causa

---

[2]SERASA. Guia Serasa de orientação ao cidadão. Disponível em: <http://www.serasa.com.br/ guiaidoso/ 99. html.> Acesso em: 14 set. 2004.

[3] Ibidem, sem página.

[4] NÚCLEO DE INFORMAÇÃO AO IDOSO DO MS. Velhos sofrem violência em casa e nas ruas. Disponível em <http://www.idoso.ms.gov.br/artigo.asp?id=50.>. Acesso em: 14 set. 2004.

é o acidente no transporte, seguida de espancamento e agressão e atropelamento. O Hospital de Jabaquara atende a uma média de 32 mil pessoas por mês – 600 apanharam em casa, a maioria formada de velhos e crianças.[5]

Já em Belo Horizonte, na Delegacia Especializada de Proteção, investigando-se 1.388 casos registrados nos Termos Circunstanciados de Ocorrência- TCO, concluiu-se o que as pesquisas em âmbito nacional e internacional têm relatado que a vítima idosa concentra-se em maior número no sexo feminino, muito embora esses dados estejam alterando-se, conforme mostra a Tabela 1, abaixo.[6]

Tabela 1 – Resumo do número de idosos vítimas da violência nos últimos anos

ANO	FEMININO		MASCULINO	
	Número	%	Número	%
1998	136	80,5	33	19,5
1999	157	77,3	46	22,7
2000	355	71,7	140	28,3
2001	359	68,9	162	31,1

Fonte: Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso – DEPI/MG.
Nota: CHAVES, P.G.S. e COSTA, P.L. (2002). Levantamento de dados nos termos circunstanciados de ocorrência – TCO da DEPI/MG – Belo Horizonte: ACADEPOL (mimeog.).

Neste estudo, a análise principal é no sentido de se saber qual a influência do fator vitimização como elemento motivador das denúncias na Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso - DEPI/MG. Nesse sentido, após analisar os relatos contidos nos 1.388 Termos Circunstanciados de Ocorrência – TCO registrados naquele local, notou-se que o maior índice de violência contra o idoso em Belo Horizonte é causada pelos filhos (média 45,3%), seguido pelo(a) cônjuge/companheiro(a) (média 15,4%) e pelos vizinhos (média 12,2%), de acordo com os dados contidos na Tabela 2, a seguir.[7]

[5] Ibidem, sem página.
[6] COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. *A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos*. Disponível em <http://www.mj.gov.br/senasp/biblioteca/artigos/artigo.doc.>. Acesso em: 02 fev. 2006.
[7] Ibidem, sem página.

Assim, eventos como furto consumado a transeunte em via pública, roubo a transeunte e assalto a transeunte encontram-se inseridos no tópico Outros, com uma média de apenas 9,6%.[8]

A violência doméstica, então, é mais preocupante, já que as ocorrências de violência contra os idosos, na grande maioria, são relacionadas aos familiares e pessoas próximas, e, por conseguinte, mais difícil de ser controlada, pois se relaciona a vínculos afetivos e de convivência diária.[9]

Tabela 2 – Principais agentes de crimes e contravenções praticados contra idoso

AUTOR	1998		1999		2000		2001	
	Número	%	Número	%	Número	%	Número	%
Cônjuge / Companheiro	13	7,7	23	11,3	154	31,1	59	11,4
Filhos	76	45,0	87	43,0	232	46,8	241	46,2
Irmãos	-	-	02	0,9	14	2,8	08	1,5
Netos	03	1,8	07	3,5	47	9,5	30	5,7
Genros / Noras	21	13,0	11	5,4	39	7,9	43	8,3
Vizinhos	25	14,8	36	17,7	02	0,5	81	15,6
Sobrinhos	08	4,7	06	2,9	06	1,2	07	1,3
Outros	22	13,0	31	15,3	01	0,2	52	10,0
TOTAL	**169**	**100%**	**203**	**100%**	**495**	**100%**	**521**	**100%**

Fonte: Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso – DEPI/MG.
Nota: CHAVES, P.G.S. e COSTA, P.L. (2002). Levantamento de dados nos termos circunstanciados de ocorrência – TCO da DEPI/MG – Belo Horizonte: ACADEPOL (mimeog.).

Observa-se também que a violência contra o idoso muitas vezes é causada por disputas quanto ao seu patrimônio, conforme a seguinte citação:

> A falta de dados estatísticos sobre a extensão da violência contra mulheres e crianças também coincide quando o alvo são os idosos. Embora a população idosa tenha crescido de 6,2 milhões em 1950 para 13,9 milhões no ano 2000 (com projeção para atingir os 31,8 milhões em 2025), pouco se sabe em termos quantitativos de violência. Segundo o chefe do Departamento de Medicina Preventiva da Unifesp, o médico Luiz Roberto Ramos, o perfil do idoso vitimizado é mulher, com mais de 75 anos, física ou mentalmente dependente, viúva ou solteira e vivendo com familiares. Já o agressor é normalmente homem, adulto de meia-idade, familiar próximo (normalmente o filho), dependente econômico da vítima e, não raro, dependente químico. Embora sinais físicos como perda de peso, escaras, feridas, acidentes recorrentes inexplicáveis, sejam alguns dos sinais de maus-tratos físicos,

[8] Ibidem, sem página.
[9] Ibidem, sem página.

> Luiz Roberto conta que o mais comum é a violência patrimonial, ou seja, a exploração dos bens do idoso. O promotor de Justiça do Ministério Público e coordenador do Grupo de Atenção Especial de Proteção ao Idoso, João Estevam da Silva, afirmou que 60% das ações realizadas pela sua equipe têm relação com este tipo de violência patrimonial.[10]

O dinheiro do idoso é motivo para que seja maltratado pelos filhos e familiares que deveriam ser responsáveis por ele e estarem zelando pelo seu bem-estar, ou seja, a violência doméstica também é patrimonial:

2. Estatuto do Idoso e a questão da ampliação ou não do conceito de crime de menor potencial ofensivo e aplicação ou não dos institutos despenalizadores previstos na Lei n º 9.099/95

Logo após a promulgação do Estatuto do Idoso, surgiram vários entendimentos no sentido de se saber se o referido estatuto ampliou ou não o conceito de crimes de menor potencial ofensivo.[11]

O artigo 94 do referido Estatuto determina que: "Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro anos), aplica-se o procedimento previsto na Lei n º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal".

---

[10] COSTA, Renata. *Discussão da Violência: Pesquisadores da Unifesp e da USP se reúnem em simpósio.* Disponível em: <http://www.universiabrasil.net/ materia/materia.jsp?materia=8103 - 29k.> Acesso em: 08 fev. 2006.

[11] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. Crimes de menor potencial ofensivo são os considerados, conforme artigo 61 da lei 9.099/95, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. Agora, com a lei que instituiu o Juizado especial Federal Criminal, podemos afirmar que o art. 61 sob comentário, em face do princípio da proporcionalidade, deve ser lido assim: "consideram-se infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supere dois anos, estejam ou não sujeitos a procedimento especial". Cometeria erro inominável, a nosso juízo, quem pretendesse criar duas espécies de infrações de menor potencial ofensivo: uma na esfera federal e outra, na estadual. Nas questões de liberdade, na inteligência das garantias constitucionais, dizia Rui, não cabe a hermenêutica restritiva. *Favorabilia ampliada (Commentarios à Constituição Federal brasileira,* v. 5. p. 516). Ademais, interpretação contrária serviria, apenas, para demonstrar (o que sabe a disparate) que o Estado estaria permitindo tratamento diferente quanto à mesma infração, conforme seja da competência federal ou da estadual. Um desacato praticado por Procurador de Justiça ensejaria a perda de sua primariedade. Mas, se cometido por Procurador da República, a Justiça se contentaria com simples transação. Ibidem, p. 25.

Assim, teria o Estatuto do Idoso alterado, mais uma vez, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, aumentando de dois para quatro anos o limite da pena máxima do crime para que seja considerado de menor potencial?

E a partir do referido dispositivo legal, todo delito cuja pena máxima abstrata não ultrapassar quatro anos submeter-se-á ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/95, podendo receber os benefícios da transação penal e da composição de danos?

Sobre a questão da ampliação ou não do conceito de crime de menor potencial ofensivo, Marco Antonio Vilas Boas argumenta que:

> Curiosamente, o art. 94 do Estatuto outra vez dobrou o espaço de tempo, de 2 (dois) para 4 (quatro) anos, estendendo, conseqüentemente, a competência do Juizado Especial Criminal. Na verdade, passa-se a não saber, ao certo, se o benefício veio para o idoso (porventura processado criminalmente) ou para aquele que cometeu a infração penal contra o idoso. Porém, a considerar uma possível reparação civil, no âmbito do próprio Juizado, o idoso estará a discutir, possivelmente, uma eventual composição civil.[12]

E como conseqüência do chamado procedimento sumaríssimo, previsto na Lei nº 9.099/95, há os institutos da transação penal e a vedação de prisão em flagrante do autor do fato que assumir o compromisso de comparecer no Juizado Especial.[13]

Damásio de Jesus, analisando o assunto, defende que a questão discutível do artigo 94 diz respeito ao sentido e alcance da norma. Questiona ele:

> Será que o legislador desejou tornar de menor potencial ofensivo os delitos definidos no Estatuto do Idoso cuja pena detentiva abstrata não ultrapasse 4 anos, permitindo, assim, que nesses casos, a aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais, como a transação penal (art. 76)? Podemos considerar que se estendeu a toda a legislação novo conceito de crime de menor potencial ofensivo, elevando-se o critério quantitativo da

[12] BOAS, Marco Antonio Vilas. *Estatuto do Idoso Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 208.

[13] É preciso diferenciar os benefícios trazidos pela Lei nº 9.099/95, como a transação penal, a composição de danos e a suspensão condicional do processo, que são medidas despenalizantes, previstas nos artigos 72 a 76, e no artigo 89, com o rito sumaríssimo criado na mesma Lei para dar maior celeridade no processo e julgamento dos crimes considerados de menor potencial ofensivo, previsto no artigo 77 e seguintes. Os institutos da transação penal e da composição de danos ocorrem em fase preliminar, evitando que o agente delituoso seja processado e julgado pelo seu crime. Já o rito sumaríssimo ocorre no processo e julgamento do crime, procurando-se a celeridade do procedimento, para que ocorre um julgamento rápido. Logo, é regra meramente processual que não se confunde com os institutos despenalizadores.

> pena a 4 anos? Ou o legislador pretendeu somente imprimir o chamado procedimento sumaríssimo da Lei 9.099/95, previsto em seus artigos 77 e seguintes, aos delitos definidos no Estatuto do Idoso? [14]

Para o referido autor haverá duas interpretações. A primeira, que afirma que todos os crimes criados pelo Estatuto do Idoso, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 anos, são de menor potencial ofensivo.[15] Como conseqüência desse entendimento, além do procedimento sumaríssimo, estende-se a esses delitos a transação penal, nos termos da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Por efeito, entende-se que foi derrogado o art. 61 da Lei nº 9.099/95, que já havia sido derrogado pelo art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. E, assim, passam a ser de menor potencial ofensivo, na legislação penal nacional, todos os delitos cuja pena máxima abstrata não ultrapasse 4 anos.[16]

Já a segunda interpretação, que Damásio de Jesus acredita ser a mais correta, afirma que a todos os crimes criados pelo Estatuto do Idoso, desde que a pena máxima abstrata prevista não ultrapasse 4 anos, é somente aplicável o procedimento sumaríssimo previsto na Lei dos Juizados Especiais Criminais.[17]

Para o referido penalista, o Estatuto do Idoso não considerou de menor potencial ofensivo todos os crimes nele descritos, matéria que continua regida pelo art. 61 da Lei n° 9.099/95, que foi derrogado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. O entendimento é no sentido de que o Estatuto do Idoso não derrogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Por isso, para ele é incabível a transação penal e o critério dos 4 anos não se estendeu a toda a legislação criminal.[18]

Ramayana,[19] por sua vez, explica que a norma prevista no artigo 94 do Estatuto, aplica-se de forma restrita, apenas ao aspecto procedimental na apuração dos delitos

[14] JESUS, Damásio Evangelista de. Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.52, jan/abr/2004, p. 231.
[15] Ibidem, p. 232.
[16] Ibidem, p. 232.
[17] Ibidem, p. 232.
[18] Ibidem, p.232.
[19] RAMAYANA, Marcos. *Estatuto do Idoso Comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004, p. 94.

contra o idoso, pois não se deve fazer um equívoco de interpretação, ampliando o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo.

Afirma ele que:

> As infrações de menor potencial ofensivo são definidas na Lei 9.099/95 e 10.259/2001; portanto, sob a ótica da legislação pátria, podemos admitir que são aquelas cuja pena máxima não ultrapasse de 2 (dois) anos. A *mens legislatoris* apenas determinou que o procedimento fosse aplicado de forma idêntica às leis supracitadas, o que significa que a norma em questão é de cunho meramente processual.[20]

Conclui ele dizendo que "Os crimes tipificados no Estatuto do Idoso, cuja pena não ultrapasse 4 (quatro anos), seguem o procedimento da Lei 9.099/95."[21] Ramayana cita também o ensinamento do Promotor de Justiça Cláudio Calo Sousa, que defende:

> Certamente surgiram vozes, ao meu sentir, com a devida vênia, equivocadas, no sentido de que o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi ampliado, ou seja, levará em conta o crime cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, o que acabaria enquadrando o crime de furto simples, aborto (artigos 124 e 126 do CP), apropriação indébita dentre outros.[22]

O referido Promotor de Justiça argumenta que já houve ampliação do conceito de crimes de menor potencial ofensivo pela Lei nº 10.259/2001, não havendo interesse legislativo do Estatuto do Idoso no aumento do rol dos delitos de tal natureza, sendo que o Estatuto do Idoso fez apenas referência ao procedimento, nada definindo quanto ao direito material, e que também não houve previsão no âmbito de disposições transitórias de ampliação dos crimes de menor potencial ofensivo.[23]

Ramayana conclui, no entanto, que caberá, sim, contrariando Damásio de Jesus, ser possível a aplicação dos institutos despenalizadores que estão previstos na Lei nº 9.099/95:

> Na verdade, caberão os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 (transação penal e *sursis* processual), no âmbito, exclusivo, do estatuto

[20] Ibidem, p. 94.
[21] Ibidem, p. 94.
[22] Ibidem, p. 94.
[23] Ibidem, p. 94.

> especial do idoso, em relação aos crimes cuja pena não ultrapasse 4 (quatro anos). Não haverá extensão em simetria com delitos não previstos na normatização de proteção ao idoso.[24]

O Estatuto do Idoso é uma norma especial, possuindo destinação limitada, como foi, justamente, o caso do delito de embriaguez ao volante, racha ou pega, criado pelo Código de Trânsito Brasileiro, conforme artigo 291 do referido diploma legal, que também previu a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizantes. Por isso, não haveria, agora, como se falar em destinação para todos, somente sendo aplicado nos delitos previstos pelo Estatuto do Idoso.[25]

Já Braga,[26] quando comenta os crimes previstos no Estatuto do Idoso, argumenta que o artigo 94 do referido Estatuto prevê que aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro anos), aplica-se o procedimento que está previsto na Lei nº 9099/95, como também, subsidiariamente, quando couber, e no que for preciso, o procedimento previsto no Código Penal e no Código de Processo Penal.

De acordo com ela, este é justamente o motivo de maior polêmica. Argumenta que há o risco de interpretação de que os crimes contra o idoso são de menor potencial ofensivo, mas tal interpretação é equivocada:

> Ora, a utilização da Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais e que é conhecida como "*Lei das pequenas causas*" leva a crer que os crimes praticados contra os idosos são crimes de menor potencial ofensivo e que, portanto, comportam procedimento sumaríssimo.[27]

Conclui ela:

> Quanto à adoção da lei 9.099/95, cabe um profundo lamento! a sociedade não deve entender como mensagem indireta que os crimes cometidos contra idosos são de menor potencial ofensivo ou menor importância, e certamente não foi esta a intenção do legislador! Contudo, não há como negar este risco de interpretação, pois é sabido que qualquer lei funciona, se a lei parece branda, talvez não consiga atingir plenamente seu objetivo.[28]

[24] Ibidem, p. 94.
[25] Ibidem, p. 94.
[26] BRAGA, Pérola Melissa V. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203.
[27] Ibidem, p. 203.
[28] Ibidem, p. 206.

Já Siqueira menciona que, para muitos juristas, a aplicação do procedimento estabelecido pela Lei n° 9.099/95 nada tem a ver com os benefícios da transação e da suspensão do processo, mas apenas com a rapidez processual, o que, para o referido autor, é criticável, já que não seria possível retirar da aplicação da lei as partes consideradas benéficas ao agente delituoso somente para conservar sua celeridade. [29]

Conforme ele, quando ocorrer a hipótese de crime de ação penal pública incondicionada, como é o caso dos crimes previstos no Estatuto do Idoso, se não for situação de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, conhecidas como penas alternativas, ou multa, procedimento conhecido como transação penal.[30]

Consoante o referido autor:

> Na prática, nos crimes contra o idoso com pena máxima de quatro anos de reclusão, dificilmente alguém que os cometer será severamente punido, como no caso de maus-tratos a idosos, cuja pena, pelo §1º do art. 99, é de reclusão de um a quatro anos, e se há lesão corporal de natureza grave. O criminoso terá a elaboração de um termo circunstanciado e poderá, por hipótese, sair com o idoso do distrito policial, tendo sua pena suspensa, ou então sendo condenado a serviços comunitários ou a pagamento de cestas básicas... Mas isso, observamos, não acontecerá em todos os crimes.[31]

Damásio de Jesus, por sua vez, questiona se "Esse tratamento não estaria atuando com efeito diverso, ou seja, o de incentivar o crime contra pessoa idosa, permitindo ao sujeito ativo receber como prêmio as medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95?"[32]

Então, Damásio de Jesus defende não serem aplicáveis os institutos despenalizadores na Lei nº 9.099/95 quando da apuração dos delitos contra os idosos, mas tão-somente o rito sumaríssimo. Por outro lado, há o entendimento, como de Marcos Ramayana, de serem aplicáveis todos os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes do Estatuto do Idoso, cuja pena máxima não seja superior a 4 anos.

---

[29] SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. *Estatuto do Idoso de A a Z.* Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2004.
[30] Ibidem, p. 54.
[31] Ibidem, p. 54-55.
[32] JESUS, op. cit., p. 233.

Também há quem sustente que o art. 94 do Estatuto do Idoso apenas alargou a competência do Juizado Especial Criminal para processar os delitos previstos, justamente, no Estatuto do Idoso, não determinando, todavia, a aplicação dos institutos despenalizadores, como a transação penal.[33] Assim, o referido art. 94 determinou a aplicação apenas do procedimento da Lei nº 9.099/95, e que este seria apenas o procedimento sumaríssimo, conforme arts. 77-83, sem remissão à fase preliminar.[34]

A referida tese deve ser vista com reservas. Ora, se o delito não é considerado de menor potencial ofensivo, conforme o já exposto, pois o art. 94 não alterou tal conceito, não deveria ser processado no Juizado Especial Criminal.

Ela também faz confusão nos conceitos, ainda mais quando estabelece que, mesmo sendo processado no Juizado Especial Criminal, não teria direito aos institutos despenalizadores.

3. Posição majoritária no Rio Grande do Sul

A corrente doutrinária e jurisprudencial que possui maior aceitação junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é no sentido de que podem ser aplicados, não só o rito sumaríssimo, mas, também, os benefícios despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos crimes do Estatuto do Idoso. Todavia, entende que tais benefícios, bem como o rito sumaríssimo, devem ser aplicados, de forma exclusiva, na Justiça Comum, e não na Justiça Especial, pois considera que não houve alargamento dos crimes de menor potencial ofensivo, que continuam a ser considerados aqueles cuja pena máxima não seja superior a dois anos:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARTIGO 102 DO ESTATUTO DO IDOSO. COMPETÊNCIA DO JUIZADO COMUM. 1 – Versando o termo circunstanciado sobre matéria relativa a delito enquadrado no artigo 102 do Estatuto do Idoso, com pena prevista entre 01 a 04 anos, é de competência do juizado Comum processar e julgar o feito. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito

[33]FREITAS, Jayme Walmer de. O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95 . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655>. Acesso em: 01 maio. 2006.
[34]Ibidem, sem página.

> Negativo de Competência. NJG nº 70013087507 2005/CRIME. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. 01 de dezembro de 2005. Sétima Câmara Criminal. Porto Alegre/RS).[35]

Tal decisão tratou de conflito negativo de competência, que, na oportunidade, foi suscitado pelo Magistrado do Juizado Especial Criminal da Comarca de Santa Cruz do Sul/RS. Nos autos havia a descrição do delito tipificado no art. 102 do Estatuto do Idoso, qual seja, o de se apropriar ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando a eles aplicação diversa daquela que é a sua finalidade. Para tal delito a pena cominada é de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

O referido acórdão enfatiza que não é possível confundir procedimento com competência. Lembra que o Estatuto do Idoso não alterou as disposições acerca do conceito de infração de menor potencial ofensivo, sendo que a competência dos Juizados Especiais Criminais está devidamente consignada nos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95, que, posteriormente, foi modificado pela Lei nº 10.259/01, fixando o máximo da pena a ser observada, que é de dois anos.

E conclui que:

> O Juizado Comum poderá aplicar os benefícios da lei nº 9.099/95, assim entendendo o julgador. Entretanto, sendo a pena máxima cominada ao delito quatro anos, é de ser fixada a competência do Juízo Comum para processar e julgar o feito.
> Isso posto, julgo procedente o conflito para estabelecer a competência do Juízo Comum para processar e julgar o presente feito.[36]

No mesmo sentido, são as principais conclusões, colocadas por alguns doutrinadores, entre eles Luiz Flávio Gomes.[37]

---

[35] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito Negativo de Competência. NJG nº 70013087507 2005/CRIME. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. 01 de dezembro de 2005. Sétima Câmara Criminal. Porto Alegre/RS.

[36] Ibidem, sem página.

[37] GOMES, Luiz Flávio. *O Estatuto do Idoso ampliou a conceito de menor potencial ofensivo*? Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_processual_penal.htm> Acesso em: 14 jul. 2005.

Assim: a) continua a viger no Brasil o conceito de infração de menor potencial ofensivo com pena máxima de até 2 anos, que está no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01; b) não foi ampliado o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Todos os delitos, mesmo os previstos no Estatuto do Idoso, cuja pena máxima supere dois anos devem ser objeto de Inquérito Policial, e não Termo Circunstanciado, sendo da competência da Justiça Comum, não dos juizados.[38]

Tal não significa que o Estatuto do Idoso não possua nenhum delito de menor potencial ofensivo. Em várias infrações, previstas no referido Estatuto, a pena não passa de dois anos, sendo essas de competência dos Juizados Especiais Criminais, sendo investigadas por Termo Circunstanciado de Ocorrência:[39]

E tal acontece porque, nesses delitos, a pena máxima cominada não passa de dois anos, enquadrando-se no conceito de infração de menor potencial ofensivo, conforme a Lei nº 10.259/01. Assim, será feito o uso do Termo Circunstanciado de Ocorrência, bem como aplicação dos institutos despenalizadores.

Todavia, há um terceiro grupo de crimes previstos no Estatuto do Idoso que não admitem nem Juizados, nem o próprio procedimento respectivo, pelo fato de serem crimes punidos com pena superior a quatro anos. São os crimes previstos no art. 99, § 2º, e no art. 107.[40]

---

[38] Ibidem, sem página.

[39] Art. 96: Discriminação de pessoa idosa. Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano e multa.
Art. 97: Deixar de prestar assistência ao idoso. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano e multa.
Art. 99, "caput": Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso submetendo-o a condições desumanas ou degradantes. Pena: detenção de 2 meses a 1 ano e multa.
Art. 100: Crimes que consistem em obstar o acesso a cargo público por motivo de idade, e outros previstos nos incisos do referido artigo. Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano e multa.
Art. 101: Deixar de cumprir ordem judicial ou outra determinação que tenha como parte o idoso. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano e multa.
Art. 103: Negar acolhimento ou permanência do idoso como abrigado. Pena: detenção de 6 meses a 1 ano e multa.
Art. 104: Reter cartão de crédito relacionado à conta de benefícios, proventos ou pensão do idoso. Pena: detenção de 6 meses a 2 anos e multa.
Art. 109: Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador. Pena: reclusão de 6 meses a 1 ano e multa.

[40] Art. 99*:* Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado: § 2º Se resulta morte: Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 anos.

Observa-se, ainda, que as eventuais disposições da Lei nº 9.099/95 não se aplicam aos demais crimes, com pena máxima superior a 2 anos, previstos fora do Estatuto do Idoso, como, por exemplo, os crimes previstos no Código Penal, como furto, etc., já que o artigo 94 do referido Estatuto é claro em dizer que as disposições da Lei nº 9.099/95 só se aplicam "Aos crimes previstos nesta Lei". Trata-se de norma especial, portanto, de abrangência limitada, conforme já exposto no presente estudo.

A partir desse entendimento, podemos exemplificar que não seguirá o procedimento da Lei nº 9.099/95 o processo que apurar o crime de furto simples, previsto no art. 155, "caput", do Código Penal, praticado contra o idoso, ainda que a pena máxima de tal delito seja, justamente, de 4 anos. Mas, de outra forma, submeter-se-á ao rito e benefícios da Lei nº 9.099/95 o processo que tratar do delito que está previsto no art. 98 do Estatuto do Idoso, que é apenado com 6 meses e 3 anos de detenção: "Abandonar o idoso em hospitais, casa de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado: Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa".

4. O Estatuto do Idoso no combate à violência doméstica – principais avanços

O Estatuto do Idoso, com adoção do rito da lei 9.099/95, ao possibilitar a transação penal, a composição de danos e a suspensão condicional do processo, beneficiariam diretamente os idosos, já que envolvem, não só a mera punição do agressor, mas a busca da conciliação, do acordo e da preservação dos interesses do idoso, através, por exemplo, do ressarcimento do dano. Além disso, o procedimento sumaríssimo seria uma forma de dar mais agilidade e rapidez no julgamento dos agressores dos idosos.

Assim, se o idoso for vítima de um furto simples, o criminoso será processado pelo rito ordinário, ou seja, com base no rito disposto nos artigos 394 a 405 e 498 a 502, todos do Código de Processo Penal. Ocorre que o autor de tal furto terá sua pena

---

Art. 107: Coagir, de qualquer modo, o idoso a doar, contratar, testar ou outorgar procuração: Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

agravada, conforme o artigo 61, inciso III, letra “h”, do Código Penal. Assim, o procedimento previsto no art. 94 da Lei nº 10.741/03 não incidirá no caso. Desta forma, conclui-se que continua sendo mais grave furtar de um idoso do que de alguém que tenha outra idade e que não seja idoso.

Além disso, o Estatuto do Idoso criou vários outros crimes, já transcritos, aumentando a proteção penal do idoso.

O Estatuto não alterou o conceito de infração de menor potencial ofensivo, até o momento, que é de competência privativa de leis específicas, por enquanto Lei nº 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, e Lei nº 10.259/01, que estabeleceu o Juizado Especial na Justiça Federal.

O que o referido fez foi, na concepção do Egrégio Tribunal de Justiça gaúcha, emprestar da Lei nº 9.099/95 o rito dos artigos 77 a 83, que é chamado de rito sumaríssimo, que, por sua vez, é mais célere, fazendo com o que o litígio tenha uma rápida solução processual.

No Código Penal, o Estatuto determina a alteração da redação da agravante genérica do artigo 61, inciso II, letra “h”, mandando agravar a pena do crime quando o agente praticar o crime contra maior de 60 anos.

É acrescido no § 4º do artigo 121 do Código Penal uma causa de aumento de pena quando o homicídio doloso é praticado contra pessoa maior de 60 anos, o mesmo ocorrendo quanto ao crime de abandono de incapaz (art. 133 do CP), no crime de injúria (art. 140, § 3º, do CP) e nos demais crimes contra a honra (art. 141 do CP), no seqüestro e cárcere privado (art. 148 do CP), na extorsão mediante seqüestro (art. 159 do CP).

No abandono material (art. 244 do Código Penal), passa a ser crime deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do maior de 60 anos.

Na legislação extravagante, algumas infrações da Lei das Contravenções Penais, bem como o crime de Tortura (Lei nº 9.445/97), e de Tóxicos (Lei nº 6.368/76), terão suas penas aumentadas se o crime for praticado contra o Idoso.

Em todos esses casos, determina o Estatuto do Idoso que o agressor da pessoa idosa receba pena mais grave.

O art. 95 do Estatuto do Idoso, por outro lado, estabeleceu que todos os crimes contra os idosos são de ação penal pública incondicionada, retirando a necessidade de o Idoso representar contra seus agressores, em regra seus familiares.

Tal disposição é importante e evita que o Idoso sinta-se constrangido ou temeroso, o que normalmente acontecia. Assim, uma vez ocorrido o crime, e levado ao conhecimento da autoridade policial, ministerial ou judicial, o procedimento deverá ser instaurado automaticamente e de ofício, sem necessidade de qualquer manifestação da vítima. Trata-se de ponto positivo do Estatuto do Idoso, sem qualquer dúvida.

Por fim, ainda o artigo 95 do Estatuto do Idoso determinou que não se aplica a escusa absolutória prevista no artigo 181 do Código Penal, como também a necessidade de representação prevista no artigo 182, também do Código Penal, aos crimes patrimoniais cometidos contra idosos, tanto os previstos no Código Penal (vedado pelo artigo 183 do Código Penal, alterado pelo próprio Estatuto) como no próprio Estatuto do Idoso.

Trata-se, então, de um óbvio ponto positivo do Estatuto do Idoso, já que retira o impedimento antes existente de que crimes patrimoniais cometidos contra idosos por seus familiares sejam punidos e de que necessite o idoso representar contra seus próprios familiares, como antes referido.

CONCLUSÕES

O Brasil nas próximas décadas, será um país de idosos, sendo papel fundamental de toda a sociedade e do próprio Estado a fomentação de uma nova mentalidade, vendo os idosos, com suas experiências e limitações trazidas pela idade, como pessoas que de certa forma voltaram à infância, e por isso mesmo sendo tratados com máxima prioridade. Necessitam, pois, que sejam respeitados em sua dignidade, sob uma ótica Humanista, que coloca o ser humano como prioridade.

Países como o Brasil ainda não resolveram, de forma satisfatória, as necessidades básicas da infância e adolescência, e estão diante da emergência, em termos quantitativos, de outro grupo etário, que está fora da produção econômica e precisa de investimentos para atender a suas demandas que são específicas.

É duplo o desafio que a sociedade tem de enfrentar: o de assegurar serviços de qualidade para os idosos e desenvolver, conjuntamente, recursos humanos de excelência e conhecimento qualificado para lidar com esse grupo etário, que está crescendo muito em nosso país. Isso sem abandonar a atenção à base da pirâmide social, sob pena de ocorrer o agravamento das lamentáveis estatísticas de abandono, maus tratos e outras formas de violência.

É inegável que o Estatuto do Idoso é um avanço no trato com a questão da chamada Terceira Idade, em especial nas áreas de saúde, lazer, previdência e outras.

Como se observa, houve inovações interessantes e importantes no trato com a questão da violência contra o Idoso, o Estatuto pode ser considerado um microssistema legal, muito avançado e na parte penal muito abrangente.

O Estatuto criou tipos penais específicos, agravou a pena para outros crimes já existentes no Código Penal e nem leis extravagantes e afastou medidas despenalizadoras, nos crimes cometidos contra o idoso. Tais determinações e inovações

que podem ser consideradas grande avanço para o combate cada violência cometida contra esta camada da população brasileira, que não pára de crescer.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOAS, Marco Antonio Vilas. *Estatuto do idoso comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. *Direitos do idoso*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Conflito Negativo de Competência. NJG nº 70013087507 2005/CRIME. Relator: Desembargador Nereu José Giacomolli. 01 de dezembro de 2005. Sétima Câmara Criminal. Porto Alegre/RS.

COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. *A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos.* Disponível em <http://www.mj.gov.br/senasp/biblioteca/artigos/artigo.doc.>. Acesso em: 02 fev. 2006.

COSTA, Renata. *Discussão da Violência: Pesquisadores da Unifesp e da USP se reúnem em simpósio.* Disponível em: <http://www.universiabrasil.net/ materia/materia.jsp?materia=8103 - 29k.> Acesso em: 08 fev. 2006.

FREITAS, Jayme Walmer de. O Estatuto do Idoso e a Lei nº 9.099/95 . Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 180, 2 jan. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4655>. Acesso em: 01 mai. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *O Estatuto do Idoso ampliou o conceito de menor potencial ofensivo?* Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/ texto721.html.>. Acesso em: 14 jul. 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. Notas críticas a algumas disposições criminais do Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n.52, p.231-234, jan/abr/2004.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO AO IDOSO DO MS. Velhos sofrem violência em casa e nas ruas. Disponível em <http://www.idoso.ms.gov.br/artigo.asp?id=50.>. Acesso em: 14 set. 2004.

RAMAYANA, Marcos. *Estatuto do Idoso Comentado*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

SERASA. Guia Serasa de orientação ao cidadão. Disponível em: <http://www.serasa.com.br/ guiaidoso/ 99. html.> Acesso em: 14 set. 2004.

SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. *Estatuto do Idoso de A a Z*. Aparecida, SP: Idéias e Letras, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

A SEGURANÇA NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Giuliano Cesar da Silva Tatagiba*

RESUMO

As reflexões apresentadas objetivam suscitar a integração da Segurança Pública no Discurso dos Direitos Humanos no Brasil, na medida em que se encontra tanto no rol dos direitos fundamentais, como no dos direitos sociais estabelecidos pelo pacto constitucional de 1988. Para tanto, necessita preliminarmente, a realização da crítica aos paradigmas que sustentam os discursos que ainda a envolvem neste iniciar de século XXI, fundamentados pelos traços teóricos modernos, a fim de se construir outros adequados ao contexto da pós-modernidade. Os argumentos apresentados irão pré-estabelecer que neste contexto, as relações sociais devem ser orientadas pelo Direito, que possibilitará a integração da Segurança Pública nos discursos de Direitos Humanos, determinando a redefinição de seus fundamentos para que ao invés de servir de instrumento de exclusão e discriminação, promova a redução das desigualdades, a eficácia dos direitos fundamentais e o estabelecimento de uma sociedade mais justa.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS, SEGURANÇA PÚBLICA, CONTROLE SOCIAL, PANÓTIPO, CRIMINALIDADE, VIOLÊNCIA, SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA.

ABSTRACT

The presented reflections objectify to excite the integration of the Public Security in the Speech of the Human Rights in Brazil, in the measure where if it finds in such a way in the roll of the basic rights, as in the one of the social rights established by the constitutional pact of 1988. For in such a way, it needs preliminarily, the accomplishment of the critical one to the paradigms that support the speeches that still involve it in this to initiate of century XXI, based for the modern theoretical traces, in order to construct other adequate ones to the context of after-modernity. The presented arguments will go daily pay-to establish that in this context, the social relations must be guided by the Right, that will make possible the integration of the Public Security in the speeches of Human Rights, determining the redefinition of its beddings so that instead of serving of instrument of exclusion and discrimination, promote the reduction of the inaqualities, the effectiveness of the basic rights and the establishment of a society more joust.

* Capitão da Polícia Militar do Espírito Santo, Professor de Direito Penal Econômico, Teoria Geral do Estado e Processo Penal da FACASTELO/ES e Mestrando em Políticas Públicas e Processo da Faculdade de Direito de Campos. E-mail: gtatagiba@yahoo.com.br.

KEYWORDS: PALAVRAS HUMAN RIGHTS, PUBLIC SECURITY, SOCIAL CONTROL, PANÓTIPO, CRIME, VIOLENCE, SENSATION OF UNRELIABILITY.

INTRODUÇÃO

As reflexões que ora se iniciam, tem como projeto a crítica epistemológica de alguns paradigmas que sustentam os discursos que envolvem a segurança pública no Brasil contemporâneo ao século XXI.

Este empreendimento se justifica pela constatação do pluralismo social e cultural, bem como do pluralismo dos projetos pessoais de vida que transformou as sociedades democráticas ocidentais, principalmente a partir da segunda metade do século XX, onde o Brasil se insere com um dos protagonistas.

É o que se infere do entendimento de Harbermas ao discorrer que, enquanto nas sociedades convencionais, nas nações de cultura, os indivíduos se organizavam e se integravam em torno de valores centrais de suas comunidades éticas e culturais, na atualidade do mundo pós-convencional, seus indivíduos não compartilham valores e muito menos se vêem refletidos uns nos outros, uma vez que inexistem visões éticas, religiosas ou tradicionais de concepção de mundo que permitam estabelecer um sistema de valores compartilhados determinantes de um mínimo de consenso. [1]

Tendo em conta que o crime, a violência e a sensação de insegurança são fenômenos que se inserem no campo de atuação da segurança pública, cujas causas se originam das relações intersubjetivas em um determinado ambiente social, para muito além da compreensão das repostas pelas quais o sistema de controle social se organiza e opera, deve-se, necessariamente, prescindir do conhecimento dos postulados que orientam tais respostas e, principalmente, da estrutura teórica que as formulam.

A realidade empiricamente observável dos efeitos malévolos que prestação ineficaz da segurança vem causando ao povo e a sociedade brasileira pós-moderna é a prova inequívoca do descompasso entre o atual sistema e sua dinâmica social.

E este descompasso, em verdade, é o reflexo inexorável da construção de paradigmas, conceitos, institutos e instituições que foram concebidos para uma

[1] CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 170-182.

realidade que, ao longo do curso histórico, foram se transformando em uma dinâmica que muito se distancia ao contexto social dos idos da modernidade.

E é exatamente a partir da constatação de uma realidade social configurada por indivíduos que possuem a capacidade de auto-reflexão e crítica, que lhes permitem exigir igualdade de respeito e disponibilidade para o diálogo, a partir de uma pluralidade de interesses em um cenário também plural de identidades sociais, é que não se pode conceber a regulação destas relações de outra forma que não seja por meio do Direito.

Por sua vez, o Direito contemporâneo, a fim de se poder efetivamente adequar a esta nova realidade, necessita de uma modificação substancial de sua racionalidade, desgarrando-se de uma concepção positivista fundamentada em um ceticismo ético e puramente instrumental, buscando novos fundamentos epistemológicos para a crescente jurisdificação das relações sociais. [2]

1 O DIREITO BRASILEIRO PÓS-MODERNO

O Direito do contexto social pós-moderno deve ser estabelecido a partir de um paradigma procedimental que se destine a assegurar que estes indivíduos, membros atuantes de uma comunidade jurídica, interpretem e concretizem os fins inscritos na Constituição a partir de práticas comunicativas de autodeterminação. [3]

E a partir desta perspectiva, o cidadão brasileiro do século XXI de forma alguma poder ser concebido como um simples agente do espaço mercantil ou um mero cliente da burocracia estatal paternalista, mas sim uma pessoa atuante no meio social e na esfera pública, com plena autonomia para interagir e influenciar as decisões e deliberações no sistema político.

Disso decorre que não se poder conceber o Direito de forma inseparável da questão democrática, o que não o faz confundir com a política. Direito é garantia da segurança, em um sentido amplo, e a política é o jogo de interesses e conflitos.

E num sentido estrito, a segurança tanto individual quanto coletiva, são direitos inscritos na Constituição de 1988, cuja eficácia de sua prestação, nesta complexa sociedade plural, deve ser proporcionada de forma a garantir o pleno exercício da cidadania do povo brasileiro.

[2] CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 143.
[3] Id., p. 210.

Assim é que se desponta a importância da noção de cidadania procedimentalmente ativa defendida por Habërle, que se constituiu ponto central do constitucionalismo comunitário brasileiro, que a partir do conceito de comunidade de intérpretes da constituição é que se torna possível aos cidadãos, autores e destinatários de seu próprio direito, conforme uma sociedade civil que consiga regular a si própria e concretizar os seus direitos, neste caso, o direito fundamental e social à segurança. [4]

Pelo que se vê, a pesquisa que aqui se propõe reflete tão somente a complexidade que é própria e inerente ao atual contexto social, no que para o seu perfeito entendimento e para as conclusões que dela resultarem não careçam de consistência, deve se desenvolver a partir da (re)construção dos paradigmas teóricos que ainda fundamentam o tema proposto, desde a concepção do indivíduo enquanto ser constituinte desta realidade social, perpassando pela conformação social e estatal para, a partir daí, possibilitar o encontro de uma ordem jurídica e política que permita concretizar a segurança.

Contudo, para a consecução de tal empreendimento, o sistema jurídico brasileiro deve ser examinado a partir de uma análise sociológica que permita concebê-lo como um projeto interdisciplinar e construtivista, o que é possível pela análise sociológica dos sistemas, método proposto por Arnaud[5] que concebe o Sistema não como uma qualidade empiricamente observável, mas sim como instrumento, tendo o sistemismo como um meio de observar e interpretar a forma com a qual a segurança, direito fundamental e social vem sendo prestada aos brasileiros.

Neste sentido é que este projeto tem a pretensão de se buscar discutir alguns postulados teóricos já solidificados paradigmaticamente e propor alternativas epistemológicas que, a priori, melhor se adequariam à complexa realidade contemporânea, bem como os ditames fundadores do Estado Democrático de Direito e daí possibilitar a reconstrução epistemológica da concepção de segurança pública.

[4] CITTADINO, Gisele. Op. Cit., p. 210.
[5] ARNAUD, André-Jean. DULCE, Maria José Farinas Dulce. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. T. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 307.

2 SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS

As principais linhas de pesquisas e os trabalhos daí resultantes que se vê na literatura brasileira e até internacional sobre os direitos humanos, poucos são os interessados pela questão da segurança pública.

Pouco ou nenhum interesse se vê pela segurança pública, a não ser nos casos específicos referentes às violações, tortura, maus tratos, abuso de poder, enfim arbitrariedades comumente relacionadas aos integrantes das agências estatais.

Mas esta falta de interesse pela questão da segurança pública não é uma prerrogativa apenas dos movimentos de Direitos Humanos. De uma forma geral, historicamente no Brasil, poucos são os pesquisadores e estudiosos que se arvoram para o tema, que tem como reflexo imediato uma escassa literatura, cuja consistência teórica é no mínimo questionável.

Geralmente, os trabalhos desenvolvidos têm como pauta diretiva questões pontuais, como as relacionadas às discriminações e das minorias sociais e as conseqüentes lutas pela conquista e efetivação destes direitos, ou mesmo pela responsabilização das conseqüentes violações dos direitos já conquistados.

Como a segurança pública possui tradicionalmente o seu tratamento reservado aos órgãos policiais, talvez, uma das explicações mais consistentes a respeito deste desinteresse, derive do regime ditatorial, seja civil ou militar, em que o país se viu imerso em boa parte do século XX, no que ao se destinar as agências policiais ao *front* da repressão política e ideológica, acabou por despertar uma ojeriza no meio acadêmico por ser um de seus alvos mais incisivos e daí, assentando uma relação nada amistosa.

Também não se pode desprezar o fato de que, aliado à motivação anterior, a insegurança, até a década de 1980 e meados da década de 1990, era uma realidade apenas para as regiões periféricas dos grandes centros urbanos e que nenhum incômodo mais significativo trazia às classes sociais mais favorecidas.

A preocupação com o tema começa a despertar um efetivo interesse a partir do momento em que o crime e a violência transpõem a barreira das favelas e dos bolsões de pobreza, onde seus autores e vítimas se encontravam e começam a vitimar também outros segmentos sociais que, a partir de sua maciça exploração pela mídia, acaba por contribuir de forma significativa na produção de uma sensação de pânico na

sociedade brasileira, o medo do crime ou sensação de insegurança, confundindo o real do imaginário, como afirma Zaffaroni[6], as verdadeiras "fábricas da realidade".

Na contemporaneidade do século XXI, a insegurança ainda é concebida como um fenômeno de ocorrência restrita às camadas sociais menos favorecidas, uma vez compreendida como o reflexo da incidência de determinadas figuras criminosas, de manifestações da violência cuja autoria tem ali maior probabilidade de incidência, ou é mais perceptível, uma vez que carrega em si o conteúdo da "civilidade", que nada mais representa uma reação socialmente organizada à não inserção ao modelo econômico estabelecido, cuja ocorrência nos extratos sociais mais favorecidos são propositalmente "abafadas", por não suportarem o signo de "anti-social", ou quando não é possível, utilizam-se dos inúmeros mecanismos que lhes conferem imunidade ao sistema.

Sobre tal assertiva, significativo é o exemplo de Foucault ao citar um texto do bispo Watson de 1804, ao pregar perante a Sociedade para a *Supressão dos Vícios*: [7]

> "As leis são boas, mas infelizmente, são burladas pelas classes mais baixas. As classes mais altas, certamente, não as levam muito em consideração. Mas este fato não teria importância se as classes mais altas não servissem de exemplo para as classes mais baixas [...] Peço-lhes que sigam essas leis que não são feitas para vocês, pois assim ao menos haverá a possibilidade de controle e de vigilância das classes mais pobres."

Esta passagem demonstra o universo psicológico que envolvia o pensamento moderno durante a construção de todo o sistema destinado ao tratamento dos conflitos sociais, onde conclui o sociólogo que *"as leis são boas, para os pobres; infelizmente os pobres escapam às leis, o que é realmente detestável. Os ricos também escapam às leis, porém isso não tem importância alguma, pois as leis não foram feitas para eles*".

Desta forma, a violência, o crime, cuja alarmante escalada ascendente de incidência efetivamente se torna objeto de preocupação política e acadêmica apenas a partir da década de 1990 e que a cada dia vem mais "indignando" a sociedade brasileira, possuem como agentes os mesmos "anti-sociais", ou melhor, os mesmos criminosos que sempre foram selecionados pelo sistema penal. O que se modifica e vem dar visibilidade a este fenômeno, principalmente pela mídia, que tem se tornado um dos grandes

[6] ZAFFARONI, Eugênio Raul, 1927- .**Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal; tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991. 2a ed., 1996, p. 127-132.

[7] FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 94.

fomentadores da sensação de insegurança, é o lugar de inserção social das novas vítimas, situadas nos extratos sociais mais privilegiados.

Talvez seja por este caminho que se encontrem respostas consistentes sobre as causas determinantes de se ter uma população carcerária no Brasil (que na realidade são os criminosos, uma vez que ninguém pode assim ser considerado sem o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória) composta de 95% de pessoas estatisticamente pobres, onde 87% não possuem dinheiro para pagar advogado, 87% não concluíram o ensino fundamental, 60% eram desempregados e autônomos na época da prisão, cujas condenações mais importantes possuem como causa, 33% por roubos, 18% por furtos, 17% por homicídio e 10% por tráfico. [8]

Ainda assim, os trabalhos existentes relacionados à segurança pública além de serem escassos, geralmente não fazem uma leitura crítica do sistema como um todo. Partindo-se destas pré-concepções, giram em torno da órbita concernente ao âmbito específico de cada uma das disciplinas que procuram estudá-la, seja da ciência política, do direito penal e seu processo, da criminologia ou da sociologia jurídica, sem buscarem uma compreensão interdisciplinar, o que bem reflete a epistemologia positiva fundada no racionalismo, no determinismo e, principalmente, na identificação do objeto de pesquisa específico de cada um de seus saberes.

E especificamente, com relação aos direitos humanos, ainda não se vê emergir pesquisas que se proponham a refletir acerca das violações que sempre foram objeto de luta, a partir de uma perspectiva externa de todo o sistema de controle social, o que evitaria cair na armadilha de considerar que os problemas existentes nada mais são resultados da disfunção de alguma de suas partes e cuja correção é necessária para a perfeita harmonia de seu todo.

Nesta perspectiva é que Geraldo Prado[9] adverte, por exemplo, sobre a necessidade de se precaver dos pré-juízos oriundos da importação dos conceitos funcionalistas utilizados pela concepção, nem sempre fiel, do pensamento de Niklas Luhmann, no âmbito do direito penal que pretende formular as funções desenvolvidas pelos elementos de um sistema social, aprioristicamente, não dando margem para qualquer crítica a seus conceitos e valores, implementando a ideologia da estabilidade.

---

[8] SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade**: causas e soluções. Curitiba: Juruá, 2007, p. 114.
[9] PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.4.

Neste mesmo sentido é que Fauzi[10] também atribui à constante idéia de "crise" no Processo Penal brasileiro sempre a indicar necessidades urgentes de reforma, enquanto que, na realidade, tal crise é observada em todos os ramos da vida nacional, seja na saúde, na educação, na economia, na justiça, bem lembrando um sentido orgânico, cujo saneamento da falha de algum componente estrutural recolocaria o organismo dentro de seu funcionamento normal.

No entanto, esta constante idéia de crise é notoriamente falaciosa. A justiça criminal jamais funcionou perfeitamente no Brasil, cujas denúncias de Galdino Siqueira remontam ao início do século XX. Esta concepção é fruto do conservadorismo liberal clássico, que além de ser representado pela doutrina organicista, também se verifica pelos discursos da doutrina tradicionalista, ao creditar o saber político às instituições que passaram pela provação do tempo e pela doutrina do ceticismo político, diante da desconfiança na aplicação de novos valores constitucionais que teoricamente diminuiriam o potencial repressivo do Estado.

Decorrência prática disso é a constante necessidade de recrudescimento dos mecanismos repressivos de "combate à criminalidade", como também da constante idéia de sucateamento e de reformulação da legislação infraconstitucional, alimentando um ciclo que acaba por legitimar a necessidade de existência e manutenção deste sistema baseado nestes postulados.

Por conta deste discurso impregnado na cultura brasileira é que se explica o conteúdo de diversas doutrinas, propostas e práticas reformistas que partem da premissa lógica de concluir que, a escalada da violência, da criminalidade e da sensação de insegurança, são conseqüências de uma anomalia do exercício do Poder do Estado, resultado de defeitos conjunturais produzidos pela ineficácia da Polícia e pelo subdesenvolvimento, recuperáveis mediante um progressivo processo evolutivo, assemelhado ao que ocorreu nos países centrais.

No entanto, se esta situação for analisada sob outra ótica, abandonando os critérios fundamentadores deste atual modelo, produto da transculturação neo-colonialista própria da sociedade industrial européia, inegável será a conclusão de que esta argumentação, além de impor constante idéia de crise que se opera na estrutura

[10] CHOUKR, Fauzi hanssan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 17-25.

etiológica do Sistema Penal ainda o legitima, uma vez que não o condena, simplesmente o justifica pela necessidade correção.

> "Por que o estudo, a teorização, a preocupação com a metodologia e com as ações políticas, sobre a violência, só recebe atenção, nos fins dos anos 70 e no presente? Porque coincide com o esgotamento/colapso dos modelos tradicionais, das políticas neoliberais e do projeto da modernidade, tal como concebido há duzentos anos. Isso significa que qualquer discussão sobre a violência não pode estar dissociada de um questionamento sobre a "crise" dos modelos teóricos, dos paradigmas científicos". [11]

Esta teoria de funcionamento adequado do sistema se condicionando à integral observância dos paradigmas da ideologia corrente confere-lhe sustentação teórica para a manutenção deste estado de coisas de forma acrítica, diferindo substancialmente da proposta aqui pretendida de se compreender que a segurança pública é um direito inerente ao ser humano, cuja ineficácia de sua prestação é uma violação que impede o exercício de todos os demais. Como exercer o direito a vida, à liberdade, a saúde, à educação, sem possuir segurança?

A ciência moderna parte de pressupostos que muito se diferem da realidade contemporânea da complexidade das trocas sociais ao se fundamentar no paradigma da simplicidade de um universo claro e simples baseado em conceitos mecanicistas abstratos submissos a uma única razão programada silogisticamente para a não contradição.

Esta realidade no atual contexto social brasileiro traz como conseqüência uma visão parcial e distorcida do conflito, na medida em que o próprio sistema se encarrega de selecionar socialmente aqueles que irá tratar e a compartimentalização deste tratamento a partir de uma concepção reativa, que vai considerar a infração e seu autor como "cliente preferencial", primeiro, da polícia e depois, da agência judicial e penitenciária.

Os conflitos que se operam nas relações intersubjetivas do meio social que, teoricamente possuem as conseqüências mais graves estipuladas como criminosas, possuem características bastante diferentes daqueles pelos quais foi motivo de observação e construção do modelo de controle social que ainda prevalece na contemporaneidade.

---

[11] DOS ANJOS, Erly Euzébio. **Qualificação da Violência Urbana**. In: Violência, Direitos Humanos e Segurança pública: Estratégias e Desafios. Nevi. Vitória: EDUFES, p.110.

Pelo que se depreende do entendimento de Barroso[12], a segurança, além de estar positivada no art. 5° ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, ainda representa o próprio elemento material da contraprestação do Estado no Contrato social. Tal ocorre pelo fato de que as teorias democráticas que justificam a sua legitimidade do Estado em bases contratuais, assentam-se na cláusula comutativa de oferecer liberdade em troca de segurança, o que, inclusive, foi conceituada no preâmbulo da constituição francesa de 1793: "*A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades*".

De igual modo, ao também se inserir no rol dos direitos sociais no art. 6º da Constituição de 1988, juntamente com os direitos ao trabalho, ao lazer, à saúde, à educação, à moradia demonstra de forma inequívoca, a sua importância dentro do contexto do desenvolvimento social. Não se poder negar que a segurança é fator primordial para o desenvolvimento da dignidade do ser humano, no que inclusive foi caracterizada por Masllow[13], como essencial para a sua sobrevivência, só perdendo em importância para as necessidades de caráter fisiológico.

Embora não se possa negar que os argumentos que aqui se inserem apenas expressam superficialmente um conjunto teórico de uma dimensão muito maior, a proposta que se busca formular tem a pretensão de demonstrar que a segurança pública é um direito sem o qual nenhum dos direitos fundamentais pode ser concretizado.

Para tanto, dentre outros, alguns outros postulados epistemológicos devem ser reformulados para que a sua prestação possa efetivamente garantir os demais direitos fundamentais.

---

[12] BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. **Temas de direito constitucional**, t. I, 2. ed. 2006, p. 50.

[13] A hierarquia de necessidades de Maslow, é uma divisão hierárquica de cinco níveis proposta por Abraham Maslow, em que as necessidades de nível mais baixo devem ser satisfeitas antes das necessidades de nível mais alto até atingir a sua auto-realização. Estas cinco fases de necessidades são: 1ª fisiológicas (básicas - fome, sede e sexo); 2ª segurança (que vão da simples necessidade de estar seguro dentro de uma casa às formas mais elaboradas de segurança, como um emprego, uma religião, a ciência, entre outras); 3ª Sociais (amor, afeição e sentimentos de pertença tais como o afeto e o carinho dos outros); 4ª Auto-estima (que passam por duas vertentes, o reconhecimento das nossas capacidades pessoais e o reconhecimento dos outros face à nossa capacidade de adequação às funções que desempenhamos); 5ª Auto-realização (em que o indivíduo procura tornar-se aquilo que ele pode ser). C.f. Wikipédia, a enciclopédia livre. http://pt.wikipedia.org/wiki/Hierarquia_de_necessidades_de_Maslow. Acesso em 03/11/06.

3 A REDEFINIÇÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA PÚBLICA: Da constatação da falência do Panótipo à jurisdicização das relações sociais

A partir da premissa de que a segurança é um direito tanto fundamental quanto social, ou seja, insere-se no rol dos direitos fundamentias, de forma alguma se pode atribuí-la como assunto que interesse apenas à polícia.

No entanto, esta ainda é a concepção que majoritariamente se percebe nos círculos acadêmicos, nos centros de decisão política e jurídica e que também domina a opinião pública através da mídia. E o reflexo disso, nada mais é expressivo, que o seu próprio tratamento estipulado pelo art. 144 da Constituição.

Considerando que o Estado não é um fim em si mesmo, mas instrumento para a garantia e promoção da dignidade inerente a seus cidadãos, consubstanciado nos objetivos fundamentais traçados partir do pacto constitucional decorrente de sua instituição, outra conclusão não há que tal descompasso necessita de acerto.

Obviamente que se pode asseverar que tal perspectiva segue um padrão estabelecido até internacionalmente. Contudo, assim como Zaffaroni[14], tem-se a absoluta convicção de que é possível construir um modelo teórico a partir de uma resposta marginal, no que denomina como imperativo *jus-humanista*, por constatar que o poder dos sistemas penais atuantes é incompatível com os direitos humanos. Nada impede a construção de um modelo político e jurídico de segurança pública a partir da realidade brasileira e que ainda possibilite concretizar os direitos fundamentais.

Segundo Foucault[15], na sociedade disciplinar, a grande ortopedia social que se estabelece no final do século XVIII e XIX se caracteriza por dois lados aparentemente contraditórios: a reforma do penal e a reorganização sistema judiciário. Fomentada pelos ideais humanistas iluministas, a reelaboração da lei penal proposta por Beccaria, Brissot e Bentham vai ensejar em uma definição do crime, de infração totalmente desvinculada de qualquer relação com a falta moral ou religiosa. O crime, a infração será definida pelo poder legislativo estabelecido politicamente por cada sociedade, onde a penalidade decorrente só poderia ser aplicada àquelas condutas em que efetivamente violassem uma lei que previamente assim determinasse. Antes da existência de uma lei não há que se falar em infração.

[14] ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. Cit., p. 147.
[15] FOUCAULT, Michel Op. Cit., p. 79 e ss.

Em relação ao conteúdo desta lei, boas seriam aquelas que não se propusessem a transcrever positivamente a lei natural, religiosa ou moral, mas representar o que é nocivo e repreensível, assim inscrevendo negativamente o que seria útil à sociedade.

Enquanto que o conceito de infração, de crime que originariamente surge na Alta Idade Média como lesão praticada por um indivíduo não só a outro, mas, sobretudo, ao soberano, que daquele irá cobrar a devida reparação, confundia-se intimamente com os valores morais e religiosos[16], na Idade Moderna, com o surgimento da figura do Estado Laico, a partir de suas concepções fundadas no pacto social, o crime se transforma em um dano, uma perturbação, um incômodo a toda a sociedade, sendo o criminoso um inimigo interno, um inimigo da sociedade, o que rompeu o pacto social. [17]

Sendo o crime uma violação ao pacto social constituído, sua repreensão de forma alguma poderia ser estabelecida pela lei penal como uma vingança, a redenção de um pecado, mas sim, determinar a reparação ao dano social causado e também se prestar a impedir que males semelhantes ocorressem contra o corpo social.

Partindo-se deste espectro teórico, a construção do sistema de penalidades, como reação à infração de uma lei, também deve se estabelecer a partir da noção de utilidade pública, que se destine a proteger o pacto social, como a deportação, trabalho forçado, vergonha, escândalo público e pena de talião. Paradoxalmente, a partir da restauração na França e da Santa Aliança na Europa, por volta de 1820, o que se percebe é o desenvolvimento de um sistema de penalidades inteiramente diferente.

A nascente sociedade industrial no decorrer de seu desenvolvimento desvia rapidamente dos princípios teóricos de Beccaria e Bentham, não que a prática tenha assim determinado, mas o que se vê é o surgimento de um tipo de penalidade que vai se proliferando de fato, quase sem justificação teórica, apenas comentada por estes de forma bastante superficial: a prisão.

Esta instituição tomada como penalidade e sua utilização, vão se desviando rapidamente do conceito de utilidade social para se ajustar ao indivíduo, modificando substancialmente a concepção de proteção do corpo social para a visão de controle e reforma psicológica e moral das atitudes e comportamentos individuais a partir da sua periculosidade e não do dano realmente praticado.

[16] FOUCAULT, Michel Op. Cit., p. 66.
[17] Id., p. 80 e ss.

Vê-se claramente falsear o princípio de aplicação geral e abstrata de uma lei rigorosamente prevista para a proteção do corpo social, na medida em pode ser modificada por determinação do juiz ou conforme determinadas circunstâncias particulares do indivíduo, que, paulatinamente, vai assumindo uma importância cada vez maior. A penalidade vai se desviando da idéia de se definir de modo abstrato e geral o que é nocivo à sociedade e bem como de se afastar os indivíduos que lhe são nocivos e impedi-los de recomeçar para se assentar na idéia de controle, muito mais voltada sobre o que podem, do que são capazes, do que são sujeitos ou do que estão na iminência de fazer do que sobre o que os indivíduos fizeram realmente.

Tanto a criminologia quanto o direito penal do final do século XIX vai se assentar na noção de periculosidade, onde o indivíduo deve ser considerado conforme as potencialidades de seus comportamentos e não pelos seus atos em que, efetivamente infrinjam uma determinada lei.

Daí que se deriva a noção controle social que não mais se tornava adequada a permanecer exclusivamente nas mãos do Poder Judiciário, inclusive contestando a separação de poderes formulada por Montesquieu. O controle penal punitivo do comportamento dos indivíduos passa a ser controlado por uma série de outros poderes laterais à justiça, através de instituições de vigilância e correção, como a polícia, instituições psicológicas, médicas ou pedagógicas.

Este tipo de sociedade a que denomina de disciplinar, em oposição às sociedades penais, Foucault[18] lhe definiu como *panoptismo*, em homenagem Benthan, baseado na vigilância, controle e correção, através mecanismos de formação e transformação dos indivíduos em função de determinadas normas, segundo a programação social.

A finalidade do panótipo era a de fixar os indivíduos em um parelho de normalização de homens, a de ligá-los a um processo de produção, de formação ou de correção de produtores, através de instituições como a fábrica, a escola, o hospital psiquiátrico, o hospital ou mesmo a prisão. Este Poder exercido através de uma forma de vigilância individual e contínua que, além de lhe conferir uma dimensão fundamental, transformou-se em uma das principais características da sociedade

[18] FOUCAULT, Michel. Op. Cit., p. 103 e ss.

moderna, vem paulatinamente perdendo sua eficácia, pelo simples fato de que a realidade social daquele tempo é infinitamente diversa da contemporânea.

Basta uma reflexão mais acurada da Constituição brasileira de 1988 para se concluir que ela mesma é a prova inequívoca do resultado de profundas reflexões que culminou com a construção de uma nova ordem jurídica no mundo ocidental, conseqüência de uma ordem de idéias, valores e princípios que surgem a partir da segunda metade do século XX e que tem como marco pontual a Declaração universal de Direitos Humanos de 1948.

Na complexidade social contemporânea não se pode conceber o tratamento dos problemas relativos a sua realidade sem possuir uma visão ampla da dimensão em que esta se encontra estabelecida. Como acentua Santos, não se pode compreender qualquer uma das diferentes disciplinas científicas sem a compreensão de como se trabalha o seu todo, bem como não se pode ter uma compreensão da totalidade sem se ter alguma compreensão de suas partes. "*Aliás, o todo e a parte são aqui, de algum modo, uma ilusão mecânica, pois o princípio hermenêutico é o de que a parte te tão determinada pelo todo como o todo pelas suas partes*". [19]

A redemocratização e a nova ordem constitucional se assentaram a partir da positivação de diversos núcleos de direitos fundamentais, inspirados pela reflexão do direito, enquanto instrumento garantístico da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na proteção dos direitos fundamentais e promotor de direitos sociais, econômicos e culturais.

Por conta destes argumentos é que se tornar imperioso refletir acerca da construção de um discurso que integre a segurança pública no rol dos direitos humanos, não só por se encontrar formalmente estabelecida na Constituição brasileira como um direito fundamental no art. 5º e como direito social no art. 6º, mas, sobretudo, diante de sua abrangência e amplitude por envolver de forma direta ou indireta a proteção e o exercício de todos os demais direitos fundamentais.

O controle social estabelecido pelas democracias liberais ocidentais ao se instrumentalizarem pelo panótipo, teoricamente destinam às instâncias de vigilância e correção os casos de falha das instâncias de formação, às quais também são incumbidas de construir as concepções sobre quais condutas serão aquelas assim consideradas e, a

[19] SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 12.

partir de sua difusão no meio social, em determinado contexto histórico, é que vão culminar através do meio político, na infração, no crime.

Neste processo de elaboração, formação e programação, as "falhas" a serem tratadas pelas instâncias de vigilância e correção, serão aquelas em que determinados extratos sociais estarão propícios em um determinado contexto histórico e político.

A criminologia crítica, desde a década de 1970, vem, reiteradamente, demonstrando que "*o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída mediante as definições e as reações, e que através delas adquire a qualidade desviante ou criminosa*", ou seja, a criminalidade não é, portanto, uma qualidade ontológica, mas um status social atribuído através de processos formais e informais de definição e mecanismos de reação pelos quais são atribuídos a determinados indivíduos. [20]

A operação deste sistema em sociedades onde as desigualdades sociais são menores, onde existe um amplo acesso aos bens sociais distribuídos, seu caráter discriminatório não se apresenta tão evidente como na sociedade brasileira, uma das mais desiguais do mundo, conforme acentua Zaffaroni:

> "Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais". [21]

Mas isso não tem impedido a manifestação de muitos estudiosos a respeito do caráter seletivo e discriminatório dos sistemas penais dos países ricos e a exigência de reformas. Do mesmo modo, a desigualdade social não pode servir como álibi para impedir a construção de um modelo que não seja seletivo e discriminatório.

A idéia de que o Brasil é um país do futuro é simplesmente aviltante. Não se pode esperar "deitado eternamente em berço esplendido, ao som do mar e a luz do céu

[20] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. T. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 118.
[21] ZAFFARONI. Op. Cit. p. 15.

profundo". Não se pode coadunar com o genocídio que tem vitimado mais de 40 mil pessoas anualmente no Brasil ou com as práticas corruptas lesivas ao erário público que certamente tem significativa participação nas causas destas mortes. O Brasil é o agora!

Não que a redução das desigualdades sociais, a justa distribuição dos bens sociais não seja um fator preponderante para os fundamentos estabelecidos por este sistema de controle social. Não se pode esquecer que quanto menos pobres, menor o seu campo de atuação.

Obviamente que aqui não se pretende imaginar uma sociedade utópica, uma sociedade livre de conflitos por reinar a plena paz e harmonia. Em qualquer modelo social haverá uma ordem de constituição estabelecida de acordo com seus postulados e que não poderá prescindir de uma forma de assegurar a estabilidade das relações intersubjetivas. O problema não reside no panótipo, mas sim em seus postulados, nos fundamentos de sua programação, pois o que viola os direitos fundamentais é discriminação de toda e qualquer ordem, é a não igualdade.

Considerando então a ineficácia das instâncias de formação do indivíduo, uma primeira modificação se relaciona às "falhas" que irão necessitar de correção. Tanto o conceito como o tratamento da infração não pode residir somente nos desvios onde a probabilidade de ocorrência privilegia apenas os pobres. Tão pernicioso à sociedade quanto o tráfico, o furto, o homicídio, o roubo, é também a corrupção, a sonegação tributária, a lavagem de dinheiro ou as transações fraudulentas no mercado de capitais.

Em um País, cujos fundamentos se assentam na dignidade do ser humano, e tem como premissa a instituição de um

> "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercícios dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, sob a proteção de Deus" [22],

de forma alguma pode coadunar com a operação de um sistema de controle social que se destine a exclusão, ao privilégio de determinada classe social minoritária em detrimento da marginalização sistemática e genocida de uma absoluta maioria

[22] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Preâmbulo. Brasília: [s.n.], Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

reprimida pela lógica perversa impregnada na consciência coletiva que os seleciona e rotula como bandidos.

O controle social exercido a partir desta concepção, que muito foi útil e eficiente em boa parte do transcorrer do século XX, em seu final, e início do XXI, demonstra sua clara falência.

O autoritarismo, a arbitrariedade, a falta de informação ao cederem à pressão da nova ordem constitucional e internacional, bem como da própria necessidade do desenvolvimento do modelo liberal da pós-modernidade modifica sensivelmente as funções dos atores sociais, as relações intersubjetivas, fruto das significativas transformações ocorridas a partir da segunda metade do século passado, resultante da explosão demográfica e do acentuado êxodo rural, que provocou um crescimento desordenado das grandes cidades, criando inúmeras favelas e bolsões de pobreza.

A verdade que liberta, vem fomentando um estado de revolta nas minorias pelas desigualdades raciais e nos pobres pela a miséria em nítida reação à violência institucionalizada que lhes afligem, e que a cada dia se levantam mais vozes por um maior rigor.

É nítido o abismo entre as classes, uma ruptura entre os ricos e pobres (que ficam totalmente excluídos da economia e da sociedade), por conta da urbanização desenfreada, pela impessoalidade das relações nos grandes centros, pelo consumismo do modelo capitalista, impregnando a cultura do “vir a ter” e não do “vir a ser”.

Pelo que se vê, esta é a gênese embrionária e fomentadora da violência, da criminalidade e da sensação de insegurança, em que os pobres são os seus únicos protagonistas. Não por uma característica inata socialmente, mas, sobretudo, a partir de uma rotulação sistematicamente programada, mas cujas respostas estatais as estes fenômenos não produzem mais qualquer efeito.

Tal ocorre porque, as tradicionais repostas, de caráter eminentemente repressivo, não produzem qualquer efeito dissuasório para quem, totalmente excluído dos mecanismos formais seletivos, de educação, saúde, emprego, etc., do atual sistema. Por conta do instinto de sobrevivência e de conservação da espécie, estes excluídos têm que lutar com o único e último recurso que dispõem para ocupar um espaço, para se projetarem socialmente, para serem reconhecidos seres humanos, para ascenderem socialmente, que é a violência e a força.

Nem mesmo a melhoria do desempenho dos órgãos do sistema (tem gente até que acha que é culpa da polícia, pode!) terá efeito significativo, pois continuarão a operar nas conseqüências e não em suas causas. No máximo, o que se terá é a explosão do sistema penitenciário de pobres em condições de existência totalmente inimagináveis para qualquer ser humano, o que tem provocado reações das mais bárbaras e cruéis da história brasileira, como o Carandiru, ou eventos como os organizados pelo PCC em São Paulo ou as Facções do Rio de Janeiro. Ou ainda, implodirá o Sistema Judiciário que de longe não tem dado conta de processar e julgar o desempenho pífio das agências policiais. Uma rápida comparação dos dados que, embora precários que se encontram disponíveis, é o suficiente para a comprovação desta assertiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma reforma urgente e quase revolucionária é a única opção: a redefinição do conceito de segurança pública que, obviamente, deve se pautar nos fundamentos inscritos na Constituição, que tem como pilar a dignidade do ser humano e a segurança como direito fundamental e social.

Um conceito de segurança pública que ao invés de servir como instrumento de exclusão e discriminação social, passe a promover a redução das desigualdades, a eficácia concreta dos direitos fundamentais e estabelecer uma ordem social justa e igualitária.

Para tanto, torna-se imprescindível que esta reforma urgente e revolucionária se processe desde suas concepções epistemológicas e se estenda a sua estrutura sistêmica.

Uma detida reflexão e transformação devem ser realizadas na Política Criminal[23] para que não perpetue um sistema que penaliza apenas as classes menos

[23] O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é o primeiro dos órgãos da execução penal, com sede na Capital da República e subordinado ao Ministro da Justiça. Embora instituído pelo Art. 63 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984/LEP - Lei de Execução penal foi instalado em 1980. Preconiza-se para esse Órgão a implementação de uma nova política criminal e principalmente penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada.
Longe de querer menosprezar o importante trabalho que se vê desenvolvido por este órgão, o que aqui se quer enfatizar é exatamente o contrário. A complexidade e a relevância da matéria que lhe é atribuída, para a proteção e promoção dos direitos fundamentais merece *status* constitucional e ainda, com poder decisão vinculativa às ações desenvolvidas não só pelo Executivo, mas também pelo Ministério Público e o Poder Judiciário, visto que suas atividades também fazem parte do conjunto de respostas estatais ao fenômeno criminal, integrante do Sistema global de controle social.

favorecidas. Afinal, não há quem possa sustentar que tais infrações trazem mais danos à sociedade do que as condutas que lesem a ordem econômica e tributária, bem como aquelas que saqueiam o erário público.

São condutas anti-sociais com transcendência social e econômica e que inviabilizam a arrecadação dos recursos financeiros necessários à prestação de todos os bens sociais ou agridem o sistema econômico trazendo sérios prejuízos à geração de emprego e renda. O impacto psico-social, a repulsa pela conduta de um "sangue-suga" ou de um "mensaleiro", não pode ser menor e nem mesmo considerada menos bárbara e enfatizada como tal pela mídia do que a dos autores do homicídio do garoto João Hélio, no Rio de Janeiro, em fevereiro deste ano de 2007. Todos esses autores são bandidos!

De igual modo, sua prestação, assentada no art. 144 da Constituição brasileira, no Título relacionado à defesa do Estado e das Instituições Democráticas é apenas o reflexo da militarização ideológica da segurança pública, concebida de forma estritamente reativa, que além de voltar seus esforços ao criminoso, seu cliente preferencial, ainda o reconhece como um inimigo pelo qual a sociedade deve ser defendida.

A construção de um novo modelo revolucionário de segurança pública em um País periférico como o Brasil que pretende, segundo o Art. 144 da Constituição de 1988, preservar a ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio, torna-se difícil compreender o porquê de seu tratamento ter sido atribuído somente aos órgãos policiais. O Ministério Público, o Poder Judiciário e o Sistema Penitenciário também não se destinam a estes propósitos? Bastam as ações desenvolvidas pelos órgãos policiais para a garantia e a promoção da segurança do brasileiro? Não há dúvidas de que um novo sistema deve ser construído.

É possível, basta vontade política para destinar ao direito tal empreendimento. E é muito simples, basta priorizar o que realmente é útil para a consecução destes fins.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. DULCE, Maria José Farinas Dulce. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. T. Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. T. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. **Temas de direito constitucional**, t. I, 2. ed. 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: [s.n.], Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Preâmbulo. Brasília: [s.n.], Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.BASTOS, Marcelo Lessa. Investigação Criminal: O papel do Ministério Público. **Faculdade de Direito de Campos**. Disponível em: http://www.fdc.br/artigos/ic.htm. Acesso em 01/06/2006.

Wikipédia, a enciclopédia livre. http://pt.wikipedia.org/wiki/Hierarquia_de_necessidades_de_Maslow.Acesso em 03/11/06.

CHOUKR, Fauzi hanssan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004

DOS ANJOS, Erly Euzébio. **Qualificação da Violência Urbana**. In: Violência, Direitos Humanos e Segurança pública: Estratégias e Desafios. Nevi. Vitória: EDUFES.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 1999, p. 94.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.4.

SANTOS, Alberto Marques dos. **Criminalidade**: causas e soluções. Curitiba: Juruá, 2007

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

ZAFFARONI, Eugênio Raul, 1927- .**Em Busca das Penas Perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal; tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. – Rio de Janeiro: Revan, 1991. 2. ed., 1996.

A (IN)VALIDADE DA DELAÇÃO ANÔNIMA

Marcella Cordeiro Orçai*

RESUMO

A crescente criminalidade vista nos dias atuais reflete na ocorrência de delações anônimas por todo o país. A sociedade amedrontada, mas com sede de justiça e de uma vida mais segura e tranqüila, vem se valendo desse instituto, que embora sofra repúdio pela Constituição da República quando esta veda o anonimato, merece análise tendo em vista sua aplicação através do princípio da proporcionalidade.
A autoridade que recebe a delação deverá proceder com a máxima cautela, uma vez que deve ser observado, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição em seu art. 1º, inciso III.
Existe muita divergência sobre o tema em comento, nos Tribunais não há um entendimento consolidado, devendo ser analisado caso a caso, com opiniões diversas. Alguns alegando a inconstitucionalidade da persecução advinda de delação anônima tendo em vista a vedação constitucional, porém, majoritariamente entende-se que mesmo que tal instrumento apócrifo não seja capaz de, por si só, dar ensejo ao início da persecução, não impede que seja realizada uma verificação preliminar de verossimilhança entre o fato e a notícia, a fim de se evitarem as investigações infundadas e a submissão de uma pessoa a um inquérito inócuo. Questão que se insurge é o controle dessa averiguação preliminar, de forma a não violar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e nem dar poder absoluto à autoridade receptora da delação.
Há a possibilidade de uma autoridade que não tenha atribuição receber a delação, devendo esta encaminhá-la para a autoridade que detenha tal atribuição para começar essa averiguação, apresentando-se breve análise sobre a investigação direta pelo Ministério Público, apenas para elucidar a questão específica trazida.

PALAVRAS-CHAVES: NOTÍCIA DO CRIME; DELAÇÃO ANÔNIMA; VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO.

ABSTRACT

Increasing crime seen in the current days all reflects in the occurrence of anonymous delations for the country. The rightened society, but with headquarters of justice and a life of more insurance and tranquility, comes if being valid this institute, that even so suffers to repudiation for the Constitution from the Republic when this prohibition the

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Campos.

anonymity, it deserves analysis in view of its application through the principle of the proportionality.
The authority that receives the delation will have to proceed with the maximum caution, a time that must be observed, amongst others, the principle of the dignity of the human being, foreseen in the Constitution in its art. 1º, interpolated proposition III.
Much divergence exists on the subject in comments, in the Courts does not have a consolidated agreement, having to be analyzed in case that of the case, with diverse opinions. Some alleging the unconstitutionality of the happened persecution of anonymous delation in view of the constitutional prohibition, however, mainly are understood that exactly that such instrument is not capable of, by itself, to give I try to the beginning of the persecution, do not hinder that a preliminary verification of probability between the fact and the notice is carried through, in order to prevent the baseless inquiries and the submission of a person to an inquiry infounded. Question that if to arrive is the control of this preliminary ascertainment, of form not to violate the principle of an obligatoriness of the criminal action and nor to give to be able absolute to the receiving authority of the delation.
It has the possibility of an authority that does not have attribution to receive the delation, having this to direct it for the authority that withholds such attribution to start this ascertainment, presenting itself brief analysis on the direct inquiry for the Public prosecution service, to only elucidate the brought specific question

KEYWORDS: NOTICE OF THE CRIME; ANONYMOUS DELATION; CONSTITUTIONAL PROHIBITION TO THE ANONYMITY.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a situação da delação anônima no ordenamento jurídico pátrio. Sua admissão, a forma de proceder, os cuidados a serem tomados. É um assunto bastante delicado, tendo em vista haver expressa proibição constitucional ao anonimato.

Primeiramente serão abordadas as questões preliminares, passando-se rapidamente pela época de apogeu do sistema inquisitivo, no qual as delações anônimas eram aceitas sem nenhum pudor, até o florescimento do sistema acusatório, das garantias, da dignidade da pessoa humana, dos pensamentos iluministas, além disso, tentará situar a delação anônima como espécie de notícia do crime, trazendo as divergências existentes.

Após, será apresentada uma análise do tema sobre o prisma da Constituição da República, já que vemos dois direitos tutelados constitucionalmente em aparente conflito, usar-se-á a proporcionalidade para solucionar tal antagonismo.

Por fim será verificada a questão da validade ou não da persecução criminal advinda de delação anônima; como deve a autoridade se comportar; quais as cautelas; trazendo o procedimento a ser adotado, baseando-se no próprio Código de Processo penal. E também se fará breve comparativo entre a investigação sumária nos casos de delação e as extintas e condenadas VPIs.

1 - DELAÇÃO ANÔNIMA – PRINCIPAIS CONSIDERAÇÕES E ANÁLISE SOB O PRISMA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

1.1 - CONCEITO E TERMINOLOGIA

A delação anônima nada mais é do que o informe de um fato delituoso trazido por qualquer do povo através de um instrumento apócrifo de conhecimento mediato de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

De forma mais acertada, deve se utilizar o termo delação anônima, embora depare-se constantemente com o termo "denúncia anônima", mesmo nas Centrais criadas pelos órgãos de segurança pública e defesa social do Estado. Tecnicamente não se deve falar em denúncia nestes casos, uma vez que o Direito Processual Penal brasileiro traz que esta é a peça inaugural da ação penal de iniciativa pública, a ser deflagrada pelo Ministério Público.

Entretanto, o próprio Código Penal utiliza-se do termo "denúncia" em vários artigos, tratando seu significado de forma ampla, como em seu art. 339, ao adjetivar de caluniosa a "denunciação"[1].

Verifica-se que resta consagrada no senso comum a "denúncia anônima" como modalidade de notícia do crime, assim como a "queixa", que embora seja a peça

[1]BRASIL. *Decreto-lei nº. 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de mai. de 2007.

inaugural da ação penal de iniciativa privada, popularmente lhe é dado outro significado.[2]

1.2 - A FORÇA DA DELAÇÃO ANÔNIMA NO SISTEMA INQUISITIVO CANÔNICO E SEU ENFRAQUECIMENTO NO SISTEMA ACUSATÓRIO MODERNO

Do século XIII em diante, caiu o sistema acusatório clássico, tomando força o inquisitivo, generalizando as denúncias anônimas e as inquisições. Houve abolição da acusação nos crimes de ação de iniciativa pública e também da publicidade do processo, uma vez que o Juiz procedia de ofício e sigilosamente, não sendo dada nenhuma garantia ao acusado, tanto que uma simples delação anônima poderia iniciar um processo.[3]

Conforme preleciona Luigi Ferrajoli, citando Pagano:

> *Faltando o sentimento cívico e o costume de liberdade que na República havia permitido o funcionamento da iniciativa acusatória por parte de qualquer cidadão, a acusação pública se transformou na denúncia fatal e na calúnia oculta, que se tornaram instrumento de tirania. Nasceu assim, com a cognitio extra ordinem, o procedimento inquisitório, desenvolvido e decidido ex officio, secretamente e em documentos escritos por magistrados estatais delegados do príncipe (os irenarchi, os curiosi, os nunciatores e os stationarii), baseado na detenção do acusado e na sua utilização como fonte de prova, acompanhada bem de perto pela tortura.*[4]

Ainda:

> *Na república livre, prossegue Pagano, o zelo pelo bem público instigava os cidadãos à acusação... quando a autoridade estava nas mãos do povo, os caluniadores não eram perseguidos pelo governo. O povo não temia, nem procurava com a calúniaoculta desfazer-se de cidadãos suspeitos. Mas aqueles que modificaram o Estado, não podendo sempre se valer da violência aberta, recorreram à calúnia. Surgiu o infesto gênero dos denunciantes. Portanto, para que os delitos, com a escravidão não pouco multiplicados, não remanescessem impunes, foi conveniente que as leis encaregassem os magistrados da busca dos delitos ocultos. Os mesmos nexos entre liberdade pública e virtude civil na República livre e entre*

---

[2]IENNACO, Rodrigo. *Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n.º 62, ano 14, p. 220-263, set./out. 2006. p. 229.

[3]TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v.1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84-85

[4]FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: *Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 453.

> *delação e oportunismo baixo durante o Império foram destacados por Montesquieu, que trouxe a predileção pelo Instituto do Ministério Público.*[5]

Na Itália até os dias de hoje temos sinais do valor dado à denúncia anônima que levaria a um processo inquisitório. Pode-se perceber tal valoração em inúmeras cidades como Roma e Veneza, que possuem antigas esculturas com formato de cara de leão, com a boca aberta, as "bocas da verdade", nas quais eram depositadas as denúncias, geralmente na calada da noite. O processo iniciado por informes anônimos começa a cair em desuso, sendo reprovado pelo Direito, e sendo mal vistos os Juízes que recebem tais notícias apócrifas.[6]

Após longo período sob o sistema inquisitivo, vê-se a figura de Montesquieu se insurgindo contra tal sistema, condenando a pratica da tortura e aplaudindo a Instituição do Ministério Público como inibidor dos delatores que muitas das vezes se escondiam sob o anonimato.

Conforme seus ensinamentos:

> *Em Roma, era permitido a um cidadão acusar outro. Isso era estabelecido segundo o espírito da rep[ublica, onde cada cidadão deve demonstrar um zelo sem limites pelo bem público; onde cada cidadão é considerado como tendo todos os direitos da pátria nas mãos. Na época dos imperadores, cumpriram-se as máximas da república, e foram vistos surgir, logo no início, um gênero de homens funestos, um bando de delatores. Quem quer que possuísse muitos vícios e muitos talentos, uma alma vil e um espírito ambicioso, procurava um criminoso, cuja condenação pudesse agradar ao príncipe: era essa a estrada que levava às honrarias e à fortuna, coisa que não observamos entre nós.*
>
> *Hoje possuímos uma lei admirável: a que exige que o príncipe, estabelecido para fazer executar as leis, designe um oficial em cada tribunal para processar, em seu nome, todos os crimes. Desse modo, a função dos delatores é desconhecida entre nós; e, se esse vingador público fosse suspeito de abusar de seu ministério, obrigá-lo-iam a nomear seu denunciador.*
>
> *Nas leis de Platão, aqueles que negligenciassem de avisar os magistrados, ou de prestar-lhes auxílio, devem ser punidos. Em nossos dias, isso não seria conveniente. A parte pública vela pelos cidadãos: ela age, e eles vivem tranquilos.*[7]

O iluminismo leva a estas conclusões, pois valora o homem, e o sistema inquisitivo juntamente com as delações anônimas e torturas, vem de encontro ao mínimo de dignidade que este deve ter.

---

[5] *Ibidem.* p. 510.
[6] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*. p. 85
[7] MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 94.

O ordenamento jurídico brasileiro recebeu influências dessa evolução de pensamento, pois quanto aos instrumentos apócrifos de notícia de crime, hodiernamente resta estabelecido no art. 5º, inciso IV da Constituição da República que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato".[8]

1.3 - A DELAÇÃO ANÔNIMA COMO ESPÉCIE DE *NOTITIA CRIMINIS*

Primeiramente, *notitia criminis* é o conhecimento espontâneo ou provocado, pela autoridade policial da prática de um fato aparentemente delituoso.[9]

Espontânea quando se dá no próprio exercício da atividade funcional da autoridade pública, é também chamada de notícia do crime inqualificada ou imediata, em que a autoridade de ofício procederá a instauração do procedimento investigatótio, uma vez que só admitida nos casos de ação penal de iniciativa pública incondicionada, na qual o simples conhecimento do fato delituoso já enseja a obrigatoriedade de abertura de inquérito ou qualquer outra peça de informação. Provocada é aquela transmitida pelas várias formas previstas no Código de Processo Penal, mais precisamente em seu art. 5º,[10] podendo se tratar tanto de ação penal de iniciativa pública como privada, também denominada notícia do crime mediata ou qualificada. Também existe a notícia do crime advinda de cognição coercitiva, ocorrendo quando houver prisão em flagrante, em que, junto com a notícia é apresentado também o autor do fato.[11]

Como espécie de notícia do crime, a lei processual penal trouxe em seu art. 5º, § 3º a figura da *delatio criminis*, na qual qualquer do povo que tiver conhecimento da prática de infração penal em que caiba ação de iniciativa pública poderá comunicá-la à autoridade policial. O legislador deu ao cidadão a faculdade de levar o conhecimento da notícia do crime à autoridade competente para apurar os fatos. E quando fala em "poderá", conclui-se mera faculdade, não importando nenhuma

---

[8]BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de mai. de 2007.
[9]MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado.* 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 81.
[10]BRASIL. *Decreto-lei nº. 3.689/1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de mai. de 2007.
[11]TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*. p. 215.

sanção o seu não exercício.[12] Embora disponha o Código de Processo Penal em seu art. 40 que o Juiz que receber notícia de crime deverá encaminhá-la ao Ministério Público, e a Lei de Contravenções Penais tipifique no art. 66 incisos I e II a omissão na comunicação de delito que venha a conhecer em razão do exercício de função pública de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada ou no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal[13], via de regra, o exercício da *delatio criminis* se mostra mera faculdade.

Ocorre que, essa delação do crime, ocasionalmente, pode chegar à Autoridade Pública competente sem a devida identificação, configurando delação anônima, concluindo ser esta espécie daquela.

Tem-se, por conseguinte, que delação anônima é espécie de notícia do crime, classificando-se como notícia provocada, tendo sido dada o nome de *notitia criminis* inqualificada.[14]

Entretando existe resistência quanto a situação da delação anônima como espécie de *notitia criminis*, José Frederico Marques reflete desta forma:

> *No direito pátrio, a lei penal considera crime a denunciação caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, artigos 339 e 340), o que implica na exclusão do anonimato na notitia criminis, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados, a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que se possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente.*[15]

De forma contrária, Roberto Lauria Tucci explicita:

> *Diferentemente do que preleciona, a tal respeito, José Frederico Marques, entendemos não implicarem a "exclusão do anonimato na "notitia criminis" os enunciados dos arts. 339 e 340 do CP, "verbis": "Denunciação caluniosa: Art. 339*[16]*. Dar causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente..." e "Comunicação falsa de crime ou de contravenção: Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado..."*

---

[12]*Ibidem.* p. 226.
[13]BRASIL. *Lei nº. 1.508/1951*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de mai. de 2007.
[14]MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 82.
[15]MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. v.1. Campinas: Bookseller, 1997. p. 135.
[16]O art. 339 caput do CP teve sua redação modificada pela Lei nº 10.028, de 19 de abril de 2000, aumentando o rol de possibilidades de ocorrência da denunciação caluniosa.

> *"Aliás, o próprio art. 339, no §1º, deixa entrever a possibilidade de notícia anônima de crime, ao expressar que: " A pena é aumentada de sexta parte se o agente se serve de anonimato, ou de nome suposto.*[17]

Fernando da Costa Tourinho Filho, citando Aloisi e Mortara, assevera que a delação anônima não pode ser tomada em consideração na lei processual penal, utilizando também do argumento da tipificação da conduta da denunciação caluniosa e da Comunicação falsa de crime ou contravenção, caso houvesse aceitação da delação anônima, os arts. 339 e 340 do Código Penal seriam letra morta, preleciona da seguinte maneira:

> *Na verdade, se o nosso CP erigiu à categoria de crime a conduta de todo aquele que dá causa à instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, como poderiam os "denunciados" chamar à responsabilidade o autor da delatio criminis se esta pudesse ser anônima? A vingar entendimento diverso, será muito cômodo para os salteadores da honra alheia vomitarem, na calada da noite, à porta das Delegacias, seus informes pérfidos e ignominiosos, de maneira atrevida, seguros, absolutamente seguros da impunidade. Se se admitisse a delatio anônima, à semelhança do que ocorria em Veneza e em outras cidades da Itália, inclusive na própria Roma, ao tempo da inquisitio extra ordinem, quando se permitia ao povo jogasse nas famosas "Bocas dos Leões" ou "Bocas de la Verità" (caixas de substância análoga ao concreto, em formato de boca de leão, com pequena abertura) suas denúncias anônimas, seus escritos apócrifos, a sociedade viveria em constante sobressalto, uma vez que qualquer do povo poderia sofrer o vexame de uma injusta, absurda e inverídica delação, por mero capricho, ódio, vingança ou qualquer outro sentimento subalterno. Daí a razão de o nosso CPP não acolher tal modalidade de notitia criminis.*[18]

1.4 - A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE PELO ESTADO

A fim de garantir os Direitos Fundamentais dos indivíduos contra o poder estatal intervencionista, foram criadas normas garantistas a serem insertas nas Constituições que impõem ao Estado e à própria sociedade, o respeito aos Direitos individuais.[19]

A Constituição Brasileira garante a liberdade de pensamento, vedando porém o anonimato, na proteção de direitos da personalidade. Essa vedação parece se

[17]TUCCI, Roberto Lauria. *Notícia do Crime*. Revista dos Tribunais. RT – 526, ano 68, agosto de 1979. p. 289-290.
[18] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit.*. p. 226.
[19]FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.

dirigir à liberdade de imprensa, crítica, opinião, garantindo a responsabilização pelos excessos cometidos pelos manifestantes a direitos de terceiros. Todavia, não se pode negar a notícia de crime o caráter de manifestação de pensamento. Via de regra o delator deve se identificar, mas em situações execpcionais admite-se o anonimato.[20]

O Estado deve velar pela defesa social, proteção dos indivíduos e eficácia das medidas de contenção da criminalidade, neste contexto, a admissão do anonimato da delação, por exemplo, nos casos em que sua identificação comprometa sua própria segurança ou de sua família, não havendo efetividade dos programas de proteção de testemunhas, é uma solução a se pensar.

1.4.1 - Aparente conflito entre bens jurídico-constitucionais

O que se vê são dois princípios constitucionais em aparente antagonismo, uma vez que a vedação ao anonimato pode colidir com o interesse coletivo da apuração dos crimes e efetiva punição de seus autores. Ao transmitir à autoridade a imputação de um fato delituoso, surge um estado de colisão de direitos, confrontando-se liberdades constitucionalmente protegidas, quais sejam: preservar na liberdade de expressão, a incolumidade dos direitos da personalidade e exigência de adequação dos comportamentos sociais ao ordenamento jurídico sob o qual convivem, estando aí inserto o controle da criminalidade.[21]

A vedação constitucional ao anonimato vem assegurar que possíveis exageros na liberdade de expressão possam ser punidos, pois caso se admitisse, seria impossível tal punição, que de forma mediata, pode ser tanto civil como criminal. E mais, proibir a manifestação anônima também garante, em alguns casos, o direito de resposta, garantido ao prejudicado com tal manifesto.

Outrossim, importante também se mostra a proteção da coletividade que deve ser garantida com o efetivo combate à criminalidade, com medidas que realmente tragam a paz social e sejam aptas a dar ao indivíduo a certeza de que, caso cometa um crime, será punido por ele, uma vez que o *caput* do art. 5º da Constituição da República assegura a inviolabilidade de vários direitos, dentre eles o da segurança.

[20]IENNACO, Rodrigo. *Op. cit.*. p. 239-240.
[21] *Ibidem*, p. 230.

Como compatibilizar tais princípios garantidores de direitos fundamentais sem que se exclua totalmente algum deles?

1.4.2 - Solução através da ponderação dos bens em conflito

Tais conflitos resultam do fato da Constituição proteger direitos que em algumas situações podem se envolver em questões antagônicas, para resolver tal problema, o ideal é, através da compatibilização das normas constitucionais, se chegar a aplicabilidade de todas essas garantias.[22]

Alexandre de Moraes, citando Canotilho e Jorge Miranda, traz algumas regras a serem observadas para se chegar a uma melhor interpretação constitucional, garantindo assim que se entenda a sua essência e se consiga ponderar qual princípio deve prevalecer em cada situação fática trazida pela vida social. Verifica-se que em casos de conflito, deve ser dada primazia aos critérios favorecedores da integração política e social; deve-se haver a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito, de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros; a contradição dos princípios deve ser resolvida, ou por meio da redução proporcional do âmbito de aplicação de um deles, ou em alguns casos, mediante a preferência de algum princípio. Tais regras, que não são as únicas, ajudam a buscar a harmonia do texto da Constituição, facilitando a solução dos conflitos nos casos concretos, de forma a garantir a aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas. [23]

Antônio Scarance Fernandes, citando as lições de Suzana de Toledo sobre o princípio da proporcionalidade – solução para o conflito ora apresentado – assevera que tal princípio complementa a reserva legal e reafirma o Estado de Direito.[24]

Além dos pressupostos, existem também os requisitos para aplicação do princípio da proporcionalidade. São três requisitos intrínsecos: o primeiro é a adequação, em que a restrição imposta pela lei é adequada a alcançar o fim por ela

[22]MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 45.
[23]MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 46-47.
[24]FERNANDES, Antônio Scarance. *Op. cit.*. p. 53-54.

visado, ou seja, o meio contribui para obtenção do resultado pretendido; o segundo é a necessidade, também nomeado "intervenção mínima", pois não basta a adequação do meio ao fim, mas esse meio deve ser apenas o necessário, o que cause a menor restrição, a menos gravosa; o terceiro é a proporcionalidade em sentido estrito no qual o meio que é adequado e necessário só merece utilização se o valor a ser resguardado prevelesce sobre o valor que será restringido.[25]

O questionamento que se apresenta é quanto ao uso desse princípio. Seria cabível somente para beneficiar o indiciado/acusado*?* De forma mais acertada, deve-se entender que não, pois aqui não interessa a quem se beneficiará, e sim a constatação, no caso concreto, se a restrição do indivíduo é necessária, adequada e se justifica pelos valores que protege.[26]

Trazendo ao foco a questão da delação anônima, verificamos que a resposta de como compatibilizar a vedação do anonimato prevista pela constituição e a garantia coletiva da segurança, através do efetivo controle da criminalidade pelos órgãos competentes do Estado para tanto, está na aplicação do princípio da proporcionalidade, em que se dará, conforme o caso, importância maior à segurança pública, mas sem esvaziar a garantia que limita a liberdade de expressão, assegurando, como já se disse, a incolumidade de alguns direitos personalíssimos.

2 – A IN(VALIDADE) DA PERSECUÇÃO CRIMINAL ADVINDA DE DELAÇÃO ANÔNIMA

2.1- A DELAÇÃO ANÔNIMA E A *PERSECUTIO CRIMINIS*

Conforme já apresentado alhures, existe discussão quanto a classificação da delação anônima como espécie de notícia do crime. Entretanto, mudar-se-á o foco das divergências partindo para a análise prática do tema. Uma vez apresentado tal instrumento apócrifo, poderá ser instaurado procedimento investigatório? Somente com base nele poderá ser intentada a ação penal de iniciativa pública incondicionada? Poderá

[25]*Ibidem.* p. 54.
[2626]FERNANDES, Antônio Scarance. *Op. cit.*. p. 56.

ser adotada alguma medida cautelar tomando como motivo ensejador tal “denúncia”? Todas essas questões e outras que se mostrarem pertinentes serão analisadas no decorrer da exposição.

2.2- RECEBIMENTO POR AUTORIDADE COM ATRIBUIÇÃO

A autoridade que receber a delação anônima somente poderá realizar algum ato investigatório se tiver atribuição para isso. Retira-se de tal entendimento que se o Juiz for o destinatário, terá que remetê-la ao órgão com atribuição investigatória, uma vez que, consagrado o sistema acusatório, há a separação das funções de acusar e julgar, em respeito ao princípio da inércia, garantidor da imparcialidade do Órgão Julgador.

Quanto ao recebimento da *delatio criminis* anônima pelo Órgão do Ministério Público, necessária se faz uma brevíssima análise da questão da investigação criminal direta pelo *Parquet,* que é assunto bastante divergente.

Os que repudiam tal questão se baseiam nos arts. 129, incisos I e VIII da Constituição da República conjugadamente, uma vez que o Ministério Público, como titular da ação penal de iniciativa pública pode requisitar diligências investigatórias e instaurauração de inquérito policial, e ainda no art. 144 também da Constituição que traz a reserva de investigação à Polícia. Nesse sentido, Tourinho Filho expõe radicalmente sua opinião:

> *Por outro lado, sempre que o Ministério Público procede a investigações (e a crônica judiciária tem registrado certos casos) ele procura, apenas, as provas que lhe interessam e os casos que têm repercussão. Note-se que, mesmo quando denunciam, os Promotores arrolam as testemunhas que interessam à Acusação... embora devessem agir com absoluta imparcialidade, mesmo poruqe, sendo o Estado o titular do direito de punir, repugna-lhe uma condenação iníqua. Se é assim quando denunciam, é fácil imaginar qual seria sua postura se devessem investigar... [...] Seria uma Inquisição tupiniquim... Somos de opinião que, a prevalecer o entendimento ministerial, deverá o Ministério Público não apenas proceder a certas investigações que fazem a mídia agitar e delirar, mas também investigar todas as infrações: furtos, estelionatos, lesões corporais, estupro, tráfico etc. Mas... aí seria demais... para tais investigações existe a Polícia. Para os fatos mais importantes da vida nacional e envolvendo pessoas de projeção, afasta-se a Polícia e passa a atuar Sua Excelência o membro do Ministério Público.*[27]

[27]TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. cit*.. p. 288-289.

Aqueles que defendem a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público tomam como base, dentre outros dispositivos, o art. 129, inciso I da Constituição da República, que diz competir privativamente ao *Parquet* promover a ação penal de iniciativa pública, e ainda rebatem o art. 144 da Lei Maior, com o argumento de que esse artigo somente divide as atribuições investigatórias entre as polícias. É o que Marcelo Lessa Bastos expõe com clareza:

> *Se o Ministério Público é o único legitimado a exercer a ação penal de iniciativa pública e se este exercício lhe é obrigatório a partir do momento em que se reúnem no procedimento preparatório as condições da ação e os pressupostos processuais, por conseguinte, tem que poder colher os meios de que necessita para o desempenho de seu munus constitucional que, antes de um direito, é um dever que decorre das normas infraconstitucionais que regulam o exercício da ação de iniciativa pública.*
> *Não se pode conceber que o órgão privativamente legitimado ao exercício da ação penal, ação esta que é obrigatória, posa ficar refém da autoridade policial e, se por fás ou por nefas, esta não lhe municia dos elementos necessários ao exercício da demanda penal, possa ter o cumprimento de sua obrigação constitucional obstaculizada.*[28]

Duas situações se insurgem com relação ao recebimento da delação anônima pelo *Parquet.* Se o entendimento for contrário à investigação direta por esse Órgão, deve o membro receptor da delação encaminhá-la à Autoridade Policial, que possui atribuição para tomar as medidas cabíveis, as quais serão analisadas infra. Entretanto, caso se entenda que cabe também ao Ministério Público investigar diretamente, ele mesmo poderá tomar essas medidas.

Quando a delação anônima é encaminhada diretamente à Autoridade Policial não há nenhuma questão especial a ser enfrentada, uma vez que ela detém a presidência do inquérito policial, que é a peça de informação mais comum, e não se discute a sua atribuição investigatória.

2.3- PROCEDIMENTO A SER ADOTADO

Após chegada a notícia de crime por meio de um instrumento apócrifo de delação às mãos da autoridade com atribuição investigatória, como esta deverá proceder? Poderá desde logo instaurar inquérito policial ou outra peça de informação?

---

[28]BASTOS. Marcelo Lessa. *A Investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública – Papel do Ministério Público. Uma abordagem à Luz do Sistema Acusatório e do Garantismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 167.

O entendimento que prevalece na Doutrina é o de que a Autoridade Pública que a receber não deve instaurar de plano a peça de informação, mas sim proceder a uma investigação sumária, a fim de evitar que notícias infundadas originem procedimentos inócuos.

Neste sentido é a opinião de José Frederico Marques:

> *Parece-nos porém, que nada impede a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. LEONE, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discrição, dele se sirva para pesquisas précias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido notitia criminis inqualificada.*[29]

Seguindo a mesma linha, Julio Fabbrini Mirabete diz que " na hipótese, porém, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, especialmente a policial, proceder com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preliminar no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva".[30]

Outrossim, verifica-se a simplicidade do questionamento. A delação, por si só não deve dar ensejo à instauração da peça de informação, devendo antes ser realizado todo um início de investigação, com apurações prévias[31], para que se analise a relação fato-notícia anônima. Passado isso, se o resultado for positivo, a Autoridade Pública instaurará inquérito, ou outra peça de informação como se de ofício fosse, e nesse caso, havendo alguma violação de direito do indiciado, utilizado o remédio constitucional do *habeas corpus*, coatora será essa Autoridade que deu início à persecução.

Após feita essa investigação sumária e obtido resultado que levou ao início da persecução criminal, do ponto de vista processual essa delação anônima será

---

[29]MARQUES, José Frederico. *Op. cit.*. p. 135.
[30]MIRABETE, Julio Fabbrini. *Op. cit.*. p. 82
[31]LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, v.1 – 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.107.

descartada, pois a verificação preliminar a substituirá, e essa delação será totalmente desvinculada do procedimento e das provas produzidas. [32]

Em apreciação do inquérito 1.957-7/PR, o Ministro Carlos Velloso pactua desse entendimento:

> *Encerro o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, deixo assentadas as seguintes conclusões:*
> *(a) os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da "persecutio criminis", eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetesde resgate no delito de extorsão mediante seqüestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o "crimen falsi", p. ex.);*
> *(b) nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ("disque-denúncia", p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da "persecutio criminis", mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas;*
> *(c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua "opinio delicti" com apoio em outros elementos de convicção que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos.*[33]

Tal entendimento foi proferido em análise à questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, que alega ser inconstitucional toda a persecução que teve como início uma peça anônima de delação, questão essa que restou rejeitada:

> *Adianto o meu pensamento a respeito, para depois chegar à problemática da investigação pelo Ministério Público, se for o caso.*
> *Vivemos em um Estado Democrático de Direito e, no caso, a Carta da República só prevê o sigilo quando ele é inerente à própria atividade profissional desenvolvida. Não podemos imaginar a inauguração de uma época que se faça a partir do denuncismo irresponsável. Não podemos imaginar uma verdadeira época de terror em que, a partir de uma postura condenável, chegue-se à persecução criminal.*
> *Se formos a diplomas, veremos que eles glosam, em si, a carta anônima. Temos a Lei nº 8.112/90, relativa aos servidores públicos, a repudiar a denúncia anônima. Temos a Lei de Improbidade em idêntico sentido. Temos,*

[32]IENNACO, Rodrigo. *Op. cit.*. p. 249.
[33]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1957 / PR - PARANÁ. Min. CARLOS VELLOSO; Julgado em: 11/05/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

> *em si, resolução desta Corte, atinente à Ouvidoria, colocando no lixo – e a expressão exata deve ser veiculada – cartas anônimas, em que o denunciante não exerce um direito inerente à cidadania e deixa de assumir responsabilidade que possa até mesmo, em um passo seguinte, improcedente a imputação de crime, desaguar na denúncia caluniosa.*
> *É a situação concreta. Se se chegar à declaração de não-configuração de crime, quem responderá pela imputação? O Ministério Público? Então, teríamos de cogitar dessa responsabilidade toda vez que julgado improcedente um pedido formulado pelo Ministério Público, improcedente o que articulado em uma denúncia.*
> *A meu ver, peca este processo pelo nascimento, em si, no que decorreu – repito – de um ato a ser excomungado, ou seja, de uma denúncia anônima. É a primeira questão a enfrentar, numa atuação até mesmo pedagógica. Outro dia, perante a Turma, em uma discussão a respeito da matéria, formou-se maioria na colocação em plano secundário de uma denúncia anônima formalizada contra dois magistrados – um de primeira e outro de segunda instância. Indaguei até se partiríamos para a seqüência de um inquérito se viesse à Corte carta anônima contra um de seus integrantes. E a resposta, para mim, é desenganadamente negativa.*
> *No caso, ficou esclarecido pelo relator haver esse defeito inicial, que, para mim, contamina todo o processo relativo ao inquérito, sem se chegar até mesmo à elucidação de ser constitucional, ou não, a investigação promovida pelo Ministério Público, que é parte da ação penal.*
> *Levanto a questão de ordem quanto à inviabilidade da seqüência do próprio inquérito, no que o elemento básico que desaguou na apuração de certos dados é uma carta anônima.*[34]

2.4- INVESTIGAÇÃO SUMÁRIA. VOLTA DAS VPIS?

Uma questão pertinente apresenta-se relativa à investigação sumária, quando esta obtém resultados negativos não dando ensejo à instauração de peça de informação, pois sabe-se que segundo o art. 17 do Código de Processo Penal "a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito", mas essas peças preliminares de averiguação poderão ser arquivadas, ou "acauteladas" na Delegacia de acordo com a vontade e interesse do Delegado, ou no caso do Ministério Público, de seu Membro?

O entendimento correto é que não. Então, como compatibilizar tal investigação sumária ao procedimento previsto para o arquivamento no Código de Processo Penal? A melhor solução não é exigir que desde logo se inicie a *persecutio criminis*, pois como já se viu, não é o adequado, porém, nada impede que tal

[34]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1957 / PR - PARANÁ. Min. CARLOS VELLOSO; Julgado em: 11/05/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

averiguação preliminar esteja sob a égide das normas processuais penais, devendo então o Delegado, se for o caso de não instaurar inquérito, remeter o material como peça de informação ao Ministério Público, para que este, verificada a real impossibilidade de se iniciar a persecução, promova seu arquivamento, em analogia ao que ocorre com o inquérito policial, como previsto no art. 28 desse diploma legal.[35] Isso para que possa ocorrer um controle dessa investigação, e seja observado o princípio da obrigatoriedade da ação penal, função anômala conferida ao Juiz.

Pensar o contrário seria trazer de volta a VPI (verificação da procedência de informação), que repousa na equivocada interpretação do art. 5º, §3º do Código de Processo Penal, que estabelece que qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação de iniciativa pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. Isso para evitar que uma pessoa fique sujeita a um inquérito infundado e acautelar a autoridade policial contra os risco de instauração de inquérito sem justa causa. O acautelamento seria quando a autoridade policial decide, por si só, não instaurar o inquérito. Isso violaria o art. 17 da lei processual penal, como já verificado, pois bastaria que deixasse de instaurar o inquérito, trancando-o sem qualquer controle. Ninguém saberia desse fato. A polícia estaria dotada de poderes absolutos, ela mesma receberia a notícia do crime, verificaria a procedência das informações e, por fim, ela mesma determinaria o "acautelamento" do expediente que se formasse.[36]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A delação anônima realmente merece análise mais aprofundada, tendo em vista seu alto índice de ocorrência.

[35]BRASIL. *Decreto-lei nº. 3.689/1941*, art. 28 – "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender".
[36]HAMILTON, Sergio Demoro. *Processo Penal – Reflexões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 60-62.

Verifica-se que, embora exista a proibição constitucional do anonimato, a figura ora apresentada não pode ser afastada, por questões óbvias, como o crescimento da criminalidade, a falta de segurança, as constantes ameaças dos criminosos.

Quanto ao modo de proceder, verifica-se que a autoridade pública que o receber deverá agir com discrição e cautela, a fim de conseguir colher o mínimo de indícios necessários à justa causa da persecução criminal, evitando-se infundadas investigações e não violando garantias do delatado.

Entretanto, dado esse poder de ter em suas mãos a possibilidade de investigar ou não o fato noticiado, deve a autoridade pública agir corretamente e não segundo sua vontade e interesse, devendo proceder como se fosse um inquérito policial ou qualquer peça de informação apta a municiar o autor da ação penal da justa causa necessária para sua propositura, ou seja, sujeitando-se aos procedimentos previstos na legislação processual penal para tais instrumentos, como levar o arquivamento à autoridade judicial para que ela, em função anômala, garanta o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Por fim, com o presente trabalho também foi possível verificar quão sensível é a delação anônima, não merecendo ter força para dar ensejo ao início da persecução.

REFERÊNCIAS

BASTOS. Marcelo Lessa. *A Investigação nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública – Papel do Ministério Público. Uma abordagem à Luz do Sistema Acusatório e do Garantismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de mar. de 2007.

BRASIL. *Decreto-lei nº. 2.848/1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de mar. de 2007.

BRASIL. *Decreto-lei nº. 3.689/1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 de mar. de 2007.

BRASIL. *Lei nº. 1.508/1951*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em

28 de mai. de 2007.

BRASIL. *Lei nº. 7960/89*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de mai. de 2007.

BRASIL. *Lei nº. 9.296/1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 de mai. de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 1957 / PR - PARANÁ. Min. CARLOS VELLOSO; Julgado em: 11/05/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal* – 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

HAMILTON, Sergio Demoro. *Processo Penal – Reflexões.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

IENNACO, Rodrigo. *Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n.º 62, ano 14, p. 220-263, set./out. 2006.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*, v.1 – 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v.1. Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis.* São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v.1. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria. *Notícia do Crime*. Revista dos Tribunais. RT – 526, ano 68, agosto de 1979.

ACESSO Á JUSTIÇA E ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER BRASILEIRA. POLÍTICAS DE DESPENALIZAÇÃO E DE PENALIZAÇÃO[1].

Maria Stella de Amorim*

RESUMO

Pesquisa realizada entre 2001 e 2003 nos Juizados Especiais Criminais estaduais do Rio de Janeiro (JECRim), regidos pela Lei 9.099/95, apontava cerca de 80,0% de mulheres como vítimas de violência, sendo 68,2% desses conflitos decorrentes de relações de parentesco e afins. Com o advento da Lei 10.259/01, reguladora dos Juizados Especiais Civis e Criminais da Justiça Federal, o conceito de "pequeno potencial ofensivo" foi estendido para 2 (dois) anos em todos os Juizados brasileiros. A nova regra passou a vigorar a partir de 2003 e a princípio manteve a expressiva presença da violência contra a mulher nos JECrim, mas esse delito veio sendo superado pelo porte e uso de drogas nesses Juizados. Recentemente, a chamada "Lei Maria da Penha" (Lei 11.340/06), atribuiu à violência contra a mulher, pena de 3 meses até 3 anos de reclusão. O objetivo principal do trabalho é fazer uma reflexão prévia do tratamento judicial concedido à violência contra a mulher pelos JECrim e pelos recentes Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, criados pela Lei Maria da Penha. A comparação sugerida, privilegia políticas públicas de despenalização e de penalização que as citadas leis 9.099/95 e 10.240/07 encerram.

PALAVRAS-CHAVE: VIOLÊNCIA, MULHERES, "LEI MARIA DA PENHA", JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTA A MULHER.

RESUMÉ

La recherche réalisée entre 2001 et 2003 dans les tribunaux criminels spécialisés de l'État de Rio de Janeiro (JECrim) régis par la loi 9.099/95, montrait que dans environ 80% des cas les femmes étaient victimes de violence et que 68,2 % de ses conflits provenaient des relations familiales ou domestiques. Avec la loi 10.259/01, régularisant les tribunaux spécialisés civils et criminels de la justice fédérale, le concept de « petit potentiel offensif » a été étendu à deux ans dans tous les tribunaux brésiliens. La nouvelle règle est entrée en vigueur à partir de 2003 et a initialement maintenu la significative présence de la violence contre la femme dans les JECrim, mais dans ces tribunaux, ce délit commence à être surpassé par le port et usage de drogues.

[1] Este trabalho se insere no âmbito do Projeto Pronex/ CNPq/Faperj "Sistemas de Justiça Criminal e Segurança Pública, em uma perspectiva comparada: administração de conflitos e construção de verdades", iniciado em 2007 e de que o PPGD-UGF participa.

* Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Gama Filho - Rio de Janeiro – RJ, mariastellamorim@uol.com.br

Récemment, la loi dite « loi Maria da Penha » (n°11.340/06), a attribué à la violence contre la femme des peines allant de trois mois à trois ans de réclusion. Le principal objectif de ce travail est d'apporter une réflexion préalable au traitement judiciaire accordé à la violence contre les femmes par les JECrim et les récents Tribunaux de Violence Domestique et Familiale contre la Femme créés par la loi Maria da Penha. Le rapprochement suggéré, privilégie les politiques publiques de dépénalisation et de pénalisation que contiennent les dites lois 9.099/95 et 11.340/06.

MOT-CLÉS: VIOLENCE , FEMMES, « LOI MARIA DA PENHA », TRIBUNAUX DE VIOLENCE DOMESTIQUE ET FAMILIALE CONTRE LA FEMME.

1. Introdução.

Propõe-se aqui argumentar e discutir contradições e descontinuidades entre programas políticos destinados a contribuir para mitigar ou resolver delitos recorrentes, de modo geral considerados indesejáveis na sociedade. Porém, nem mesmo se consegue atender ao espírito das propostas vigentes, ou a corrigir suas falhas, e logo ganha expressão a vontade política de elaborar novo estatuto contrário ao que estava em vigor. Quase sempre essas mudanças sobrevêm motivadas por algum fato delituoso que embora análogo a outros, passa a dominar a opinião pública e a orientar políticas contrárias às que estão legalmente vigentes, sem a preocupação de aperfeiçoá-las. Nessas bem conhecidas circunstâncias, a mudança é promovida, mesmo que não se disponha de conhecimentos suficientes para assegurar se a alteração irá contemplar a natureza dos conflitos que serão regulados a partir de casos tomados como paradigmáticos.

Para exemplificar basta lembrar dois fatos recentes. Um deles ocorrido em 2003, em São Paulo, quando um menor de 16 anos, conhecido como "Champinha" praticou homicídio culposo. O outro, ocorrido em 2007, também praticado por menores, provocou a morte de uma criança, de nome "João Hélio", arrastada por veículo roubado em que trafegava com sua família, e a que ficou preso pelo cinto de segurança, causando-lhe impiedosa morte. Ambos os casos colocaram em pauta discussão sobre a diminuição da maioridade penal, sendo que o último caso mencionado ensejou a elaboração de projeto de lei, no sentido de tratar menores como adultos, perante o Código Penal brasileiro (Ferreira, 2007).

O que estranha a respeito da notoriedade dos casos mencionados é que poucas vozes se levantam sobre a inoperatividade do Estatuto da Criança e do Adolescente,

sobre a falta de institucionalização de vários aspectos desse diploma legal, destinado a proteger menores e a ressocializar os que praticam delitos, oportunidade que não lhes poderia ser negada, antes de penalizá-los. Atualizando a tradição punitiva do direito brasileiro, bastante acentuada em sede penal, preferência marcante é concedida ao castigo, em desprezo do tão louvado ECA – até mesmo chamado de "cidadania da criança"-, ao tempo de sua promulgação. Curioso também é que a vocação da sociedade e da opinião pública brasileira tende a clamar por aumento de penalização, ao mesmo tempo em que denuncia a impunidade em relação às leis punitivas vigentes.

Também causa estranhamento que concepções mais amplas de despenalização e de penalização sejam claramente expressas e de maneira concorrente, não apenas pela opinião pública, mas entre doutrinadores e operadores jurídicos brasileiros, quando, independente das posições que adotam a favor ou contra medidas punitivas mais duras ou mais suaves para os acusados, todos criticam a legislação penal, particularmente a execução das penas, concordando que as condições lastimáveis dos abrigos e dos presídios não contribuem para ressocializar delinqüentes. Menos ainda para lhes conceder respeito, consideração e o reconhecimento da dignidade da pessoa humana pelo Estado, ente que detém a guarda e o dever proteger os delinqüentes enquanto seus cidadãos, ainda que apenados.

Este trabalho não pretende tomar posição prévia acerca de políticas penalizadoras e despenalizadoras, nem de sua extensão a respeito de fatos relativos à violência. Visa somente ensaiar breve análise de dissonâncias que se apresentam em políticas públicas sobre a violência contra a mulher, tema que aumentou o destaque de que já desfrutava, desde décadas atrás, com o advento da Lei Maria da Penha.

2. Despenalização e penalização da violência contra a mulher

A insatisfação com o desempenho dos Juizados Especiais regulados pela Lei 9.099/95, quanto à apreciação de casos relativos à violência familiar, especialmente contra as mulheres, geralmente ocorridos em ambiente doméstico, foi objeto de acirradas denúncias, sobretudo por movimentos sociais em favor das mulheres brasileiras, especialmente daquelas vitimadas por violência. Entretanto, a lei dos Juizados destinou-se inicialmente a tratar de delitos de pequeno potencial ofensivo, entendidos como aqueles previstos com pena de restrição de liberdade até 1 (um) ano,

nos termos do Código Penal vigente. Em 2003 o limite do potencial ofensivo abrigado na Lei dos Juizados foi estendido para os delitos com previsão legal de até 2 (dois) anos de detenção no Código Penal[2]. Desse modo, lesão corporal considerada leve e ameaça contra qualquer pessoa ficou sob a jurisdição dos Juizados Especiais Criminais (JECrim), delitos estes, não apenas praticados contra mulheres, mas por pequeno percentual de mulheres (17,8%, contra 82,9% praticados por homens)[3]. Esse detalhe merece destaque, porque as críticas a esses Juizados atacavam sua atuação impune nos casos do tratamento concedido à violência contra a mulher, porque esse tipo de conflito foi endereçado pela sociedade ao JECrim e, em volume consideravelmente significativo. Mas os JECrim não foram criados para abrigar a violência doméstica e contra a mulher e sim, enfatize-se, para muitos outros delitos previstos no Código Penal, cujas penas estabeleciam até um ano – e depois, até dois anos - de restrição de liberdade.

Festejados desde a criação em 1995, entre outros motivos, por desafogarem a justiça, por ampliarem o acesso do cidadão ao judiciário, por introduzirem a conciliação entre as partes, e, sobretudo no âmbito dos JECrim, por proporem medidas despenalizadoras, acolhendo a modalidade de penas alternativas e/ou multas pecuniárias, de caráter civil e, por permitirem a realização da transação penal nos delitos considerados de pequeno porte, a Lei 9.099/95, ao completar 5 anos de vigência, já recebia críticas. As mais veementes chamavam-na de "lei da impunidade", ora por minimizar a intervenção policial, ora pela versão "civilizadora" traduzida no pagamento de cestas básicas ou de trabalho comunitário, ambos destinados a terceiros, sem qualquer consideração pelas vítimas, na grande maioria mulheres. Mesmo que a vítima tivesse prejuízo pessoal causado pela agressão, como quebra de dentes, de óculos e outros danos materiais, a decisão residia predominantemente no pagamento de cestas básicas a terceiros. No entanto, esse procedimento não estava previsto na Lei 9.099/95, mas resultava do entendimento ou do sentimento considerado adequado para sua regulamentação pelo legislativo ou pelo judiciário de cada estado da federação brasileira.

---

[2] O aumento dos delitos de 1 ano para 2 anos nos Juizados Criminais dos estados, ocorreu depois de promulgada a Lei 10.259/01, relativa aos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, sob o argumento de que deveria haver uniformidade nas Leis dos Juizados brasileiros, já que elas advinham do mesmo dispositivo constitucional e também porque a Lei dos Juizados Federais toma como referência a anterior Lei 9.099/95, aplicada exclusivamente aos Juizados dos Estados da Federação brasileira.

[3] Ver Kant de Lima, Amorim e Burgos, 2002:101.

Como se vê, a Lei 9.099/95 não foi destinada a abrigar a violência doméstica em geral, nem contra mulheres em particular, mas para acolher todos os delitos previstos no Código Penal, cuja pena estipulasse até 2 anos de reclusão. No entanto, em que pese seu insucesso em administrar a violência doméstica contra a mulher, a citada lei muito contribuiu para judicializar esse conflito específico, concedendo acesso gratuito ao judiciário para grande número de mulheres, que, antes dela, por não disporem de condições de recorrer à justiça, geralmente levavam suas queixas somente até o âmbito policial. Assim sendo, o objetivo dos Juizados Criminais não foi dar conta da violência contra a mulher (Amorim, 2006). Este tipo de conflito é que foi amplamente encaminhado pela sociedade para os JECrims, passando a identificá-los como responsáveis por ele. Tal percepção não escapou de pesquisas realizadas entre 2001 e 2003 em Juizados Criminais da Lei 9.099/95 [4], que se detiveram sobre a natureza específica desse conflito no período investigado e que predominantemente estavam em curso nos Juizados investigados. Uma rápida visão do quadro então investigado, destacava, entre outros dados, serem 79,9% das vítimas mulheres e 20,1% das vítimas serem homens, o que já indicava a urgência de políticas públicas endereçadas à situação, inclusive a necessidade desse delito receber consideração especial, no cenário dos Juizados Criminais, beneficiando-se da flexibilidade que lhes concedia a Lei 9.099/95 para tratar da violência doméstica e familiar contra a mulher, excluindo-se os delitos de maior potencial ofensivo, como agressão resultante de violências mais graves e de homicídios, que são objetos de Varas Criminais.

Sociedades complexas e avançadas pretendem que seus tribunais desempenhem importantes funções sociais. Nelas, a atividade jurisdicional não serve apenas para conceder prestação de serviços judiciários a seus cidadãos, mas fornece indicadores relevantes sobre a necessidade de políticas públicas específicas e diferenciadas, visando limitar a manifestação de conflitos recorrentes, como também a redirecionar o direito regulamentador da relação conflituosa recorrente, insistentemente levada pela sociedade aos tribunais. Nessas sociedades, a independência do Poder Judiciário não o dispensa de, através de suas associações locais, regionais e nacionais, apontar para a sociedade ou para os Poderes Legislativo e Executivo, avaliações, sugestões e até projetos de alcance

[4] Pesquisas qualitativas e quantitativas foram realizadas em Juizados da Baixada Fluminense e de São Gonçalo (ambos no RJ) e ensejaram várias publicações, entre as quais estão: Amorim, M. S; Kant de Lima e Burgos, M. B (orgs.) *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003. Dos mesmos autores o artigo "Guerra & paz na família: um falso armistício". *Insight Inteligência*, ano V, nº 17abr/jun 2002, p 98-110.

social que lhe permita melhor atuar internamente e na própria sociedade, uma vez que, quanto mais é desprezado o volume de ações que expressam o mesmo tipo de conflito, mais ações irá receber e menos terá tempo para oferecer a seus jurisdicionados a prestação de serviços judiciais adequados.

Ao contrário, no Brasil, inúmeros conflitos são recorrentes, abarrotam os tribunais com as mesmas lides e a reivindicação, quase sempre é traduzida em maior aplicação de recursos materiais e de pessoal para a jurisdição. Exemplo disso está nos Juizados Civis estaduais dos grandes centros metropolitanos brasileiros, onde milhares e milhares de ações são movidas sempre contra os mesmos réus e tudo sempre continua do mesmo modo[5]. Isso indica não apenas desconhecimento da natureza dos conflitos recorrentes, mas descaso sobre fontes dos mesmos, cujas causas têm que ser combatidas, para que se possa tornar minimamente verdadeira a tão propalada finalidade do Direito enquanto "pacificador da sociedade" ou "garantidor da paz social". Já em sociedades onde o judiciário se mantém voltado somente para si, o desconhecimento de suas funções relevantes perante a sociedade torna-o minimizado perante os cidadãos, que lhe remetem críticas, como demora excessiva na expedição de decisões, desigualdade de tratamento dado a feitos similares, etc. Sem conceder administração adequada aos conflitos – existentes, sem qualquer dúvida, em todas as sociedades humanas – o risco de alimentá-los é maior, podendo conflitos civis se transformarem em criminais e, os de pequeno porte tornarem-se potencialmente graves.

A prestação jurisdicional oferecida pelo JECrim às violências contra mulheres, reproduzia limitações apreciáveis. Mais que os Juizados Civis, os Criminais adotaram, por determinação da lei 9.099, modalidade processual distinta daqueles, mas a transação penal instituída não era realizada entre as partes e sim com o Ministério Público, raramente presente, durante ou após as audiências de conciliação e, em caso de acordo do autor do fato, esse evento traduzia-se no pagamento de cestas básicas ou, mais raramente, em trabalho comunitário. Nas lides envolvendo violência contra a mulher, a transação penal não ressarcia a vítima, e sim a terceiros, estranhos ao conflito. Nenhuma atenção era concedida à natureza específica desse conflito, nem mesmo à vítima, inclusive afastada do processo na audiência de instrução e julgamento, conduzida pelo juiz. Desse modo, uma vez paga a "pena" pelo acusado, - que servia muito para livrar o

[5] Nos Juizados Civis do TJRJ, por exemplo, apenas em setembro de 2006, foram contabilizadas 22.540 ações, sendo campeã entre os réus nesse período a empresa Telemar, com 4.940 ações contra os serviços prestados à população da cidade do Rio de Janeiro. Dados obtidos na sede do TJRJ, no Rio de Janeiro (RJ), divulgados pelo presidente desse tribunal em 2006.

agressor do processo e para configurar o princípio da rapidez processual – a situação conflituosa permanecia, de fato, a mesma para as partes. Em casos de violência doméstica em particular, usualmente praticada por homens com quem a vítima mantinha relações de proximidade e com quem voltaria a conviver e a experimentar conflitos nas relações cotidianas[6], nenhum procedimento apropriado era aplicado, de modo a conceder-lhe tratamento diferenciado dos demais delitos previstos até dois anos de detenção, embora a flexibilidade da Lei 9.099/95 o permitisse.

Entretanto, a situação do JECrim, nem sempre era tão simples como foi descrita e, muitas vezes, também assim denunciada. Partes conflituosas de condição social distinta, faziam avaliação diferente da transação penal e do pagamento de cestas básicas, conforme demonstraram entrevistas realizadas na investigação realizada entre 2001 e 2003. Homens e mulheres de classe média, por exemplo, avaliavam o atendimento recebido no JECrim de maneira bastante distinta, da de homens e mulheres de condição social mais baixa. Para o homem de classe média, pagar cestas básicas resultava na vantagem de se livrar do processo, enquanto para a mulher dessa condição social, a situação não trazia qualquer efeito para a violência sofrida, geralmente, de caráter contínuo. Já para partes conflitantes de condição sócio-econômica pouco favorecida a transação penal, materializada no pagamento de cestas básicas, tornava-se um problema familiar, porque reduzia o exíguo orçamento doméstico, resultando em penalidade para os filhos e outros eventuais dependentes. Nesses casos, era usual a mulher desistir da ação contra seu agressor, pois para ela o processo no JECrim significava uma ameaça à sua família e não uma proteção judicial para ela, enquanto vítima de agressão contínua. Não me foi fácil, como entrevistadora, perceber os motivos que levavam mulheres pobres a desistir da queixa, para continuarem a ser agredidas em casa. Até que pude compreender que a desistência da denúncia, significava mais um ato de abnegação, de proteção dos filhos e da própria família.

Ao contrário, mulheres de classe média tendiam a aspirar que seu agressor fosse punido com penas duras, enquanto as de classe baixa temiam a prisão[7] de seus maridos ou companheiros, porque a perda do trabalho formal ou informal do parceiro significava

[6] Entre 2001 e 2003, nossa pesquisa registrava 55,1% de conflitos conjugais e afins, e 13,1% de relações de parentesco, totalizando 68,2% de conflitos familiares nos JECrims investigados. Kant de Lima, Amorim e Burgos, 2002:102.

[7] A Lei 9.099/95 admite a prisão do agressor na fase de instrução e julgamento, nos casos deste não aceitar acordo, deixando de pagar os valores de cestas básicas estipuladas, não aceitando realizar trabalho comunitário, ou de não concordando com a queixa feita contra ele, sem a oportunidade de se defender da acusação.

maior sacrifício para a família, pois a ela, sozinha, caberia o encargo de prover o sustento familiar. Entretanto, para mulheres agredidas de ambas as classes, as decisões provenientes dos Juizados Criminais não eram satisfatórias, segundo material recolhido na pesquisa de campo realizada de 2001 a 2003. Enquanto vítimas de violência doméstica elas deixavam o tribunal com a certeza de que continuariam sendo vítimas dos mesmos agressores. Desse modo, os Juizados não atentavam para a natureza do conflito doméstico, particularmente da dimensão típica da violência contra a mulher como situação de agressão contínua, com tendência a incentivar o aumento do potencial dessa violência para agressões mais graves (AMORIM, 2006). Além disso, a violência contra a mulher, especialmente a ocorrida em ambiente doméstico, íntimo, entendido como privado, tornava-se difícil de ser testemunhada, a não ser pelos filhos ou familiares residentes no mesmo domicílio, depoimentos esses, nem sempre obtidos de familiares temerosos em concedê-los. Não se pode calcular exatamente as conseqüências dessa violência contínua na socialização dos filhos, crianças ou adolescentes, mas não seria absurdo admitir o risco de terem que elabora-la como acontecimento banal, merecedor de desconsideração, de falta de reconhecimento (Taylor, 2000: 241-274) pela pessoa mãe, uma mulher.

Para as vítimas da violência, entretanto, o aumento da judicialização do conflito vivido em suas vidas cotidianas – mesmo na vigência da Lei 9.099/95, considerado por operadores que lidavam com o conflito entre casais, como "bagatela" ou como "feijoada" – e, a ampliação da possibilidade de ter acesso à justiça para levar seu problema à esfera judicial, pouco adiantaram. Para elas, tudo continuava na mesma, uma vez que os Juizados Criminais, sem administrar tais conflitos de modo apropriado, devolviam a violência familiar para as próprias partes, vítimas e agressores.

A Lei 9.099/95 concedeu aos magistrados plena liberdade para atuar junto às partes e inteira liberdade para conduzir as lides no âmbito dos Juizados, admitindo-os como "boca da lei", mais do que como cumpridores formais da legislação, que deveria ser aplicada conforme os casos apreciados. Porém, os procedimentos flexíveis indicados pela lei, tornaram-se burocratizados, sobretudo na aplicação de penas alternativas fixas, nem sempre adequadas à natureza dos diferentes conflitos submetidos à apreciação. Os próprios princípios atribuídos em lei aos Juizados Especiais[8] receberam interpretação hierarquizada na prática judicial levada a efeito nos JECrim.

[8] Criados pelo art. 98 da Constituição Federal de 1988 e regulamentados pela Lei 9.099/95, que estabeleceu serem os Juizados Especiais regidos pelos princípios da oralidade, da simplicidade, da

Exceção deve ser feita a um dos JECrim investigados[9] em que o juiz se preocupava com a recuperação das partes e mantinha convênios com órgãos da sociedade local que forneciam acompanhamento ao homem para, por exemplo, aprender a lidar com os motivos que desencadeavam a própria agressividade e, à mulher para recuperar a auto-estima debilitada por agressões continuadas. No entanto, essa assistência dependia das partes do conflito aceitarem receber o mencionado apoio, durante o qual esse juiz suspendia o processo e só o retomava, depois de receber indicação dos profissionais que prestavam assistência a cada uma das partes, com as quais mantinha entrevista pessoal, antes de decidir se o caso iria ou não para a audiência de instrução e julgamento (Amorim, 2006). Nessas circunstâncias, a possibilidade das partes receberem acompanhamento profissional era voluntária e não o mesmo da "justiça terapêutica", em que o apoio profissional é unilateralmente determinado pelo magistrado e configura-se como penalidade. Em nosso tempo, o estoque de conhecimento acumulado admite que castigo (pena) e educação (socialização), são categorias opostas e, se associadas, não apresentam melhoraria de seres humanos.

Do mesmo modo, a conciliação entre as partes ganhou formato automatizado nos JECrim, conduzida por conciliadores que, quase sempre, dirigiam as partes para acordos, mais interessantes para a economia processual do que para as partes conflitantes. Com isso, parcela significativa do que estava sendo mediado consistia em barrar o acesso ao processo judicial, entendido como a fase da Instrução e Julgamento, conduzida pelos juízes. A aceitação pacífica do conciliador quando ocorria desistência da ação pela vítima pobre, contra seu agressor, era por ele entendida como "conciliação", e assim registrada nas estatísticas dos Juizados Criminais.

A lei dos Juizados estabeleceu serem eles regidos pelos princípios da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade. No entanto, os dois últimos princípios tiverem – e ainda têm - tal prevalência sobre os demais, que levaram esses micro-sistemas a se afastarem do espírito da lei que os criou. Particularmente, em relação aos conflitos domésticos, dadas as especificidades que envolvem, somente o JECrim, sem o apoio de políticas públicas que contribuíssem para administrá-los de maneira conveniente, sua atuação não poderia ser bem sucedida. Os JECrim não chegaram a se institucionalizar plenamente e também não receberam o

informalidade, da economia processual e da celeridade, alguns desses princípios, na prática judiciária, foram mais privilegiados do que outros.

[9] JECrim investigado em São Gonçalo (RJ) entre 2001-2002.

suporte de qualquer política pública que lhes permitisse desempenhar satisfatoriamente os objetivos despenalizadores a que se propunham. Pode-se dizer que suas falhas, sobretudo na administração de conflitos domésticos e da violência contra a mulher, ensejaram a busca de nova instituição, de caráter marcadamente punitivo e destinada a penalizar os praticantes de agressões contra a mulher.

3. A Lei Maria da Penha : mazelas e remédios.

A Lei 11.340/06 também elegeu um caso paradigmático como símbolo da impunidade na violência contra a mulher, a ser corrigida no Brasil. Maria da Penha Fernandes sofreu agressões de seu companheiro, durante seis anos, duas delas mais graves em 1983. A primeira com uso de arma de fogo, enquanto dormia, o que a tornou paraplégica. A segunda agressão, dias após a primeira, com choque elétrico e tentativa de afogamento enquanto se banhava e já estava limitada pelas seqüelas da violência anteriormente ocorrida. Condenado pela Justiça brasileira, o agressor continuou em liberdade, amparado por sucessivos recursos. Inconformada, Maria da Penha conseguiu que seu caso fosse levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que responsabilizou o Estado brasileiro por negligenciar a violência praticada contra essa mulher, tendo recomendado medidas pertinentes ao caso e também indicado a implementação de políticas públicas destinadas a amparar as mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica. Somente o constrangimento decorrente da denúncia em âmbito internacional, permitiu que o processo judicial fosse encerrado em 2002 e o agressor de Maria da Penha fosse preso em 2003, para cumprir pena de reclusão[10]. Após vitimada pelo companheiro, Maria da Penha aliara-se a movimentos sociais, sobretudo aos que desde décadas atrás, defendiam a igualdade de tratamento judicial para todos e direitos diferenciados para mulheres vítimas de agressões. Em 7 de agosto de 2007, foi promulgada a Lei 11.340 que leva seu nome, para entrar em vigor 45 dias após a publicação no Diário Oficial da União de 08/08/2006.

A recente lei vem sendo louvada como um estatuto de proteção à mulher vítima de violência, seja de caráter letal ou lesivo, que lhe cause sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial (Art. 5). Este artigo tipifica o que legalmente passa a ser considerado como violência doméstica e familiar contra mulheres, baseando-

[10] SNMT/CUT, 2007, p. 9

se no Art. 226, § 8, da Constituição Federal. Dentre vários aspectos considerados inovadores – e também apontados como dissonantes no ordenamento jurídico vigente – da Lei Maria da Penha têm sido destacados os que se seguem:

a) a violência contra a mulher, independe de sua orientação sexual;

b) a vítima-mulher só poderá renunciar à denúncia da agressão em presença do magistrado;

c) veda a aplicação de procedimentos lei 9.099/95 nos casos de violência contra a mulher, excluindo textualmente a aplicação de qualquer modalidade de pena alternativas ao agressor, além de requerer da vítima a representação de advogado ou defensor e de retirar dos Juizados Criminais competência para julgar os delitos de violência contra a mulher;

d) determina que a mulher seja notificada dos atos processuais, especialmente quanto ao ingresso ou saída do agressor da prisão;

e) altera o Código de Processo Penal, concedendo ao juiz o poder de decretar prisão preventiva do agressor, sempre que este ameaçar a integridade física ou psicológica da mulher e fixa a pena de agressão contra mulheres, de 3 (três) meses a 3 (três) anos de prisão.

f) assegura a vigência do contrato de trabalho para a mulher vítima de violência doméstica e familiar enquanto a mesma estiver sob proteção jurisdicional.

g) cria os Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência criminal e civil, inclusive para administrar questões do Direito de Família que envolva a violência contra a mulher;

h) recomenda atuação junto aos novos Juizados, de uma rede de instituições da União, dos Estados e dos Municípios, de organizações da sociedade civil e de equipe multidisciplinar para atuar nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

4- Fragilidade institucional do Estado e proteção da mulher contra a violência. Algumas considerações finais.

Uma breve apreciação da Lei Maria da Penha permite perceber a complexidade das previsões estabelecidas pelo Estado na operacionalização dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Na letra da Lei 11.340/07 o Estado assume completamente a tutela da vítima-mulher, inclusive torna indisponível (Joveli, 2006)

seu direito de desistir da ação em qualquer fase de andamento do processo, podendo, entretanto, a desistência ocorrer somente perante o magistrado – ou seja, praticamente, em fase judicial – e em audiência exclusivamente convocada para este fim. A agressão à mulher configura ação condicionada à representação da ofendida, que normalmente poderia desistir da ação (Nogueira, 2006) em qualquer fase do curso da ação e perante qualquer autoridade que detenha competência sobre o processo. Porém a vítima só pode, segundo a lei, desistir da ação em audiência específica com o juiz. Deixa a lei de admitir a possibilidade das partes se acertarem, até mesmo no sentido de concordarem com uma completa separação física e de comunicação entre elas. Institui mais uma modalidade processual, em que veda a disponibilidade da vítima ao processo, em ação de representação a ela condicionada. Não concede aos homens homoafetivos, vítimas de agressão em relação de proximidade e convivência doméstica com seus companheiros, acesso à justiça e à Lei Maria da Penha. Homens agressores em geral, poderão ser presos[11] , antes de condenados em processo legal transitado em julgado e sem flagrante (Nogueira, 2006), no caso de serem considerados ameaça às mulheres, vítimas da violência caracterizada nos termos da lei 11.340/07.

Enfim, aspectos processuais arrepiam procedimentos arraigados na prática jurídica vigente nos tribunais brasileiros, sejam eles processuais ou penais. Imagine-se, por exemplo, um caso de prática de violência doméstica de filho adulto contra o pai (Araújo, 2007). Teria essa vítima a mesma proteção dada a uma mãe agredida por filha ou filho maior? Ainda aspectos relativos à manutenção do contrato de trabalho da mulher vítima de violência (art. 9), também configura desigualdade jurídica, pois os homens vítimas de violência doméstica e familiar não terão seus contratos de trabalho assegurados, enquanto estiverem sob a tutela jurisdicional do novel juizado (Bastos, 2006). E as empresas privadas, aceitarão de bom grado assegurar a vigência do contrato de trabalho da mulher vítima de violência doméstica e familiar?

Ocorrem ainda questionamentos de outra ordem por operadores jurídicos sobre a constitucionalidade (Bastos, 2006) da Lei Maria da Penha, tanto pelas desigualdades de tratamento que cria quanto a direitos fundamentais igualmente concedidos a todos os cidadãos brasileiros, como por revogar a Lei 9.099/95, que é amparada pela Constituição vigente (Almeida, 2007). Também a lei é questionada por conceder ao

[11] Segundo a Constituição Federal, "ninguém será privado de liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal". (Art.5º, LIV)

artigo 226, § 8 da Constituição Federal, entendimento restritivo à proteção da mulher, deixando menos amparados os demais membros da unidade familiar.

Seguindo o estilo da legislação brasileira, a Lei Maria da Penha não é literal e não se torna fácil promover consenso dos operadores e de doutrinadores sobre seu texto enunciativo, dificuldade que se amplia para os cidadãos comuns por ela jurisdicionados. Desigualdade de tratamento, inconstitucionalidade, falta de eficácia ante a mobilização de pesada rede de órgãos protetivos (Bastos, 2006), entre outros argumentos invocados no interior do campo do direito brasileiro, não contribuem para a atualização urgente da lei que pune a violência doméstica e familiar contra a mulher brasileira.

Assim sendo, embora festejada por todos, inclusive pelos autores aqui citados e que não lhe pouparam observações, a operacionalização e a eficácia da Lei Maria da Penha pode sofrer da mesma fragilidade institucional que os JECrim. Se este despenalizava, a Lei Maria da Penha penaliza a violência contra a mulher[12]. Se o JECrim falhou, por falta de políticas auxiliares no combate desta violência grave e ainda bastante arraigada nas sociedades atuais, inclusive na brasileira, a Lei 11.340/07 amparou-se em rede de proteção do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Executivos Federais, Estaduais e Municipais e, de equipes multidisciplinares e de organizações não governamentais. Mas, estará esse extenso manto protetor suficientemente articulado para conceder proteção à mulher vítima da violência doméstica e familiar?

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de acordo com o Art. 33 da Lei 11.340, enquanto não estruturados, funcionam nas Varas Criminais, que terão competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas de violência contra a mulher. Estão ainda estes Juizados novos, dentro de Varas criminais, em grande número dos fóruns municipais do Estado do Rio de Janeiro, que também acumulam as funções dos JECrim. Visita realizada em meados de maio de 2007 em uma Vara Criminal do Estado do Rio de Janeiro permitiu constatar, no mesmo dia, seguidas audiências envolvendo delitos relativos ao Código Penal, ao JECrim da lei 9.099/95 e à Lei Maria da Penha. Entre os casos apreciados estavam o de um preso em flagrante em carro roubado e com uma bolsa recheada de telefones celulares; de portadores de armas

[12] Apesar do anteprojeto da lei admitir 5 anos de prisão para o agressor, a lei Maria da Penha, depois de aprovada, ela consigna de 3 meses a 3 anos de prisão para o agressor, ou seja, mais 1 ano da pena máxima admitida pelos Juizados Criminais, embora o Código Penal registrasse até 1 ano de pena para agressões leves para qualquer tipo de agressor. Porém, a Lei Maria da Penha altera o Código Penal ao introduzir pena de até 3 anos de reclusão para crimes de violência específica contra a mulher.

ou de drogas (usuário ou não delas); e de conflitos familiares versando sobre agressão física de padrasto contra enteada; de companheiro contra mulher, às vezes, acompanhados de filhos menores durante a audiência; de separação decorrente de agressão do marido e concessão de pensão alimentar para mulher e filha; de agressão contra esposa que saiu de casa e deixou o filho de meses com o marido, até conseguir moradia própria. Quando voltou para pegar o filho e seus pertences domésticos, foi impedida pelo marido, mas conseguiu levar consigo a criança, apenas com a roupa do corpo. A observação desse cenário permitiu constatar que o magistrado procurou tratar todos os casos com humanidade. A despeito de lidar com legislações regidas por diferentes diplomas legais, sua atitude foi inalterada em todos os casos de violência contra a mulher, buscando a conciliação e encaminhando as vítimas para aconselhamento em ONG que realizava esse atendimento em grupo, fora do fórum. Do mesmo modo, orientou os homens agressores para receberem acompanhamento em sessões semanais realizadas no próprio fórum.

Recebi recentemente, mensagem via Internet com o título "*Pedido de apoio: violência doméstica e familiar contra a mulher*", enviada pela ONG chamada ComCausa[13]. Dizia a mensagem que a Senhora Terezinha Rocha procurou a ComCausa, entidade membro da Executiva do Fórum Reage Baixada, que atua no combate à violência nessa região fluminense, na manhã do dia 30 de abril de 2007, para relatar que vinha sofrendo ameaças variadas, inclusive de morte, feitas por seu ex-companheiro, Senhor Fernandes dos Santos. No dia anterior, 29 de abril, seu ex-companheiro invadira sua casa e agrediu fisicamente ela e a filha menor. O ex-marido evadiu-se após praticar as agressões. A Sra. Terezinha foi socorrida no Hospital da Posse, levada por viatura policial. No mesmo Hospital estava também o agressor sendo atendido, pois se ferira no confronto com a ex-mulher e a filha dela, mas nada pode ser feito na ocasião, porque já não caracterizava flagrante. Depois de socorrida, a vítima foi conduzida à 58ª DP, no bairro da Posse (Nova Iguaçu, RJ), onde foi feito o Registro de Ocorrência nº 058-02296/2007.

Porém o agressor continuou a ameaçar a vítima por telefone e ela decidiu procurar a ComCausa para pedir ajuda, pois estava amedrontada, tendo sido

[13] A ComCausa está registrada sob o CNPJ 05.857.379/0001-74, com sede na Rua Ângelo de Jesus Proença, 253 - Posse - Nova Iguaçu - Telefone (21) 3102-5951. Site www.comcausa.org.br . A mensagem foi assinada pelo Sr. Adriano Dias, coordenador da referida ONG.

acompanhada à DEAM de Nova Iguaçu, para verificar se o Registro de Ocorrência (RO) feito na 58ª DP havia sido encaminhado para a referida Delegacia especializada no atendimento a mulheres. Mostrado ao policial de plantão o RO do dia anterior e feito pedido de novo registro de que as ameaças do agressor contra a Sra. Terezinha continuavam, afirmou ele que "por não ter se passado 48 horas da primeira ocorrência, o melhor seria retornar à 58ª DP e notificar a continuidade das ameaças do agressor" [14], o que foi feito. Novos elementos da continuidade do conflito foram relatados na 58ª DP, agregando que a vítima e sua filha estavam sendo abrigadas em casas de amigos e que D. Terezinha estava temporariamente impossibilitada de trabalhar, tanto por causa das lesões físicas sofridas, quanto pelo medo de ser abordada pelo agressor no trajeto de ida e volta ao trabalho. O policial de plantão disse que se aguardasse até o início do próximo plantão do Inspetor que registrou a queixa inicial, para que fosse feita a juntada da nova queixa. Ante o argumento de que a vítima corria risco, disse o policial: - "Se o agressor aparecer, ligue para 190 e peça socorro".

Prosseguindo o relato, diz a mensagem que na região da Baixada Fluminense existe cerca de 1 policial para cada 2.000 habitantes, o que permitia avaliar o tamanho do risco que D. Terezinha corria. Foi invocada a necessidade da proteção garantida pela Lei 11.340/07 (Lei Maria da Penha) à mulher vitimada por violência doméstica, mas ainda assim reafirmou o policial que naquele momento, nada poderia ser feito. Embora – comenta o relato - fosse uma segunda feira à tarde, em pleno horário de funcionamento da Delegacia. Diante disso o acompanhante da vítima, agente da referida ONG solicitou papel para, de próprio punho, redigir a nova queixa contra o agressor, assinada pela D. Terezinha. Porém, o policial de plantão argüiu, não haver autoridade presente para receber a nova queixa, que teve que ser protocolada como registro de atendimento nº 05807/03811-0, de 30/04/2007, lavrado às 16h38min. A ComCausa orientou D. Terezinha e a filha a não permanecerem na residência e a manter em contato permanente com a organização para que se articulasse o atendimento de seu caso com

[14] Entre muitos outros, esse é um procedimento bastante comum nas Delegacias Policiais, quando a queixa trata de violência contra mulher. Durante a investigação realizada em JECrims da Baixada Fluminense (2001/3) constatou-se, mesmo nas DEAMs, forte resistência de funcionários e de policiais (em geral, homens) no registro de ocorrências relativas à agressão contra mulheres. Se a queixosa insistia no registro, era comum solicitar que ela mostrasse os sinais da agressão, que, às vezes, estavam embaixo de suas roupas. Constatados os sinais da agressão, era requerido da queixosa que primeiro comparecesse a um posto médico ou fosse ao IML e voltasse à delegacia com a declaração médica. Indagado sobre o motivo do procedimento, respondeu um funcionário, que era para que a mulher tivesse tempo de se acalmar e, talvez, no caminho para o posto médico ou para o IML desistisse de retornar à delegacia para registrar a ocorrência.

autoridades e entidades oficiais destinadas a conceder-lhe a proteção que a lei Maria da Penha a ela assegurava.

D. Terezinha não conseguiu ser atendida de maneira urgente, na forma da lei, pelos órgãos policiais e judiciais. Mas, diz a mensagem, seu caso foi recepcionado pelo Centro de Direitos Humanos da Diocese de Nova Iguaçu, que lhe forneceu advogado para representá-la na Justiça.

Por fim, o relato assinala que, ao mesmo tempo em que a ComCausa concedia apoio a D. Terezinha, outra vítima, a Sra. Mila e sua filha procuraram a organização para buscar proteção contra o ex-marido que atirou álcool nas vestes de ambas, com a intenção de incendiá-las.

A mensagem ainda faz referência à gravidade da violência contra a mulher em Nova Iguaçu, que, segundo estatística do Instituto de Segurança Pública (ISP), do governo do Estado do Rio de Janeiro, detém o maior índice de violência contra a mulher fluminense[15]. E, registra brevemente recente caso de um ex-marido ciumento, que depois de praticar várias agressões contra a mulher, desde 2001 registradas na DEAM de Nova Iguaçu e, desde 2006, encaminhadas ao JECrim deste município, seqüestrou um ônibus, em setembro de 2006, em que a ex-mulher viajava juntamente com outros passageiros, ameaçando-a com uma arma durante o prolongado seqüestro da viatura. Porém, este delito fora cometido antes de 22 de setembro de 2006, quando a Lei Maria da Penha passou a vigorar, de tal modo que o agressor não será punido por este diploma legal, embora seja punido por outros delitos associados à agressão feita contra sua ex-esposa.

Pode-se dizer que as formas de institucionalização correntes na sociedade brasileira são bastante resistentes, especialmente aquelas que decorrem de tradição arraigada na formação sócio-cultural do Brasil. Exemplo disso são formas de discriminação e de violência contra a mulher, ainda existentes. Contrariamente, as instituições estatais têm demonstrado surpreendente fragilidade no combate às diferentes formas de violência recorrentes no país, cujos índices são reconhecidamente altos e resistentes a medidas estatais que as mitigue. Os JECrim tiveram essa oportunidade e ofereceram cenário bastante representativo da fragilidade institucional do estado no combate à violência doméstica. A debilidade de órgãos estatais para combatê-la e a resistência com que está arraigada na sociedade, permite admitir que dois

[15] Ver Miranda, Pinto e Lage (2006). *Dossiê Mulher*

movimentos de institucionalização estão em curso e em diferentes direções. Um deles internalizado tradicionalmente na sociedade onde os cidadãos - incluindo funcionários públicos e operadores – banalizam discriminação e violência contra a mulher. O outro, em atividades mantidas ou criadas pelo estado para combater a violência de modo geral e, em especial, a praticada contra mulheres.

Será que a Lei Maria da Penha alcançará seus propósitos, se mantida a vigilância das ações afirmativas que lhe deram vida e, com isso, conseguirá exercer controle sobre a violência contra a mulher? Ou, será ela apenas mais uma lei punitiva e ineficaz no combate desse tipo de violência?

Referências bibliográficas.

- ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de. Inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 à lei da violência doméstica: inconstitucionalidade material. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n.1324, 5 fev.2007. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9462 Acesso em 08/3/2007.

- AMORIM, Maria Stella de, KANT DE LIMA, Roberto e BURGOS, Marcelo Baumann, orgs. *Juizados Especiais Criminais, sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

- AMORIM, Maria Stella de. Juizados Especiais na região metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 17, ago/2006, pp. 107-131.

- ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez. Violência doméstica: lesão corporal leve de filho contra pai idoso. *Jus Navigandi,* Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9688 Acesso em: 22/04/2007.

- BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei "Maria da Penha". Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006 Acesso em: 02/05/2007.

- COMCAUSA. Disponível em www.comcausa.org.br. Acesso em 10/05/2007.

- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Maioridade e Cidadania. *Boletim do IBCCRIM*, n. 174, maio/2007. Disponível em www.ibccrim.org.br Acesso em 20/05/2007.

- JOVELI, José Luiz. Breves considerações acerca da Lei nº 11.340/2006. A questão da representação da ofendida. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1140, 15 ago. 2006.

Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8809 . Acesso em: 12/05/2007.

- KANT DE LIMA, Roberto; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. Guerra & paz na família: um falso armistício. *Insight Inteligência*, ano V, n. 17, abr/jun, 2002, pp. 98-110.

- LEI 11.340/07. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 08 de agosto de 2006.

- MIRANDA, Ana Paula Mendes; PINTO, Andréia Soares e LAGE, Lana, orgs. *Dossiê Mulher*, vols. 1 e 2. Arquivos disponíveis em www.isp.gov.br Rio de Janeiro: ISP, 2006. Acesso em 21/03/2007

- NOGUEIRA, Fernando Célio de Brito. Notas sobre a lei nº 11.340/06, que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1140, 15 ago. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8821. Acesso em: 12/05/2007.

- SNMT/CUT – Secretaria Nacional sobre a Mulher Trabalhadora. *A Lei Maria da Penha: uma conquista, novos desafios*. São Paulo: SNMT/CUT, mar/2007.

- TAYLOR, Charles (2000). A política do reconhecimento. In *Argumentos Filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, pp. 241-274.

DISFARCE E VIGILÂNCIA COMO ESTRATÉGIA JUDICIAL
DISGUISE AND VIGILANCE AS JUDICIAL STRATEGY

Maurício Gonçalves Saliba*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar e desvendar as práticas judiciais de controle da criminalidade infantil, fundamentada nos pressupostos educativos do Estatuto da Criança e do adolescente-ECA. As fontes de dados desta dissertação foram os processos de execução das medidas socioeducativas de Liberdade Assistida do ano de 1992, da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Santa Cruz do Rio Pardo, Estado de São Paulo. Através deles pode-se verificar que as práticas do Poder Judiciário contra os adolescentes infratores em liberdade não promovem a ação educativa presente no discurso oficial e no próprio Estatuto: formação para a cidadania e superação da exclusão; mas, pelo contrário, dissimulados pelo caráter educativo e terapêutico de suas ações, que proporcionam a coerção necessária para evitar e inibir qualquer reação, têm como estratégia a vigilância do infrator e de sua família e a normalização de seu comportamento. Executada pelos seus técnicos (psicólogos, assistentes sociais e educadores), penetram, sem resistência, na privacidade familiar e na intimidade de seus membros, promovendo uma intervenção pedagógica normativa, cuja estratégia é normalizar o comportamento do adolescente infrator, tornando-o dócil e útil à ordem social capitalista e vigiá-los. Dessa forma, o escopo educativo do ECA tem por finalidade camuflar a estratégia pedagógica judicial de normalização coercitiva do comportamento dos adolescentes infratores e a vigilância constante, que se expressam através do exame individual.

PALAVRAS-CHAVES: ADOLESCENTE INFRATOR; CRIMINALIDADE.

ABSTRACT

The present text aims to disclose the juridical procedures for child criminality control, which are based on the precepts of the “Estatuto da Criança e do Adolescente” –ECA. The lawsuits adopting the legal device called “Liberdade Assistida” as reeducation measures in the year of 1992 of the under age juridical board at the law court of the county of Santa Cruz do Pardo, São Paulo State, served as the data source for this study. The analysis of these data showed that the measures taken by the Judiciary concerning the reeducation of the under age lawbreakers at large do not promote the officially claimed reeducation as outlined in the ECA, that is, the building up of citizenship and the overcoming of social exclusion. Instead, concealed in the upbringing and therapeutic natures of the actions that provide the necessary coercion to avoid and to prevent any reaction, these procedures enclose the strategy of putting the lawbreaker and his family under surveillance, as well as the ruling of his behavior. Performed by technicians (psychologists, social advisors, etc.) who break in the familiarity

* Graduado em historia pela UENP, mestre e doutor em educação pela UNESP de Marilia-SP; professor de sociologia jurídica e assessor de pesquisa do Programa de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - FUNDINOPI – Jacarezinho-PR.

and the private life of the members of a family, bringing about a normative and pedagogical intervention aiming to rule the behavior of the under age lawbreaker, to tame him, and to make of him an useful member of the capitalist social structure. Accordingly, the upbringing purposes of the ECA aim to mask the juridical reeducation strategy of repressive ruling of the under age lawbreaker behavior and of intensive surveillance as well, which comes out as an individual examination in the attempt to foresee the behavioral potentiality.

KEYWORDS: TRANSGRESSING TEENAGER; CRIMINALITY

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar e desvendar as práticas judiciais de controle da criminalidade infantil, fundamentada nos pressupostos educativos do Estatuto da Criança e do adolescente-ECA. Pretende-se analisar e demonstrar como o escopo educativo do ECA dissimula uma ação de normalização coercitiva.

Sua relevância está na perspectiva de se fazer uma análise crítica das práticas judiciais com os adolescentes infratores, procurando desvendar o seu papel de controle social e mostrar seu real vínculo com o sistema capitalista. É de fácil percepção, nas análises dos processos de Atos Infracionais, que as medidas sócio-edutativas que não lograram seu objetivo principal, de adestramento da conduta e correção moral, produziram, ao final, de diferente modo, um lucro para o sistema. Esse lucro, ou segundo objetivo oculto, é o de manter o adolescente infrator, bem como sua família, sob vigilância constante, eliminando-se o efeito da surpresa. Os "delinqüentes" que passaram para o registro criminal já foram previamente testados nos mecanismos disciplinares e, sendo refratários, ingressarão na história de delitos sob a vigilância policial. A atuação do judiciário, quando vista à distância, desconectada da história do poder, torna-se isenta, sem intenção política ou de dominação de classe. No momento em que esses processos são confrontados com a teoria, ou quando as práticas cotidianas de intervenção judicial são inseridas no contexto histórico das micro-estratégias de poder, é possível acompanhar e desvendar o plano de gerenciamento dessas ilegalidades, e enquadrá-lo dentro de uma ação política.

Dessa forma, esse projeto pretende colaborar modestamente com a discussão das práticas judiciais inserindo-as no contexto histórico e social e dissociando-a da análise simplista da “humanização das penas do sistema democrático”.

1 - DESENVOLVIMENTO

Parte-se do pressuposto que a surpresa a grande arma da criminalidade, sendo o anonimato a garantia de sua eficácia. Atualmente pode-se constatar esse fato: o famoso “11 de Setembro” foi o dia em que a superpotência mundial sucumbiu frente a um inimigo extremamente mais fraco, que se utilizou dessa estratégia tão eficaz quanto antiga: a surpresa. Anônimos, alguns terroristas conseguiram organizar e executar, dentro dos Estados Unidos, o maior ataque da história.

Conscientes do perigo do anonimato, a partir do século XIX organiza-se uma estratégia de defesa da ordem social, cujo principal instrumento era a vigilância individual. A ordem industrial capitalista não poderia sobreviver sem que todos os seus inimigos estivessem identificados e que sua maior arma, o ataque surpresa, fosse neutralizado. Para ser eficaz, a lógica deveria ser invertida, era o inimigo quem deveria ser surpreendido. A nova racionalidade do poder deveria ser a de se antecipar ao crime, através da vigilância individual. A “sociedade da vigilância” deveria se estabelecer através de uma forma de estratégia social onde todos pudessem estar todo o tempo sendo vigiado e examinado.

A grande questão era: como reorganizar a classe popular, sem a repressão puramente física, já que a economia industrial necessitava da conservação e manutenção dessa mão-de-obra? A reposta foi: fazendo com que os pais vigiem e disciplinem seus filhos.

A estratégia mais eficaz de manutenção da ordem social capitalista foi a organização da vigilância e do exame individual através das famílias que, por outro lado, também deveriam ser vigiadas. Considerando a poderosa influência do pensamento filosófico liberal no século XIX, a intervenção não se podia dar de forma estatal, mas deveria partir de ações de cunho privado. Por isso, a filantropia, que se dava fora da atribuição do Estado, foi a maneira de intervenção mais eficaz nessa missão de dominação, pacificação e integração social. Havia uma certeza para os filantropos daquela época, que o trabalho infantil, a promiscuidade, as condições de higiene pública e privada, o nomadismo em busca de trabalho, enfim, as crianças famélicas e raquíticas andando em bandos pelas cidades produziam um contágio fácil com a desordem e a revolta. No momento em que a criança mais precisa de vigilância ela está entregue às ruas ou ao trabalho irregular.

Baseando-se no princípio da vigilância, como forma de se evitar os riscos das revoltas e da criminalidade, a criança deveria ser alvo de toda a ação de controle. A preparação do adulto útil e dócil ao sistema deveria se iniciar com a “educação” das crianças. É nesse momento que, nos países industrializados, se difundem as escolas laicas, públicas e obrigatórias, tendo como uma de suas finalidades a difusão de uma moral mais rígida, bombardeando para dentro das famílias, através da criança, as normas de bons hábitos, comportamentos sadios, higiênicos e disciplinados, introduzindo no lar a “civilização dos costumes”. É notório na França a explosão de leis de proteção à infância que se inicia na

década de 1840 e paulatinamente se difunde por toda a Europa: 1840/1, lei do trabalho de menores; 1850, lei sobre a insalubridade das moradias; 1851, lei sobre o salário de aprendizagem; 1876, lei sobre a vigilância das nutrizes; 1874, lei sobre a utilização de crianças pelos mercadores e feirantes.

Os filantropos deveriam ensinar as virtudes, a higiene e as normas de comportamentos às famílias, ao mesmo tempo em que examinam os indivíduos e suas condições de vida. Ao contrário de reprimir, gerir a população através da difusão de normas de comportamento e de moralidade. Para DONZELOT (1986), a valorização da família e da criança, a partir do século XIX não poderia ser atribuída ao triunfo da modernidade ou ao progresso da civilização, mas sim como resultado de uma estratégia de controle.

> "(...) De modo que se poderá tentar compreender a liberalização e a revalorização da família, que irão se desenvolver no final do século XIX, não como o triunfo da modernidade, a mutação profunda das sensibilidades, mas sim como o resultado estratégico da acoplagem dessas duas táticas filantrópicas" (DONZELOT, 1986, p. 58).

As "duas táticas filantrópicas" da qual o autor se refere são as linhas pelas quais a filantropia se efetiva. A primeira delas é a *assistencial*, através do "ensino das virtudes, fornecendo conselho eficaz em vez de caridade humilhante e promovendo a autonomia familiar". A segunda é a que ele chama de "*médico-higienista*", que se baseia na necessidade de conservação da população e que se dará por meio da educação dos costumes de higiene. Às famílias seriam atribuídas as responsabilidades da tarefa de disciplinar e normalizar o comportamento de seus membros e de organizar sua subsistência. A idéia central foi a de que controlando a "infância perigosa" evitava-se o eventual adulto criminoso. Em 1889, na França, surge uma lei que determina serem os pais e mães, que por algum motivo comprometam a segurança, a saúde e a integridade física e moral de seus filhos, destituídos de seus direitos de pátrio poder, podendo o Juiz confiar a guarda da criança a uma instituição filantrópica ou a terceiros. Em 1898 e 1912 surgem leis que iriam organizar progressivamente uma transferência de soberania da família moralmente insuficiente para o corpo de notáveis filantropos, magistrados e médicos especializados na infância.

Nota-se que em nome da segurança e da integridade física da criança, organiza-se um sistema contínuo de vigilância que, através das leis editadas pelo Estado, permitem aos agentes das normas de saúde e educação, penetrarem legalmente na família e tornarem-se intercessoras entre ela e a justiça. O século XIX foi, portanto, o momento de organização e definição das políticas de controle das famílias e da infância. A edição das normas sanitárias e

educativas propiciou ao movimento assistencial a legitimação de sua ação. Contra a força ameaçadora do anonimato e da surpresa, a estratégia da "vigilância filantrópica" recebeu grande apoio do Estado por meio das leis. A vigilância das famílias pobres, alicerçadas no ideal da educação, da higiene e da normalização dos comportamentos, possibilitou a difusão das normas e manteve o Estado liberal, de característica não intervencionista, afastado da intervenção direta. Essa iniciativa, incitava a família a reforçar seus laços e controlar seu o comportamento de seus membros para que não sofressem a intervenção normativa e corresse o risco da suspensão do pátrio poder.

> "A habitação do pobre não escapará ao desejo de disciplinarização do proletariado manifestado pelos dominantes. Na moradia operária, a burguesia industrial, os higienistas e os poderes públicos visualizam a possibilidade de instaurar uma nova gestão da vida do trabalhador pobre e controlar a totalidade de seus atos, ao reorganizar a fina rede de relações cotidianas que se estabelecem no bairro, na vila, na casa e, dentro desta, em cada compartimento. Destilado o gosto pela intimidade confortável do lar, a invasão da habitação popular pelo olhar vigilante e pelo olfato atento do poder assinala a intenção de instaurar a família nuclear moderna, privativa e higiênica, nos setores sociais oprimidos" (RAGO, 1985, p. 163).

A palavra de ordem era gerir a vida dos trabalhadores. O modelo da família nuclear burguesa, centrada em si mesma, que funcionava como um pequeno tribunal que julgava e punia seus membros nos comportamentos desviantes, foi aos poucos incorporada pelas famílias populares. Para que continuasse com sua autonomia a família deveria controlar e regular a vida de seus filhos, mantê-los dentro de casa, combater o ócio, afasta-los das "más companhias" e estimular sua higiene. Em suma, a intimidade do lar deveria propiciar o cuidado físico dos filhos e prevenir as perigosas conseqüências políticas da pobreza e da miséria. Assim, o novo papel da família, organizado pelos médicos higienistas e filantropos[1], será, através da disciplina, o de vigiar, corrigir e reeducar, organizando o tempo e tendo como objetivo treinar as pessoas para obedecer e produzir uma individualidade dócil e eficiente. O indivíduo normalizado e disciplinado é aquele que foi domesticado e o disciplinado para o trabalho e a vida na sociedade industrial capitalista.

[1] Entre uma série de profissões ligadas ao trabalho social que surgem no século XIX, está o de assistente social.

Essa estratégia de controle social será lastreada na proteção da infância. As famílias passavam por um verdadeiro saneamento moral a fim de se descobrir indícios de se estar gerando eventualmente o futuro marginal. Todo esse trabalho visava reduzir o recurso ao judiciário e penal. O escopo educativo e terapêutico propiciava uma intervenção profunda na intimidade familiar. A colaboração entre justiça e filantropia produziu um sistema semelhante à nossa atual liberdade vigiada.

Durante todo o século XIX o Tribunal de Menores organizou sua estratégia na prevenção, baseando-se nos pressupostos do controle e da vigilância. A edição das normas sanitárias, educativas e morais, conforme vimos anteriormente, propiciaram ao movimento assistencial a legitimação de sua ação. Isso possibilitada a filantropia uma forma de intervenção alicerçada no ideal da normalização, possibilitando a difusão das normas. Por esses mecanismos de controle, as famílias populares aditam de forma coercitiva as características de higiene, educação e vigilância. Um lar que não se estruture dentro dessas regras pode ser considerado virtualmente como um perigo à ordem social. Quando detectada uma "família de risco", com as características definidas pelos especialistas[2], instaurava-se uma infra-estrutura de prevenção pela qual se dava uma ação "educativa" que pudesse reter a criança aquém do delito. A "família de risco" passava por um verdadeiro saneamento moral, a fim de se descobrir indícios de se estar gerando o futuro delinqüente. Por conta dessa estratégia, o recurso repressivo policial e judiciário seria poupado para os casos que extrapolassem a prevenção regenerativa da educação normalizante. Por essa intervenção a família seria incitada a adotar os procedimentos normalizantes que deveriam interiorizar na criança as normas sociais e os preceitos morais, tornando-a preparada para viver numa sociedade industrial capitalista e transformando futuramente em mão de obra para as industriais. Jurandir Freire Costa tem uma definição precisa do que seja o indivíduo normalizado.

O indivíduo moralmente apto a conviver neste sistema é aquele que se regule: em primeiro lugar pelo hábito criado pela mecânica dos gestos e condutas; em segundo lugar, pela culpa, pelo sentimento de desvio moral com relação ao social; em terceiro lugar, pelo julgamento de seus pares e iguais. Primeiro sistema de regulação cria consciência de que todos os predicados sentimentais, físicos e sociais são ahistóricos. O adulto domesticado por essa técnica não conseguem imaginar que sua vida e seu modo de ser foram socialmente produzidos com fins político-econômicos precisos. (...) O indivíduo assim formado tende a reagir, diante de qualquer reação afetiva ou comportamental discordante de

[2] Já no final do século XIX esses especialistas eram pessoas cujas profissões estavam ligadas ao trabalho social.

seu meio, com uma extrema sensação de desconforto e aflição. Qualquer dissintonia experimentada com relação aos valores socialmente canonizados é, em princípio, culpa sua".

Destarte, o lugar privilegiado pela ação judicial é o meio social em que o adolescente e sua família encontram-se inseridos. Ao contrário das pesquisas tradicionais, que priorizam o trabalho de controle comportamental nas instituições, para que se possa avaliar a intervenção judicial como um todo, é necessário seguir seu trajeto através dos processos dos infratores em liberdade. A medida de internação representa o último ato da batalha do controle versus delinqüência.

Verificando criteriosamente esses processos (Atos Infracionais), revela-se uma ação minuciosamente desenvolvida de controle e exame das ilegalidades. O adolescente infrator, quando detectado, aciona um dispositivo de segurança que o cercará de uma vigilância constante. Essa vigilância se expressa através do exame.

> "O tribunal de menores não julga, efetivamente, delitos, mas examina indivíduos. É a desmaterialização do delito que coloca o menor num dispositivo de instrução penal interminável de julgamento perpétuo" (DONZELOT, 1986, p.104).

O exame é o instrumento pelo qual toda a ação judicial vai se dar. Quando detectado um ambiente impróprio para o desenvolvimento da criança, existindo o risco de um futuro desvio comportamental, expresso no desrespeito às normas e regras sociais, esse dispositivo é acionado e todo o mecanismo judicial de controle é ativado, tendo à frente os técnicos responsáveis pela observação minuciosa do indivíduo e seu meio. O conceito subjacente a essa ação é que, mormente a grande maioria dos infratores serem provenientes da camada empobrecida da sociedade, nem todo pobre comete crime. Partindo deste princípio, a pobreza em si não explica o comportamento divergente. Dessa forma, existe "algo" de errado com o adolescente infrator, e esse "algo" é sua educação, seu caráter, seu psiquismo e principalmente seu desejo (Foucault, 1978). O caráter é construído através de inúmeros aparelhos (escola, família, trabalho) que tem como finalidade disciplinar seu comportamento, reduzir os desvios. Esses aparelhos só são eficazes quando funcionam em conjunto e permeiam toda a vida do indivíduo, não deixando qualquer espaço livre do controle e da vigilância. O exame vai proceder a uma avaliação completa do infrator, de sua família e seu meio social a fim de identificar exatamente qual a origem do comportamento desviante. A origem do problema comportamental pode estar nos aparelhos disciplinares, destinados a procederem à correção moral do indivíduo.

É importante salientarmos o que são os aparelhos disciplinares. Destinadas às crianças, entendemos como principais aparelhos a família burguesa, a escola e o trabalho, que têm como finalidade última produzir o que Foucault chama de "indivíduos normalizados". No interior deles funciona como repressora, toda uma micropenalidade do tempo, da atividade, da maneira de ser, do gesto. Qualquer desvio deve ser punido e corrigido, e todo comportamento adequado recompensado e sancionado. Dentro delas, as normas que são estabelecidas, os exames, as classificações, as punições disciplinares, penalizando tudo que está inadequado à regra e todos os desvios. Essas micropenalidades normalizadoras, fazem parte do controle por que passa o indivíduo desde seu nascimento, tornando-o adaptado às normas de comportamento exigidas pelo sistema capitalista. Esses aparelhos têm, como regra de funcionamento, um conjunto de práticas de normalização cujo objetivo é a produção do normal. O normal é sustentado por um conjunto de conhecimentos ancorado em saberes, tais como o psicanalítico, psiquiátrico, e sociológico, na medida em que fixa critérios racionais que aparecem como objetivos e, ao mesmo tempo, está ancorada no poder, na medida em que constitui os princípios de regulação da conduta segundo os quais funcionam as práticas sociais de disciplina. O poder deixa de ser exterior aos sujeitos para fazer-se interior ao próprio processo de aprendizagem, desaparecendo as penalizações exteriores. (SILVA, 1994)

> "O indivíduo moralmente apto a viver neste sistema é aquele que se regule: em primeiro lugar, pelo hábito criado na mecânica dos gestos e condutas; em segundo lugar, pela culpa, pelo sentimento de desvio moral com relação ao social; em terceiro lugar, pelo julgamento de seus pares ou iguais". (Costa, 1987).

Têm como pressuposto básico o enquadramento moral das crianças, aceitação do valor do trabalho e respeito à propriedade, integrando-os à ordem política característica do capitalismo industrial. Como conseqüência, a escola, além da transmissão de conhecimentos, tem como função mais importante a manutenção da ordem social e evitar que os conflitos sociais ocorram. Através do autodisciplinamento, os estudantes conservam a si e os outros sob controle e vigilância, funcionando como repressora toda uma "micropenalidade do tempo (atrasos, ausências) da atividade (desatenção, negligência, falta de zelo), da maneira de ser (grosseria, desobediência), dos discursos (tagarelice, insolência), do corpo (atitudes "incorretas", gestos não conformes, sujeira), da sexualidade (imodéstia, indecência), que vão de castigos físicos leves a privações ligeiras e a pequenas humilhações" (Foucault, 1987). Os indivíduos são conduzidos à padronização da conduta, transformando o desejo de infracionar em anormalidade e desvio de conduta.

Dessa maneira, os psicólogos, assistentes sociais são os técnicos da disciplina, encarregados de avaliar, através de seu saber normalizante, a fissura do controle e reconduzir o infrator ao maquinário de ortopedia moral. Elaboram um minucioso estudo, possibilitando ao **"**olho do poder**"** penetrar profundamente na intimidade da vida do adolescente e sua família.

> "ESTUDO SOCIAL. E. (menor), procede de família desagregada há 9 anos, em virtude da separação dos pais, motivada pelo adultério da genitora. A avó paterna foi quem cuidou de E. desde 1 ano de idade e esta veio a falecer, há 2 anos atrás. O genitor é portador de seqüelas na coluna devido ao excesso de peso, porque trabalhou muito tempo na função de saqueiro, sem possuir estrutura física para este tipo de serviço. Ele anda com muita dificuldade (...). Residem em casa alugada, construída em alvenaria, composta de: quarto e banheiro. O ambiente é muito escuro, pouquíssimo ventilado e até sufocante, embora limpo. A genitora está residindo em Pederneiras, onde possivelmente é proprietária de uma quitanda.(...) O adolescente em questão se mostra penalizado com os problemas do genitor, mas alega que não agüenta ficar o dia todo cuidando dele (...). E. está trabalhando como servente de pedreiro, percebendo R$8,00 por dia. Considerando-se que E. não tem recebido limites em sua educação, tem se recolhido tarde da noite(...). Percebe-se que ele tem boas perspectivas de mudança comportamental, se retirado com urgência do meio nefasto em que se encontra, por isso somos favoráveis ao seu encaminhamento à unidade Educacional de Iaras ou Batatais. (a) Assistente Social."

O caráter terapêutico oculta a violência da invasão permitindo uma incursão ilimitada da vigilância e do poder. A partir desse momento, o adolescente infrator e sua família, sem capacidade de reação, inserem-se no sistema de vigilância judicial.

Através da aplicação das medidas sócio-educativas os técnicos judiciais testarão o adolescente infrator nas instituições disciplinares e acompanharão o processo de "normalização" de seu comportamento. Ele é cercado por três instâncias estratégicas: o judiciário, o psiquiátrico e o educacional. A família será reordenada e normalizada, tornando-se um aparelho eficiente de vigilância e controle, para receber e redisciplinar o infrator. Aos poucos, o adolescente vai sendo reconduzido às instituições disciplinares e, ao mesmo tempo, testado sob a possibilidade de adequação às normas de comportamento.

> "(...) Relatório de Acompanhamento de Liberdade Assistida: (...) No segundo contato com o jovem R.C.C. relatou que estava decidido a não cometer atos infracionais. Está iniciando um curso de informática que será realizado aos sábados; foi aprovado e providenciou a matrícula escolar para o próximo ano.(...) Alegou que às vezes desanima do padrão de vida que leva (...); percebemos que é um adolescente de temperamento forte e não foram impostos os limites necessários para a sua criação. É um jovem trabalhador, não falta ao serviço e tem um relacionamento satisfatório com os companheiros de trabalho. Quanto às medidas impostas (...) alegou estar cumprindo à risca. (a) Assistente Social. 11/12/92." *(processo de execução de medida sócio-educativa n.º 377/92 de R.C.C., p. 14)*

O perigo está na vacuidade. Se a família não vigiar a criança o judiciário o fará. O adolescente infrator só se libertará dessa ortopedia moral gerenciada pelo judiciário, após sujeição às normas e a conseqüente normalização de sua conduta. Os refratários, estarão numa orientação irreversível para a delinqüência, e serão vigiados até a idade adulta, perdendo o espaço da ilegalidade quando, sem surpresa para o sistema, efetuarão a passagem do registro tutelar para o penal. Esse olho do poder na privacidade familiar torna previsível o futuro criminoso.

Percebemos que o Poder Judiciário tem o papel legitimador do trabalho de vigilância, no exame e controle normalizador. Segundo Donzelot (1986), ele outorga poder aos técnicos para afastar a autoridade paterna, sendo a viga-mestre do sistema pois tem um papel intermediário de garantir e ratificar o trabalho da instância distribuidora de normas, conferindo-lhe autoridade e capacidade de coerção necessária ao seu exercício, filtrando os produtos negativos do trabalho de normalização. Ao contrário da ostentação policial, essa técnica mobiliza o mínimo de coerção, para obter o máximo de informação.

> “Nesse sentido, pode-se dizer que é o aparelho judiciário que fabrica seus delinqüentes, já que aqueles que passaram do registro tutelar para o registro penal, e que constituem uma grande parte dos delinqüentes adultos, foram preliminarmente testados como refratários à ação normalizadora. Essa filtragem orienta para uma carreira de delinqüência aqueles que não quiseram jogar o jogo” (DONZELOT -1986, fls. 104/5).

Portanto, evidencia-se que os técnicos judiciais têm como principal estratégia a normalização do comportamento e a vigilância dos infratores. Eles transmitem às “famílias de risco” normas para vigilância e controle do comportamento de seus membros, corrigindo as anormalidades e os desvios e, ao mesmo tempo, certificam-se de que o adolescente infrator está sendo encaminhado e testado nos aparelhos disciplinadores onde estarão sob constante avaliação, exame, registro e vigilância, para uma reorientação da conduta, regendo e adestrando o comportamento para uma vida resignada e útil ao sistema.

2- CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Por tudo isso, o desmascaramento dessa estratégia coercitiva de vigilância, travestida pelo seu caráter terapêutico, deve ser parte do estudo atual sobre a violência contra a criança. O enquadramento social por que passa o adolescente em conflito com a lei não tem por finalidade intrínseca ou, ao menos como conseqüência objetiva, a geração de cidadãos participativos e conscientes, mas uma ortopedia moral de controle comportamental, onde a produção de adultos dóceis e subservientes, para a manutenção da ordem social, é a finalidade última. O indivíduo normalizado é aquele em que os eventos de sua vida miserável continuam os mesmos, mas sua resposta comportamental agora é outra. Seu impulso contra a ordem foi canalizado para dentro de si, onde agora é travada a batalha entre o “normal” e o “delinqüente”. O que realmente importa ao sistema judicial é se antecipar ao eventual criminoso através da vigilância proporcionada pela ação dos técnicos judiciais frente aos adolescentes infratores. Um projeto alternativo deve levar em conta as condições de integração social do adolescente infrator, com a efetiva superação da sua condição de exclusão, e o estabelecimento de condições para que ele tenha um projeto de vida. Esse projeto deve ser repensado, levando-se em conta a necessidade de inserir o adolescente em um meio que valorize a atividade construtiva e criativa de experiências cotidianas positivas, fonte de prazer e de satisfação.

A cidadania ideal é aquela que proporcione ao adolescente: capacidade de compreender as causas de sua dominação; desejo de participar da solução dos conflitos da sociedade; capacidade de exigir uma nova ordem social e ética e o questionamento dos valores que sustam a ordem social.

Como se percebe pela análise dos relatórios, a educação para promover esse modelo ideal de cidadania está divorciada da prática pedagógica judicial.

Enfim, reeducá-lo através de experiências positivas de vida para que se obtenha a resposta comportamental adequada. Esse comportamento só pode se estabelecer quando o indivíduo tiver compensações positivas pelo respeito às normas sociais. É

impossível pensar um projeto alternativo que dissocie as necessidades educativas das condições materiais dos adolescentes infratores. As experiências positivas de vida não surgem num meio onde não se pode pensar em outra coisa a não ser na luta pela sobrevivência, realizada através de trabalho alienante e mal pago.

Enfim, é necessário conscientizar os técnicos judiciais (psicólogos, assistentes sociais e educadores) do papel político de controle social que desempenham, e reabrir o debate sobre as formas de reintegrar socialmente o adolescente infrator, através de um novo projeto de vida. Os educadores têm o dever de denunciar quando a educação não estiver sendo usada como forma de evitar a exclusão ou a serviço ideológico dos que pretendem permiti-la e camuflá-la. Esse projeto pode parecer utopia, mas, como disse LOBROT (1992), "o essencial é querer a mudança e procurar fórmulas válidas que permitam sua realização".

REFERÊNCIAS:

ANTUNES, J.L.F. **Medicina, leis e moral**. São Paulo: Unesp, 1998.

ARIÉS, P. **História Social da Criança e da família**. Rio de Janeiro: Guanabara, 2º ed.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BRESCIANI, M.S.M. **Londres e Paris no século XIX: o espetáculo da pobreza**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

COSTA, J. F. **Ordem Médica e Norma Familiar**. Rio de Janeiro: Graal, 3ª ed. 1987.

DONZELOT, J. **A Polícia das Famílias**. Rio de Janeiro: Graal, 2º ed. 1986.

ELIAS, N. **O Processo Civilizador**. Vol. 2, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

_____ **O Processo Civilizador**. Vol. 1, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Trad.Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir, história das violências nas prisões**. Rio de Janeiro: Vozes, 9ª ed. 1987.

_____ **A verdade e as forma jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 9ª ed. 1999.

LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

RAGO, M. **Do cabaré ao lar: a utopia da cidade disciplinar**. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

O PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO OCIDENTE: PERSPECTIVAS SOBRE A AÇÃO RACIONAL E A ALTERAÇÃO DOS TIPOS PENAIS.

Nadine Monteiro Borges

RESUMO

O presente trabalho constitui uma tentativa de aproximar o pensamento sociológico de Max Weber, com acontecimentos reiteradamente divulgados na imprensa brasileira, que subsidiam e antecedem a alteração de tipos penais, a partir de "crimes" que causam grande comoção pública e privada. Veja-se o exemplo da recente campanha pela redução da idade penal (assassinato do menino João Hélio) e outros antecedentes como a lei dos crimes hediondos (assassinato da atriz Daniela Pérez), ambos crimes divulgados de forma orquestrada pela imprensa. Esse último caso é utilizado como pano de fundo, para situar o caráter contemporâneo da teoria social de Max Weber, no tocante à racionalização do direito nas sociedades ocidentais. Nesse cenário, valer-se do estudo das estruturas e leis sociais, é fundamental para envolver as semelhanças entre, os mecanismos de ordenação do direito e da comunidade e, conseqüentemente, compreender um pouco mais como se dá o controle social através do direito. A concepção de Weber em relação às diversas formas de racionalidade que o direito pode assumir é utilizada para enfrentar esse debate, uma vez que estas, estão condicionadas às peculiaridades dos grupos de pessoas que influenciam na formação e criação do direito.

PALAVRAS-CHAVES: RACIONALIZAÇAO DO DIREITO; MAX WEBER; TIPOS PENAIS; REDUÇÃO DA IDADE PENAL; AÇÃO RACIONAL.

RESUMEN

Este articulo es un intento de acercar el pensamiento sociológico de Max Weber con hechos sucedidos y reiteradamente noticiados en la prensa brasileña, los cuales dán subsidio y anteceden a la alteración de los tipos penales, a partir de "crímenes" que provocan gran conmoción publica y privada. Vea-se el ejemplo de la reciente campaña por la reducción de la mayoridad penal (el assessinato del niño João Hélio) y otros anteccedentes como la ley de los crimenes hediondos (assessinato de la actriz Daniela Pérez). Estos dos crímenes fueran noticiados de manera orquestada por la prensa. El primer caso és utilizado como tela de hondo para localizar el caracter contemporáneo de la teoria social de Max Weber en respecto à la racionalización del derecho en las sociedades occidentales. En este encenario, el estudio de las estructuras y leyes sociales

es fundamental para involucrar las semejanzas entre los mecanismos de ordenamiento del derecho y de la comunidade y de como opera el controle social através del derecho. La concepcción de Weber con respecto a las distintas formas de racionalidad que el derecho puede assumir es así utilizada para enfrentar este debate, una vez que estas distintas racionalidades están condicionadas a las peculiaridades de los grupos de personas que influencian en la formacción y creacíon del derecho.

PALABRAS-LLAVES: RACIONALIZACCIÓN DEL DERECHO; MAX WEBER; TIPOS PENALES; REDUCCIÓN DE LA EDAD PENAL; ACCIÓN RACIONAL.

INTRODUÇÃO

O estudo da sociologia do direito constitui importante ferramenta para análise de situações atuais e permite compreender o direito não apenas como um produto das relações sociais, mas como um reflexo das condições sociais e históricas do "ser". Propomos inicialmente um estudo da sociologia do direito a partir do pensamento de Max Weber como um dos autores que construíram os alicerces da sociologia do direito.

O conteúdo e a complexidade do capítulo sobre sociologia jurídica, inserido na obra Economia e Sociedade, revelam o quão árdua é a tarefa de proceder a uma tentativa de aproximar o pensamento sociológico de Max Weber, com acontecimentos reiteradamente divulgados na imprensa brasileira. Nosso trabalho pretende demonstrar a relação entre a racionalidade instrumental e a alteração legislativa de tipos penais a partir de "crimes" que causam grande comoção pública e "privada". Veja-se o exemplo da Lei dos Crimes Hediondos (assassinato da atriz Daniela Pérez) e a recente campanha pela redução da idade penal (assassinato do menino João Hélio no Rio de Janeiro) – ambos crimes divulgados de forma orquestrada pela imprensa, e mais especificamente, pelo monopólio de algumas emissoras de televisão.

Esses casos serão utilizados como pano de fundo para situarmos o caráter contemporâneo da teoria social de Max Weber no tocante à racionalização do Direito nas sociedades ocidentais. Este trabalho será norteado pela diferenciação que Max Weber faz entre a

racionalização das ações dos indivíduos e a evolução da civilização ocidental. Buscaremos, dentro do possível, compreender que o direito – aquele que nos é apresentado - não significa uma suposta forma acabada e perfeita e tampouco, representa a "expressão do processo da racionalização peculiar das sociedades ocidentais". (MELLO, 2004:215).[1]

Nossa proposição privilegiará os indícios encontrados em "Economia e Sociedade" dos conceitos de razão e historicidade e, certamente, incluirá outras referências teóricas ao longo do trabalho visando complementar essa tentativa de aproximar Weber e sua análise da sociologia do direito nos dias atuais.[2] Além de Weber, podemos incluir as interpretações de Niklas Luhmann e Jürgen Habermas sobre o direito, pois todos esses autores são marcos teóricos da sociologia do direito e suas contribuições também permitem uma compreensão de que o direito não pode, e nem deve, significar um monopólio de conhecimento.

Nesse cenário, a sociologia jurídica estuda a relação entre os mecanismos de ordenação do direito e da comunidade, e, conseqüentemente, a relação entre diversos setores da ordem social com o direito. As estruturas normativas e os efeitos das normas jurídicas são importantes instrumentos para o estudo dos modos de ação e de comportamento, e, neste sentido, para compreender o controle social através do direito.

Dentro do amplo terreno, no qual a sociologia compreensiva de Max Weber está inserida, é por meio da sociologia do direito – através do estudo das estruturas e leis sociais - que podemos alavancar uma interpretação empírica dos fenômenos reais, ou seja, entender um pouco mais a questão dos comportamentos "desviantes". (BARATTA, 2002: 21).[3]

---

[1] MELLO, Marcelo Pereira de. *Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópio.* Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004.
[2] WEBER, Max. Economia y Derecho (Sociologia del Derecho). *Economia y Sociedad – Esbozo de Sociologia Comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. Madrid: 1993.
[3] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª. Edição. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: 2002.

DESENVOLVIMENTO

1. Direito Público e Direito Privado

Ao descrever sobre a diferenciação entre direito público e privado, Weber demonstra que essa distinção era desconhecida das práticas penais primitivas, conforme aqui transcrito:

> "La fé mágica es una de las fuentes originarias del "derecho penal", en oposicion al "civil". La distincion que en la actualidad suele establecerse relativamente a estas dos ramas del derecho es la siguiente: en el caso del derecho penal se trata de garantizar un interes público, ya sea moral o utilitario, haciendo que los órganos del estado impongan un castigo, de acuerdo com un procedimiento preestablecido, al violador de determinadas normas objetivas; mientras que tratándose de pretensiones jurídicas privadas, la salvaguarda de las mismas es confiada a la víctima y la violación no tiene como consecuencia una pena, sino el restablecimiento de la situación jurídica garantizada."(WEBER, 1993: 503).

Para contextualizarmos esse debate precisamos retomar brevemente as perspectivas que posicionam o direito penal dentro do direito público. Primeiramente, a referência de Weber quanto ao desconhecimento da distinção entre o público e o privado e, mais ainda, a própria inexistência de um direito penal, reforça o caráter de imperatividade imposto pelo Estado, através do monopólio punitivo, no processo histórico de reconhecimento do direito penal enquanto direito público. (BATISTA, 1996: 52).[4]

> "(...) en el seno de la comunidad doméstica, por otra parte, el castigo deriva del poder doméstico del señor (*dominus*). Los conflictos entre indivíduos pertenecientes a um mismo clan son resueltos por los ancianos. En todos estos casos, tanto el fundamento como la clase y medida de los castigos dependen del arbítrio de los que detentan el poder, razón por la cual no existe, propriamente hablando, un "derecho penal". (WEBER, 1993: 506).

[4] BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 3ª. Edição, 1996.

A distinção entre o direito público e o privado no processo histórico, não logrou êxito ao mascarar os interesses privados do patriciado, e assim, pela mediação do estado, os "interesses privados" converteram-se em "interesses públicos". Conforme descrito por Nilo Batista: "nada foi mais útil para a sobrevivência do patriciado do que o surgimento histórico do estado, e, neste sentido, nada nasceu mais privado do que o público". (BATISTA, 1996: 54).

A incorporação dos ditos "direitos subjetivos públicos" nos textos constitucionais, demonstra que a positividade jurídica - conferida pela burguesia – destruiu o absolutismo e atendeu aos direitos imediatos de seus interesses econômicos e políticos, e, neste cenário, os até então "direitos naturais", conquistaram a posição de direitos subjetivos públicos.

Nesse período das "revoluções", em especial a Francesa, o estado passou a desempenhar um papel regulador e houve uma conjuminância entre os grandes proprietários rurais, representantes da "sociedade civil" e a burguesia emergente. Trata-se, segundo Marx, do momento de usurpação dos direitos dos menos favorecidos. Ao pontuarmos essa questão[5] cumpre mencionar a argumentação de Marx referente as relações sociais como relações de poder. (BORGES, 2007: 3).

Nessa clivagem entre o direito público e o privado, na qual o sistema de vingança independia da intervenção do estado, ocorre gradativamente um fenômeno importante que influencia a consumação do direito racional ocidental. É oportuno mencionarmos que durante longos séculos, especialmente durante o exercício do poder feudal, havia uma confluência entre o *dominium* e o *imperium* e, somente com o declínio do poder absolutista, que o direito romano conseguiu alicerçar um pensamento "racional" ao definir como direito público aquele que tinha por base o *imperium* e, por direito privado aquele baseado no *dominium* .

[5] BORGES, Nadine Monteiro. Em defesa da política e da humanidade: contribuições de Karl Marx para as reflexões jurídicas contemporâneas acerca dos direitos humanos. Revista Sociologia Jurídica, 2007. (artigo aceito para publicação).

Durante o período das revoluções, entre os séculos XVII e XVIII, começa a consolidação do grande campo de atuação do direito privado - responsável por regular vários segmentos do direito – como por exemplo o direito de família e o direito das sucessões, enfim, um leque amplo de leis escritas que controlam o *dominium* (leia-se a propriedade). Estas revoluções liberais permitiram a nova classe burguesa o domínio dos locais em que o direito era produzido, tanto no parlamento (legislativo), quanto no governo (executivo).[6]

2. A Racionalização do Direito no Ocidente.

É importante enfatizar o período no qual Weber analisa a tendência de desenvolvimento do capitalismo ocidental. O conceito de racionalização[7] no ocidente se desenvolveu antes do capitalismo moderno e incorporou-se às esferas mais importantes da vida social e econômica. (GIDDENS, 1998: 55). Dentre alguns dos elementos destaca-se a formação da jurisprudência racional herdada do direito romano – um facilitador inquestionável da ascensão do capitalismo moderno.

A idéia de proteção dos bens jurídicos, através da legalidade e de outras garantias decorre, em certa medida, do enfraquecimento do absolutismo e do reforço da razão. O período de incorporação da lei racional é marcado por esse pensamento classificatório e enciclopédico e o desenvolvimento da "racionalidade técnica" estava vinculado às normas racionalizadas de "tipo legal". A construção de um pensamento jurídico formalmente racional contribuiu para diminuir o poder dos sistemas tradicionais de dominação. Somente no ocidente que ocorreu a criação de um *corpus* de leis racionais, e estas, só foram possíveis, em decorrência da "aliança entre o Estado Moderno e os juristas com o objetivo de fazer valer suas reivindicações de poder". (GIDDENS, 1998: 61).

> "De acuerdo com nuestra manera actual de pensar, la tarea de la sistematización jurídica consiste em relacionar de tal suerte los

[6] PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p.29.
[7] GIDDENS, Anthony. Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Tradução Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1998.

> preceptos obtenidos mediante el análisis que formen um conjunto de reglas claro, coherente y, sobre todo, desprovisto, em principio, de lagunas, exigência que, necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos bajo alguna de las normas del mismo sistema, pues, de lo contrario, este careceria de su garantia esencial."(WEBER, 1993: 510).

Segundo Weber a criação e a aplicação do Direito pode ser racional ou irracional. Adotando um ponto de vista formal, refere à irracionalidade presente na criação de normas, ou até mesmo na atividade judicial, quando se recorre a procedimentos não controlados racionalmente, por exemplo, através da consulta aos oráculos. Essas atividades são irracionais sob um aspecto material, quando a decisão dos casos depende de apreciações valorativas, éticas, sentimentais ou políticas e não de normas gerais. (WEBER, 1993: 511).

Uma aplicação do direito racional também possui um sentido formal e um sentido material. Veja-se que todo direito formal é também relativamente racional, pois tanto o jurídico material, quanto o jurídico processual, consideram as características gerais e "unívocas" dos fatos. Através desse formalismo Weber define dois aspectos: (i) "as características juridicamente relevantes são de ordem sensível e a sujeição a estas características externas representam o caso extremo de formalismo jurídico". (ii) "o formalismo absoluto da característica externa implica necessariamente casuísmo" e, somente com uma abstração interpretativa, torna-se possível a tarefa sistemática de ordenar e racionalizar, com ajuda da lógica, as regras jurídicas cuja validez se aceita, formando com elas um sistema coerente de preceitos abstratos. (WEBER, 1993: 511).

O exame minucioso feito por Weber sobre os poderes que influenciam na criação do Direito, suscita alguns postulados:

> "1) toda decision jurídica concreta representa la "aplicacion"de un precepto abstracto a un "hecho" concreto; 2) que sea posible encontrar, em relacion con cada caso concreto, gracias al empleo de la lógica jurídica, una solucion que se apoye en los preceptos abstractos en vigor; 3) el derecho objetivo vigente es un sistema "sin lagunas" de preceptos jurídicos o encierra tal sistema en

> estado latente o, por lo menos, tiene que ser tratado como tal para los fines de la aplicacion del mismo a casos singulares; 4) todo aquello que no es posible “construir”de un modo racional carece de relevância para el derecho; 5) la conducta de los hombres que forman una comunidad tiene que ser necesariamente concebida con “aplicacion” o “ejecucion” o, por el contrario como “ïnfracion” de preceptos jurídicos. (Aun cuando no *expressis verbis*, esta es la conclusion de Stammler; pues consecuencia de “la ausencia de lagunas del sistema jurídico” es la ordenacion jurídica efectiva del acontecer social.) (WEBER, 1993: 511).

Retomando ao objetivo deste trabalho e, antes de passar ao exame de um dos casos, descreveremos brevemente o problema de criação das normas jurídicas, mais especificamente, como surgem as novas regras jurídicas. Na atualidade, e entenda-se aqui por atual, todo o pensamento jurídico contemporâneo, desde a elaboração de Weber dos conceitos principais da sociologia do direito, as regras são formadas pelas leis, através de formas legitimas e válidas estabelecidas por uma constituição. No entanto, quando surgem novas condutas que conduzem a alterações no sentido do direito vigente, ou até mesmo, a criação de novos direitos, isto sempre é resultado da intervenção de diversas pessoas, pertencentes a categorias diferentes. (WEBER, 1993: 514).

A realidade demonstra que, as condutas sobreviventes, são aquelas capazes de representar melhores probabilidades para os interesses econômicos e sociais dos indivíduos. Segundo Weber, antes da presença dos aparatos coativos, inclusive antes da garantia de vingança do clã, a garantia “jurídica” já encontrava equivalente na probabilidade, outorgada ao “titular de um direito”, de encontrar ajuda contra o infrator.

> “el cambio de significacion del derecho vigente se produce entonces através de la actividad de los particulares interesados, o bien, como generalmente sucede, mediante la actividad de sus asesores profisionales; pero dicha actividad se ajusta siempre, de manera racional y consciente, a la expectativa de un determinado comportamiento de los tribunales”.(WEBER, 1993: 515).

Uma das abordagens feitas por Max Weber é a de que o Direito pode ser racionalizado em diversas formas, mas dependendo da direção, estas formas também estão condicionadas às peculiaridades dos grupos de pessoas que podem influenciar

profissionalmente na formação do direito. Nesse cenário, o campo do direito público reage sobre o direito privado, e aparece também como normas de defesa dos sujeitos privados contra a ação intromissora do estado.

3. A Ação Racional e a Alteração de Tipos Penais

Fizemos um breve apanhado histórico para situar a historicidade de alguns conceitos e compreender de forma um pouco mais presente a interferência do direito nas relações sociais. Ao situarmos uma "suposta evolução" desses conceitos, ficamos com uma sensação semelhante ao que David Hume escreveu há muitos séculos sobre "procurarmos em vão pela idéia de poder ou de conexão necessária em todas as fontes das quais podíamos supor que derivassem".

Quando pensamos no fenômeno da violência nos dias atuais, mais especificamente, sobre os fatos que nos apresentam como "mais um caso de violência", somos induzidos a associar o conflito entre as forças da polícia/estado e as forças dos bandidos. O que ocorre já não é mais novidade, e a história se repete de forma invariável nos noticiários diários sobre os crimes e, sobretudo, sobre a impunidade. O caso que elegemos para orientar nosso trabalho é apenas mais um desses exemplos, e, as reflexões sobre esses fenômenos da violência urbana envolvem quase sempre os mesmos personagens.[8]

A partir de alguns "crimes" citados no início deste trabalho, buscamos aproximar a relação entre a ação racional e a alteração de tipos penais. Para sustentar essa árdua tarefa, precisamos recorrer ao conceito de racionalidade explicado por Weber em sua sociologia compreensiva. A racionalidade é uma comunicação e, quando Weber fala da razão refere-se a um constructo humano, ou seja, é racional àquela ação que conecta meios e fins, portanto, racionalizar é o exercício de antecipar intelectivamente as possibilidades de atingir um fim. A razão para Weber consiste nesta racionalidade instrumental.[9]

[8] SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. Novos Personagens entram na Cena... *In* Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares. Organizado por Claudia Fonseca, Veriano Terto Jr e Caleb Faria Alves; Linda Rabben....(et al.). Porto Alegre: Ecitora da UFRGS, 2004. p. 134.
[9] MELLO, Marcelo Pereira de. *Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópio.* Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004. p. 227.

Ao analisarmos a abordagem que a imprensa brasileira fez do crime já mencionado: "assassinato do menino João Hélio", deparamo-nos com um dos tipos de direito referidos por Weber: o direito "irracional- material". Trata-se de um caso concreto alicerçado em avaliações sentimentais, em interesses políticos e econômicos específicos, enfim, baseados em critérios não jurídicos, para introjetar no "senso comum" a necessidade de redução da idade penal no Brasil. O caso obteve grande repercussão, a partir do infortúnio de um menino, e adotamos agora a nomenclatura jurídica: de um adolescente autor de ato infracional, que corroborou na execução deste crime ocorrido no dia 07 de fevereiro de 2007, no município do Rio de Janeiro.

Apontamos este exemplo, com o intuito de associar à divulgação do assassinato de um garoto de 6 anos, com uma campanha da imprensa (principalmente a televisiva) para alterar um tipo penal e diminuir a idade de imputação penal, a partir de um fato "comovente". Trata-se mais uma vez, de um exemplo prático, da conexão entre meios e fins - utilizado de forma muito racional pela imprensa.

O assassinato do menino João Hélio Fernandes teve a participação de 5 pessoas e, apenas um, era adolescente, ou seja, menor de 18 anos. A criança foi arrastada por 7 quilômetros, presa à um cinto de segurança, no banco traseiro de um veículo. Os envolvidos no crime estavam à pé e a mãe do menino em um "Corsa Sedan". Conforme noticiado na imprensa, os "bandidos", após o roubo, saíram de Oswaldo Cruz e percorreram algumas ruas até Cascadura, subúrbio do Rio de Janeiro, arrastando o garoto que estava pendurado no carro, causando sua morte. Após este percurso, os envolvidos no crime abandonaram o veículo e fugiram.[10]

O crime gerou uma grande comoção pública e a cobertura da imprensa foi extremamente tendenciosa, pois em qualquer menção do episódio, o que se tornou mais presente foi a participação de um adolescente. Em todas as matérias, sem exceção, houve um apelo por

[10] O conteúdo deste parágrafo foi amplamente divulgado na imprensa, mais especificamente, na Rede Globo, durante os dias subseqüentes à morte do menino.

uma reação social punitiva, um apelo contra sujeitos determinados: os adolescentes envolvidos em atos infracionais. Dentre as diversas abordagens, uma das mais recorrentes era vincular esses adolescentes e seus “comportamentos desviantes” como objetos da ação dos órgãos de repressão penal.

A presença diária na imprensa sobre os desdobramentos e as investigações do crime demonstraram o quão distante estão as instituições jurídicas do Estado frente à criminalização orquestrada pelos meios de comunicação. O estado em principio, e, somente como princípio, deveria proteger os direitos civis e políticos, além de conferir eficácia aos direitos sociais e econômicos. Essa fórmula de função do Estado é ensinada de forma exaustiva na formação dos “operadores jurídicos”, mas a realidade não permite sua concretização, o que é facilmente perceptível nas falas dos agentes estatais, em particular, dos delegados de polícia.

Os acontecimentos aqui relatados são exemplos reais da tendência atual de conferir ao Estado o exercício de funções punitivo-repressivas, em detrimento das garantias de direitos humanos fundamentais. Para concretizar esse plano, identificamos que a concepção de intervenção mínima do direito penal, da *ultima ratio*, é afastada gradativamente e, neste contexto, surgem as defesas por normas penais mais severas, pelo confinamento mais longo de adolescentes, enfim, uma campanha pela nova definição de tipos penais para culpar os pobres, ou seja, para que os “pobres coitados” sejam definitivamente transformados em “pobres culpados”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tentativa de aproximar a visão weberiana da alteração de tipos penais configura também uma tentativa de explicar a realidade social como algo construído dentro de uma realidade prática, inserida em todos os processos de interação que a caracterizam. Conforme descrito por Berger e Luckman, o homem da rua “habitualmente” não se preocupa com o que é “real” para ele e com o que “conhece”. Já o sociólogo, e aqui

incluímos também os estudiosos da sociologia jurídica, “devem perguntar porquê a noção de “liberdade” chegou a ser suposta como certa em uma sociedade e não em outra, como sua “realidade” é mantida em uma sociedade e como, de modo ainda mais interessante, esta “realidade” pode mais de uma vez ser perdida por um indivíduo ou uma coletividade inteira”(BERGER; LUCKMAN, 1985: 13).[11]

Quando pensamos nas normas e nos valores sociais que os indivíduos transgridem, e, principalmente, quando vemos esses “desvios” na imprensa, criamos uma opinião incapaz de separar o comportamento da ação e esquecemos que a ação é um comportamento que tem significado social. Devemos atentar seriamente à prática que estigmatiza, pois quando o adolescente é estigmatizado, o que a minoria branca de classe média quer é sua permanência no papel social, no qual a estigmatização o introduziu. [12]

A reação social gerada pelos atos “criminosos” representa um dos efeitos da perturbação da ordem, ou seja, suscita entre as possíveis vítimas, um sentimento de indignação moral, de culpa e de irritação. Ao presenciarmos o debate atual acerca da redução da idade penal no Brasil, identificamos o conceito trabalhado por Baratta sobre uma perversidade entre os atores sociais que têm por objetivo aperfeiçoar a exclusão, integrando não apenas os “excluídos”, mas a própria idéia de exclusão na ideologia legitimante do estado social.

Os sujeitos condenados à marginalidade não têm condições materiais de exercerem os chamados direitos civis e políticos, e, menos ainda, exigir quaisquer dos ditos direitos econômicos e sociais. A racionalização do direito ocidental, portanto, não alcança a universalidade, e, neste sentido, esses infratores não são portadores de direitos subjetivos públicos, embora continuem vinculados ao sistema jurídico.

A concepção de Weber em relação as diversas formas de racionalidade que o direito pode assumir é pertinente para enfrentar esse debate, pois é inegável que estas formas estejam condicionadas às peculiaridades dos grupos de pessoas que podem influenciar na formação e criação do direito.

[11] BERGER, Peter. LUCKMAN, Thomas. A Construção Social da Realidade. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. 13ª. Edição. Petrópolis: Vozes, 1985.
[12] BARATTA. Idem. p. 89. O autor faz uma distinção entre o comportamento desviante como comportamento rotulado como tal e refere os conceitos do interacionismo simbólico.

Tentamos demonstrar neste trabalho que o desenvolvimento do direito moderno, na perspectiva de Max Weber, foi submetido pelos juristas, a um processo de racionalização eivado de abstração, precisão e formalismo. Se adotarmos como função do direito a adoção de normas para regular a interação social, notaremos que as regulações foram tão generalizadas a ponto de explicarem a universalidade de aplicação do direito moderno.(MÜNCH, 1999: 217).[13]

A irracionalidade referida por Weber não deve estar presente na criação de normas, e, neste aspecto, o que vivenciamos atualmente, a partir do caso relatado, é um emaranhado de atividades irracionais, que dependem de apreciações exclusivamente sentimentais, políticas e econômicas para alteração de tipos penais específicos.

No entanto, diante de novos interesses e de novas situações surgem os novos regulamentos, e, neste momento, também as alterações dos tipos penais a partir de "fatos comoventes". Isto pode significar uma perigosa adaptação situacional, capaz de questionar a própria ruptura, já sedimentada na cultura ocidental, do direito moderno com o direito consuetudinário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª. Edição. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: 2002

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 3ª. Edição, 1996.

BERGER, Peter. LUCKMAN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. 13ª. Edição. Petrópolis: Vozes, 1985

BORGES, Nadine Monteiro. *Em defesa da política e da humanidade: contribuições de Karl Marx para as reflexões jurídicas contemporâneas acerca dos direitos humanos.(artigo aceito para publicação).* Revista Sociologia Jurídica, 2007.

[13] MÜNCH, Richard. A Teoria Parsoniana Hoje: a busca de uma nova síntese. *In* Teoria Social Hoje. Anthony Giddens e Jonathan Turner (org). tradução de Gilson de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

GIDDENS, Anthony. *Política, Sociologia e Teoria Social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*. Tradução Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora UNESP, 1998.

MELLO, Marcelo Pereira de. *Sociologia do Direito de Max Weber: O Método Caleidoscópio.* Cadernos de Direito FESO. Ano V, no. 7, segundo semestre: 2004

MÜNCH, Richard. *A Teoria Parsoniana Hoje: a busca de uma nova síntese. In* Teoria Social Hoje. Anthony Giddens e Jonathan Turner (org). tradução de Gilson de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. *Novos Personagens entram na Cena... In* Antropologia, Diversidade e Direitos Humanos: Diálogos Interdisciplinares. Organizado por Claudia Fonseca, Veriano Terto Jr e Caleb Faria Alves; Linda Rabben....(et al.). Porto Alegre: Ecitora da UFRGS, 2004.

WEBER, Max. Economia y Derecho (Sociologia del Derecho). *Economia y Sociedad – Esbozo de Sociologia Comprensiva.* Fondo de Cultura Económica. Madrid: 1993.

VIOLÊNCIA NAS RELAÇÕES DE GÊNERO SOB A PERSPECTIVA DA MICROFÍSICA DO PODER

Renata Golmia Castro Junqueira*

RESUMO

A proposta deste trabalho é refletir e analisar o fenômeno global das relações de gênero, responsáveis pela construção social das categorias masculino e feminino, historicamente marcadas pela discriminação e pela desigualdade de poder em detrimento das mulheres, com culminância na violência de gênero. Todo este processo compõe uma complexa gramática sexual que normatiza os comportamentos, e inscreve nas diferentes sociedades a inferioridade da mulher em relação ao homem. Este estudo terá como guia a visão foucaultiana de poder, que permite pensar de forma dinâmica as relações de gênero e a constante tensão que as alimenta, dentro de uma rede de micropoderes, destacando-se o conceito de saber-poder e sua conseqüência - a resistência, capaz de produzir novos saberes contra a dominação.

PALAVRAS-CHAVE: RELAÇÕES DE GÊNERO; DISCRIMINAÇÃO; VIOLÊNCIA; DESIGUALDADE; MICROFÍSICA DO PODER.

ABSTRACT

The purpose of this work ´s to reflect and to analyse the global phenomenon of gender´s relations, responsable by social construction of feminine and masculine categories, historically market by discrimination and by inequality of power in detriment of women, with culminating in gender´s violence. All this process composes a grammatic sexual complex that normatizes the behaviours, and inscribes in different societies the woman´s inferiority in relation with man. This study will have as guide the view foucaltiana of power, that permits to think of dynamic form the gender´s relations and the constant tension that nurtures themselves, in a micropower´s net, detailing itself the conception to know-to power and your consequence – the resistence, ables to produce new knowledge against the domination.

KEYWORDS: GENDER`S RELATIONS; DISCRIMINATION; VIOLENCE; INEQUALITY; POWER´S MICROPHYSICS.

* Mestranda do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário “Eurípides” de Marília – UNIVEM, membro do Grupo de Pesquisa CNPq: Gramática dos Direitos Fundamentais.
Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado.

INTRODUÇÃO

A complexa problemática das relações de gênero, marcada pela desigualdade histórica nas relações de poder entre homens e mulheres, reflete os valores do machismo e do patriarcalismo, que construíram modelos sociais baseados na exclusão das mulheres.

Nesses modelos, os homens sempre tiveram seu espaço e sua importância reconhecidos, ao passo que as mulheres tiveram que lutar e até pagar com a vida pelo direito de estudar, de trabalhar, de votar, etc, e ainda têm muito a lutar pelo direito à igualdade.

É importante ressaltar que toda essa histórica discriminação, e sua expressão mais grave, a violência contra as mulheres, inquestionavelmente um problema global e que ocorre na grande maioria dos casos no ambiente doméstico (que integra a rede de micropoderes), estiveram ocultas durante séculos.

Saffioti e Almeida (1995) comentam:

> [...] a transversalidade da violência de gênero, que ignora fronteiras entre as classes sociais, entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, entre contingentes étnico-raciais distintos, entre a cultura ocidental e a cultura oriental, etc. Trata-se, enfim, ao contrário da riqueza, de fenômeno democraticamente distribuído.

As autoras ainda mostram que esse tipo de violência não deriva da violência geral, ao contrário, é sua matriz, mediatizada pela complexa gramática sexual que regula as relações sociais entre homens e mulheres.

Face à ideologia da função primordial das mulheres, de reprodução da espécie, elas se inserem, prevalentemente, na rede de micropoderes ou no plano molecular (esfera privada), mas enquanto categoria social, o gênero feminino vê-se dominado pelo masculino. Isto, no entanto, não exclui delas a luta por ampliar sua fatia de macropoderes, e ao mesmo tempo exercitar nas batalhas cotidianas seus micropoderes.

1. DISCRIMINAÇÃO, VIOLÊNCIA E GÊNERO

Convém buscar a base ideológica para a discriminação: o preconceito.

> Tal como a palavra expressa, trata-se de um conceito pré-estabelecido sem lúcida apreciação ou contextualização dos fatos. Sempre de caráter depreciativo, o preconceito leva a estereotipar pessoas ou

> grupos e a cristalizar crenças e clichês. (Revista do UNIFEM, 2001, ano 3, nº 3, p. 9).

Assim, os preconceitos consistem em idéias preconcebidas, conceitos ou opiniões formados antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos que os contestem, são o modo de ver um determinado grupo.

A partir desta falsa idéia de superioridade que pessoas e grupos têm em relação a outros, nascem práticas discriminatórias, que consistem no ato de discriminar, segregar, excluir segmentos sociais, no caso as mulheres, do exercício de direitos fundamentais, e mais, que objetivam anular ou limitar o reconhecimento destes direitos. Discriminação, portanto, não deve ser confundida com desigualdade e diferença, sendo a primeira uma condição resultante de um distanciamento de valores (da discriminação), e a segunda um fato resultante da falta de semelhança ou de igualdade (por exemplo, a diferença de sexo). A discriminação é uma ação no mundo físico (manifestação ou comportamento).

> Prática que consiste em negar iguais oportunidades e/ou direitos a um grupo social, racial, sexual, religioso etc. A discriminação pode assumir formas sutis (não declaradas). Por exemplo, o critério, que vigorou por muito tempo no Brasil, de "boa aparência" para ingressar em um emprego. "Boa aparência" nada mais era do que não ser negro/negra. As causas da discriminação são complexas, mas sem dúvida o preconceito é uma de suas bases e sua justificativa mais flagrante. As conseqüências da discriminação são nefastas, não somente para as pessoas e os grupos discriminados, mas também para toda a sociedade. (Revista do UNIFEM, 2001, ano 3, nº 3, p. 8)

O processo de construção histórica da discriminação contra as mulheres é longo, e desenvolveu-se com avanços e recuos, mediante práticas explícitas e implícitas, sempre visando à submissão do gênero feminino. Inicialmente, o controle masculino sobre as mulheres se dava por meio da força bruta, mas, gradativamente, novas formas de dominação foram sendo introduzidas - as leis, a cultura, a religião, a filosofia, a ciência, a política.

A título de exemplo, vale lembrar dispositivos do Código Civil de 1916, que vigorou até janeiro de 2002 (parcialmente revogado por leis como o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio e a Constituição Federal de 1988), onde se lia que "o marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher [...]"; que o marido poderia anular o casamento se descobrisse que a mulher era deflorada; que

o atual “poder familiar”, atribuído ao casal, era chamado “pátrio poder”; que a mulher era considerada relativamente incapaz, entre outros.

Os exemplos de subjugação da mulher no panorama histórico e mundial são infindáveis, tais como: venda e troca de mulheres como mercadorias; escravização; assassinatos pelo dote (Índia); mutilações genitais; milhares de estupros em regiões de conflitos e guerras; massacres como “a caça às bruxas” que, em séculos, levou milhares de mulheres às fogueiras, em diversos países europeus, acusadas de terem pactuado com o demônio. Um verdadeiro extermínio coletivo de mulheres na época da Inquisição, uma das páginas mais tenebrosas da história, quando se agiu “em nome de Deus” para direcionar o modelo social. Oportuno citar a instituição romana do *paterfamilias*, que expressava o poder de vida e de morte sobre todos os membros da família; bem como o filósofo Rousseau, um dos ideólogos da Revolução Francesa, que considera a família a mais antiga forma de organização social, onde a ordem é dada pela própria natureza: *“idosos naturalmente têm precedência sobre os jovens e homens têm naturalmente autoridade sobre as mulheres”*. (TELES e MELO, 2003, p. 29)

A religião também foi importante fator de exclusão das mulheres. Tomás de Aquino chegou a dizer: “A mulher adúltera peca mais deploravelmente que o marido adúltero”. Lutero refletiu: “Uma mulher não tem completo domínio sobre si mesma. Deus criou seu corpo de modo a que ela deva estar com um homem e gerar e criar filhos”. Calvino, por sua vez, afirmou: “A mulher jamais deve deixar o seu marido, exceto por força da necessidade; e não entendemos que essa força esteja atuando quando o marido age rudemente e faça ameaças à mulher, nem mesmo quando a espanca, mas quando há iminente perigo para sua vida”. (SOUZA, 2001/2002)

A religião ainda exerce influência significativa no cotidiano das pessoas, tanto que muitas decisões são tomadas sob a pressão religiosa, como, por exemplo, manter um casamento ou união com história freqüente de violência doméstica; também não se pode fechar os olhos à ingerência religiosa no vasto campo da sexualidade humana.

Igualmente, não se pode esquecer da francesa Olympe de Gouges, considerada a primeira autêntica feminista da história, que escreveu a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, de 1791, decapitada dois anos após, por denunciar que os ideais da Revolução Francesa não se estendiam às mulheres, dentre outras oposições.

Assim, norteou-se o pensamento e o comportamento da sociedade humana, justificando-se através da história a discriminação e a violência contra a mulher, o que ocorre até os dias de hoje, obrigando-nos a repudiar a perpetuação dessas relações.

O fenômeno da violência contra a mulher, especialmente no âmbito doméstico e/ou das relações familiares, é mundial, e repercute em todas as esferas da vida, acarretando graves conseqüências, não somente ao seu pleno desenvolvimento pessoal, comprometendo o exercício da cidadania e dos direitos humanos – com efeitos diretos e nocivos na socialização das crianças e adolescentes, mas também ao desenvolvimento econômico e social do país.

Nesse ponto, vale citar importante pesquisa da Fundação Perseu Abramo, de 2002, intitulada "A Mulher Brasileira nos Espaços Público e Privado", a qual estima que 2,1 milhões de mulheres são espancadas por ano no país, 175 mil por mês, 5,8 mil por dia, 243 por hora, quatro por minuto, *uma a cada 15 segundos*. Outros dados também vêm revelar o custo dessa violência: um em cada cinco dias de falta das mulheres ao trabalho é motivado pela violência doméstica (Banco Mundial/98); no Brasil, a violência doméstica custa 10,5% do PIB; mulheres que sofrem violência doméstica adoecem mais e suportam seqüelas físicas e emocionais (OMS/2002).

Mas, nem sempre, os discriminados sofrem claramente a exclusão por sua característica diferencial, por exemplo, ser mulher. Muitas vezes, não existem atos concretos de manifestação discriminatória, mas sim práticas administrativas, empresariais ou políticas aparentemente neutras, que contêm de maneira velada a ideologia que alimenta a discriminação, sob um discurso de aparente estado de igualdade (fortalecido pelo conceito de igualdade formal).

O termo gênero é bastante amplo, podendo ser empregado com diferentes sentidos. Como espécie, quando falamos de gênero humano; como tipo, quando falamos do estilo de uma obra literária, musical; na gramática, agrupando palavras masculinas e femininas. Mas foi com a sociologia, a antropologia e outras ciências humanas que o termo passou a ser empregado para indicar as desigualdades sócio-econômico-culturais existentes entre mulheres e homens, que repercutem na esfera pública e privada da vida, em virtude da enorme diferença de papéis que eles desempenham na sociedade, criando pólos de dominação e submissão.

O gênero é relacional, portanto, não se consubstancia em um ser específico, ele constrói a identidade do homem e da mulher. Como relação social, ainda caracterizada pela dominação-exploração, é fenômeno em constante transformação, assim como a sociedade. É um modo de dar significado às relações de poder, é o eixo ao longo do qual o poder é distribuído.

Saffioti e Almeida (1995, p. 20), citando Lauretis, apresentam que:

> [...] o gênero não é apenas uma construção sócio-cultural, mas também um aparelho semiótico, "um sistema de representação que atribui significado (identidade, valor, prestígio, posição no sistema de parentesco, *status* na hierarquia social, etc.) aos indivíduos no interior da sociedade.
> A concepção relacional de gênero elaborada por Lauretis encaminha-a para analisar o fenômeno de sua construção simultaneamente enquanto produto e enquanto processo de sua representação. Na qualidade de produto, o gênero resulta da atuação de tecnologias de gênero, terminologia que Lauretis toma de empréstimo de Foucault.

As tecnologias de gênero são produto de várias tecnologias sociais, como o cinema e os discursos, epistemologias e práticas críticas institucionalizadas, assim como práticas da vida cotidiana.

Para ilustrar a desigualdade nas relações sociais, cumpre citar a brava luta das mulheres pelo direito ao voto e sua baixíssima representatividade nos espaços do poder político, não somente no Legislativo, mas também no Executivo e no Judiciário. Embora elas tenham garantido o acesso à educação, ainda enfrentam sérias desigualdades no mercado de trabalho, tanto que nos últimos anos recebiam, em média, salários mais baixos do que os dos homens em mais de 30%, percentual que, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) vem diminuindo. No entanto, continuam a enfrentar grandes dificuldades para chegarem aos postos de chefia.

O conceito de gênero, portanto, tem o condão de pôr em evidência a discriminação contra as mulheres, permitindo enxergá-las na dimensão de suas relações com os homens e com o poder. Deixa claro que a desigualdade não é natural e necessita ser transformada em igualdade, para que haja relações democráticas entre os sexos.

Assim sendo, na busca da igualdade material, vem sendo utilizado o importante mecanismo das ações afirmativas, que podem ser vistas como discriminações inversas, chamadas de positivas.

> Discriminação positiva são assim chamadas as medidas especiais tomadas, em caráter temporário, com o objetivo de assegurar o

> progresso de grupos ou segmentos sociais, buscando acelerar o processo de igualdade. Tais medidas devem cessar a partir do momento em que são alcançados seus objetivos. São conhecidas também como ações afirmativas. (TELES e MELO, 2003, p. 35)

As ações afirmativas buscam o respeito às diferenças e se realizam através de critérios de discriminação positiva, que têm o objetivo de alcançar uma sociedade mais igualitária, por meio da distribuição de recursos e oportunidades aos grupos discriminados, podendo ser promovidas tanto pelo Estado como por particulares. Em outras palavras, consistem em políticas públicas ou privadas que visam à concretização do princípio constitucional da igualdade material, superando os efeitos negativos da discriminação de gênero ou de qualquer outra espécie de discriminação. Têm ação pedagógica e estão impregnadas de um caráter de exemplaridade.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Destas reflexões, vê-se claramente que a igualdade formal entre homens e mulheres, estabelecida no artigo 5º, I da Constituição Federal de 1988, não basta para o enfrentamento das discriminações de gênero.

É indispensável focar o princípio fundamental da igualdade, ao qual a Constituição de 1988 deu tratamento peculiar, tanto que o artigo 5º, *caput* o menciona duas vezes, ao dispor: "**Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, **à igualdade**, à segurança e à propriedade...". Tal dispositivo nos defronta com a enorme distância que existe entre o enunciado de igualdade e a realidade de desigualdade. Inferem-se duas idéias distintas sobre a igualdade: primeiro a de "igualdade perante a lei", que visa impor ao sistema jurídico tratamento imparcial a todos; e segundo, a de reconhecimento do direito à igualdade, que visa impor uma obrigação de distribuir direitos e benefícios capazes de criar condições materiais de igualdade.

Nesse sentido, o preâmbulo da Constituição afirma que o Estado Democrático é destinado a "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores

supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos". Sem se discutir sua força normativa, ele tem a função de assegurar um rol de direitos fundamentais e nortear a interpretação constitucional, indicando que o Estado não pode mais ficar em posição neutra.

Além disso, o artigo 3º da Lei Maior dispõe que:

> Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Infere-se deste dispositivo que o Brasil não é livre, nem justo nem solidário, e objetiva eliminar a marginalização, os preconceitos e discriminações para a construção de uma nova sociedade, dando ensejo a que as ações afirmativas façam parte da estrutura constitucional.

Merece destaque o artigo 226 da Constituição, que no parágrafo 5º dispõe "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher", e no parágrafo 8º "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações**".

Trata-se de norma programática, que faz uma discriminação positiva, prevendo que o Estado tem a obrigação de traçar políticas públicas para o enfrentamento da desigualdade nas relações de gênero no âmbito doméstico. Nos referidos parágrafos há um paradoxo entre a igualdade formal e a material, pois, na medida em que um afirma que ambos exercem igualmente os direitos e deveres da sociedade conjugal, o outro deflagra o grave problema da violência doméstica ou intrafamiliar, cujas principais vítimas são as mulheres.

A afirmação de que "todos são iguais", encontrada não somente na Constituição, mas em grande número de declarações de direitos, tratados e constituições da modernidade, não pode ser entendida como condição de fato, mas como uma *"reivindicação de natureza moral"*.

Os Direitos Fundamentais estão associados, em primeiro lugar, com direitos essenciais à realização da dignidade humana – um dos fundamentos da República (artigo 1º, III da CF), daí a sua dimensão moral; em segundo lugar, a direitos

reconhecidos pela Constituição Federal. A dignidade humana é multidimensional e impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim, estando vinculada à realização de outros direitos fundamentais, como o de igualdade.

Em decorrência, o princípio da igualdade não pode ser uma regra de imposição de igualdade absoluta, devendo converter-se mais num "regulador das diferenças", pois se assim não fosse, a própria Constituição estaria contradizendo o princípio da dignidade humana. Se não se reconhecer a igualdade material ou de fato como um princípio constitucional, estará instalada uma insolúvel colisão entre os valores da dignidade humana e da igualdade.

O problema da distribuição dos recursos em função das diferenças entre as pessoas é muito antigo na política e no direito. Aristóteles propôs que deveríamos tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, proposta que foi posteriormente complementada. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello fala que devemos tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades.

Mas, qual o critério justo para distribuir direitos e bens entre pessoas e grupos de pessoas? Qual o critério legítimo para se estabelecer diferenças?

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (2004, p. 21) traz uma solução, entendendo que:

> [...] o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Enfim, exige-se mais que uma correlação lógica (abstrata) entre o fator de discrímen e a conseqüente diferenciação. Exige-se ainda, uma correlação lógica concreta, que decorre da consonância ou não com os valores abrigados na Constituição. Há a necessidade de se adequar o grau de desigualdade a ser distribuída, ao grau de desigualdade entre os sujeitos de direitos, devendo ser aplicado o sub-princípio da ponderação ou da proporcionalidade em sentido estrito, como parâmetro para a

resolução dos conflitos entre os princípios constitucionais da igualdade de direito e da igualdade de fato.

Tal colisão, portanto, deve se resolver no campo do valor, significando que, no caso concreto, em uma "relação de precedência condicionada" (equivale dizer, as condições de cada caso, em que um princípio deve preceder ao outro, e se houver modificação nas condições, a precedência pode até ser invertida), determinado princípio terá maior relevância e preponderará sobre o outro. Importante destacar que um princípio nunca será declarado inválido ou eliminado, ele apenas recua frente ao maior peso de outro no caso concreto.

Ensina Robert Alexy (1993, p. 404) que: *Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad de iure*. Ainda de acordo com a lição do autor, ao direito geral de igualdade se atribui tanto um *principio de la igualdad de iure* como também um *principio de la igualdad de hecho*, produzindo-se já na fonte da máxima de igualdade, uma colisão fundamental. Há, portanto, um paradoxo de igualdade, pois, o que segundo um dos princípios é um tratamento igual, é para o outro um tratamento desigual e vice-versa.

Por isso é que se unem ambos em um princípio mais amplo e superior de igualdade, a fim de se superar a aparente contradição entre eles, por meio de uma teoria da argumentação jurídica, que consiste na resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, por meio de uma nova hermenêutica, expressada pelo raciocínio axiológico e pelo critério da proporcionalidade.

3. A MICROFÍSICA DO PODER

Foucault buscou descobrir como os conhecimentos chegavam às suas versões de verdades, pesquisando minuciosamente documentos originais do período que investigava, o que lhe permitiu revelar como era determinada sociedade, o conhecimento e a estrutura de poder. Concluiu que os conhecimentos dependiam muito dos pressupostos, preconceitos ou tendências de cada época, e que saber e poder estavam intimamente ligados por uma vontade de dominar, selando-os com a expressão "saber-poder". Este exercício Foucault denominou de arqueologia do saber.

Machado, na introdução a *Microfísica do Poder* (2006, p. X) esclarece: "[...] que a arqueologia, procurando estabelecer a constituição dos saberes privilegiando as interrelações discursivas e sua articulação com as instituições, respondia a *como* os saberes apareciam e se transformavam".

Para Foucault, influenciado por Heidegger e Hegel, filosofia e história passaram a ser uma unidade indispensável para desvendar o presente, a primeira porque se preocupa com o que passou e com o que é, e a segunda não se preocupa exclusivamente com o passado ou com o futuro, mas com o que é.

Paul Strathern, ao traduzir o pensamento de Foucault, diz: "O passado estava vivo no presente, e o modo como compreendíamos o passado demonstrava como poderíamos compreender o presente. A história não estava registrando a verdade do passado, mas revelando a verdade do presente". (2003, p. 16)

Depois, Foucault descobriu a filosofia de Nietzsche (que havia precedido e influenciado Heidegger), como se estivesse descobrindo as raízes de seu pensamento.

Na sua *História da Loucura*, Foucault mostra modificações no poder, como a idéia de loucura havia passado da liberdade para o encarceramento e depois para o tratamento, o que ele chamou de descontinuidades, ou seja, o aparecimento de novos sistemas de conhecimento provocando significativas modificações no poder.

Os conjuntos de pressupostos, preconceitos e tendências que estruturam o pensamento de determinadas épocas, ele chamou de *epistemes*, da mesma raiz grega que epistemologia – o ramo da filosofia que investiga os fundamentos do nosso conhecimento (teoria do conhecimento), as quais são descobertas da arqueologia, no vasto e menos preciso campo cultural das ciências humanas. Semelhante é a idéia de paradigmas, do norte-americano Thomas S. Kuhn, porém, aplicados particularmente à ciência propriamente dita. Como as epistemes e os paradigmas sofrem mudanças periódicas na dinâmica da vida, surgiu o problema de que pareciam romper com a noção de verdade absoluta, e que todas as verdades seriam relativas.

> A episteme de Foucault reside na estrutura integral de tais pressupostos: as tendências particulares de um período histórico. A episteme determina os limites da experiência do período, a extensão de seu conhecimento e até sua noção de verdade. Uma determinada episteme tende a originar uma determinada forma de conhecimento. Foucault chamou-a de *discurso*, isto é, a acumulação de conceitos, práticas, declarações e crenças produzidos por uma determinada episteme. (STRATHERN, 2003, p. 37)

Demonstrado como os saberes surgiam e se transformavam, restava descobrir o seu *porquê*. Na introdução da obra em exame, Machado reflete: "É essa análise do porquê dos saberes, que pretende explicar sua existência e suas transformações situando-o como peça de relações de poder ou incluindo-o em um dispositivo político, que em uma terminologia nietzscheana Foucault chamará genealogia". Nos livros seguintes, como *Vigiar e Punir*, *A Vontade de Saber* e *História da Sexualidade* 1º volume, Foucault introduz nas análises históricas a questão do poder, como instrumento capaz de explicar a produção dos saberes, mas em análises fragmentárias e transformáveis.

Para Foucault o mais importante aspecto do poder está nas relações sociais, em que os indivíduos o possuem na forma de dominação e coerção. Isto evidencia a existência de formas de exercício do poder diferentes das do Estado, a ele vinculadas de diversas maneiras e que são indispensáveis à sua sustentação e atuação eficaz. O poder não é um objeto, uma coisa; é uma prática social, algo que se exerce, que se efetua e se constitui historicamente. Por isso, não é exclusividade do Estado, e "nada mudará na sociedade se os mecanismos de poder que funcionam fora, abaixo, ao lado dos aparelhos de Estado a um nível muito mais elementar, quotidiano, não forem modificados". (FOUCAULT, 2006, p. 149-150)

Estes são os micropoderes, periféricos e moleculares, que se exercem em níveis e espaços variados da rede social e existem integrados ou não ao Estado, sem serem por ele absorvidos.

Machado ainda esclarece na introdução de *Microfísica do Poder* (2006, p.XII), que este nome:

> [...] significa tanto um deslocamento do espaço da análise quanto do nível em que esta se efetua. Dois aspectos intimamente ligados, na medida em que a consideração do poder em suas extremidades, a atenção a suas formas locais, a seus últimos lineamentos tem como correlato à investigação dos procedimentos técnicos de poder que realizam um controle detalhado, minucioso do corpo – gestos, atitudes, comportamentos, hábitos, discursos.

A título de ilustração, é muito oportuno fazer menção ao trabalho de Belmira Magalhães, intitulado "As marcas do corpo contando a história". Um estudo sobre a violência doméstica, que teve como metodologia a Teoria da Análise do Discurso, para

a qual as determinações sociais são o ponto de partida para se desvendar o discurso, ou seja, a linguagem, o modo de o sujeito se expressar. Este método está intimamente ligado à análise semiótica que, igualmente, tem a lingüística por objeto e a finalidade de desvendar o pensamento e as bases ideológicas que o determinam, permitindo ver como está socialmente montado o discurso que reforça esse tipo de violência.

A pesquisadora utilizou, como material empírico, entrevistas realizadas com mulheres vítimas de violência doméstica por parte de seus companheiros, e com vizinhos, além de recortes de jornais, verificando no confronto dos discursos, um lugar de subalternidade para o sexo feminino.

> Para que a criação do novo aconteça, é preciso que as mudanças cheguem até a consciência, para conservá-las e promover a reprodução através da generalização social. É nesse processo que a linguagem cumpre sua função: fixar na consciência as aquisições, conservando-as e superando-as a partir do desenvolvimento de novas perguntas e novas respostas. (MAGALHÃES, 2005, p. 27)

Desse modo, a idéia é conhecer a lógica do objeto a sofrer interferência, para que as práticas – ações afirmativas tenham possibilidade de eficácia. Eis o exercício da arqueologia do saber complementado pela genealogia do poder, desvendar os pensamentos que determinam as condutas, e promover um aperfeiçoamento ideológico que implicará em mudanças de condutas, tornando atingível, no futuro, o ideal desejado de igualdade material.

Foucault ainda mostrou que as relações de poder não se passam fundamentalmente nem ao nível do direito nem da violência; nem são contratuais nem repressivas – concepção negativa de poder (sua força destrutiva); e acrescentou uma concepção positiva (seu lado produtivo, transformador), que dissocia dominação de repressão, querendo evidenciar que a dominação capitalista não conseguiria se manter se fosse baseada somente na repressão. A positividade do poder é o aspecto que explica o fato de ter como alvo o corpo humano, não para supliciá-lo ou mutilá-lo, mas sim para aprimorá-lo, adestrá-lo.

> O corpo – e tudo o que diz respeito ao corpo, a alimentação, o clima, o solo – é o lugar da *Herkunft*: sobre o corpo se encontra o estigma dos acontecimentos passados do mesmo modo que dele nascem os desejos, os desfalecimentos e os erros: nele também eles se atam e de repente se exprimem, mas nele também eles se desatam, entram em luta, se apagam uns aos outros e continuam seu insuperável conflito.

> O corpo: superfície de inscrição dos acontecimentos (enquanto que a linguagem os marca e as idéias os dissolvem), lugar de dissociação do Eu (que supõe a quimera de uma unidade substancial), volume em perpétua pulverização. A genealogia, como análise da proveniência, está portanto no ponto de articulação do corpo com a história. Ela deve mostrar o corpo inteiramente marcado de história e a história arruinando o corpo. (FOUCAULT, 2006, p. 22)

Ao formular a questão do poder, Foucault tratou especialmente dos indivíduos "enclausurados", mostrando uma relação específica de poder que incidia sobre seus corpos, utilizando uma tecnologia própria de controle, que não era exclusiva da prisão, encontrando-se também em outras instituições como o hospital, o exército, a escola, a fábrica, como indicava o *Panopticon*, de Jeremy Bentham. A esse poder Foucault chamou de disciplinar, consistente em uma técnica de controle do corpo, que assegura sua sujeição, impondo uma relação de docilidade-utilidade. Tal esquema produz comportamento humano, fabrica o indivíduo necessário ao funcionamento e manutenção da sociedade em uma determinada época. Possui três características básicas: primeiro a disciplina é uma organização do espaço, que pode isolar os indivíduos em um espaço fechado, hierarquizado, como já dito; segundo, é um controle do tempo, com o fim de obter o máximo de rapidez e eficácia; e terceiro, a vigilância, que é um de seus principais instrumentos de controle.

No tocante às relações de gênero que degeneram para a violência, é possível classificá-las como mais um exemplo de relações controladas pelo poder disciplinar delineado por Foucault, nas quais pode-se vislumbrar todas as características acima, sendo a casa o espaço típico do seu exercício, embora não obrigatoriamente, pois a sujeição muitas vezes se dá no plano psicológico, que transcende qualquer barreira. Também existem o fim de obter o maior grau de sujeição e a vigilância obsessiva.

Reforçando este aspecto, vale citar:

> [...] Concretamente, na vida cotidiana, são os homens, nesta ordem social androcêntrica, os que fixam os limites de atuação das mulheres e determinam as regras do jogo pela sua disputa. Até mesmo as relações mulher-mulher são normatizadas pela falocracia. E a violência faz parte integrante da normatização, pois constitui importante componente de controle social. Nestes termos, a violência masculina contra a mulher, inscreve-se nas vísceras da sociedade com supremacia masculina. Disto resulta uma maior facilidade de sua naturalização, outro processo violento, porque manieta a vítima e dissemina a legitimação da violência. Embora os excessos sejam negativamente sancionados pela sociedade (MacKinnon, 1989), a

> impunidade dos homens grassa solta, em função da natureza visceral da dominação sobre as mulheres. Das sevícias físicas às sexuais, passando-se pela tortura psicológica, tudo se encontra a granel. (SAFFIOTI e ALMEIDA, 1995, p.32)

O autor fala das dificuldades em se encontrar as formas de luta adequadas, o que será possível à medida que se for desvendando o que é o poder.

> [...] Cada luta se desenvolve em torno de um foco particular de poder (um dos inúmeros pequenos focos que podem ser um pequeno chefe, um guarda de H.L.M., um diretor de prisão, um juiz, um responsável sindical, um redator-chefe de um jornal). E se designar os focos, denunciá-los, falar deles publicamente é uma luta, não é porque ninguém ainda tinha tido consciência disto, mas porque falar a esse respeito – forçar a rede de informação institucional, nomear, dizer quem fez, o que fez, designar o alvo – é uma primeira inversão de poder, é um primeiro passo para outras lutas contra o poder. [...] As mulheres, os prisioneiros, os soldados, os doentes nos hospitais, os homossexuais iniciaram uma luta específica contra a forma particular de poder, de coerção, de controle que se exerce sobre eles. (FOUCAULT, 2006, p. 75/78)

Com relação à liberação da sexualidade, Foucault explica que o objeto da sexualidade é um instrumento formado há muito tempo e se constitui em dispositivo de sujeição milenar. Tanto que as mulheres durante muito tempo foram reduzidas a seu sexo, que os médicos afirmavam ser frágil, indutor de doença e muitas vezes doente. Diziam: “Vocês são a doença do homem”.

O curioso nos movimentos de liberação da mulher, é que o importante não é a reivindicação da especificidade da sexualidade e dos direitos referentes a esta, mas o fato de terem as mulheres partido do próprio discurso formulado nos dispositivos de sexualidade, para chegarem a uma verdadeira dessexualização, reivindicando formas de cultura, de discurso, de linguagem, etc., maneira que encontraram de serem ouvidas. Foucault compara o movimento de mulheres ao dos homossexuais, explicando que estes estão muito mais fixados à especificidade sexual, visto que a homossexualidade é uma prática discriminada, enquanto as mulheres podem ter objetivos econômicos, políticos, enfim, muito mais amplos. Os movimentos feministas, de modo criativo e interessante, sempre buscaram reconstruir os papéis da mulher na sociedade, partindo da sexualidade que quer colonizá-las para atravessá-la em direção a outras afirmações.

CONCLUSÃO

A desigualdade entre mulheres e homens foi historicamente construída a partir de diferenças naturais, refletindo os valores do machismo e do patriarcalismo. Ergueram-se modelos sociais baseados na exclusão das mulheres, cujo processo constituiu-se pela acomodação de privilégios, indevidamente conferidos a pessoas ou grupos (do gênero masculino), pois sem qualquer justificação moral, em detrimento do gênero feminino, que até hoje tem de suportar profundas desigualdades.

Como visto neste trabalho, a igualdade material é um objetivo constitucionalmente tutelado, e o meio para alcançá-la é tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, em termos jurídicos, reconhecendo-se a existência do princípio constitucional da igualdade de fato e seu consectário lógico, o princípio da não discriminação. Nesse sentido, desigualar homens e mulheres deixa de ser uma ação discriminatória para se tornar uma ação legítima, desde que produza maior igualdade real. Fora isso, desigualar será discriminar.

O direito contemporâneo está marcado pela distribuição material da igualdade a grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, homossexuais, deficientes, trabalhadores e outros, dentro dos critérios da ponderação e proporcionalidade, o que é muito diferente da antiga distribuição de privilégios. As disposições constitucionais são frutos dos novos saberes que nasceram da resistência à dominação, da luta, neste caso em especial das mulheres.

O pensamento de Michel Foucault permitiu desvendar muitos saberes e, consequentemente a noção de microfísica do poder, realizando em parte sua intenção declarada, tanto política como filosoficamente: “o desejo único de tornar conhecida a realidade”.

Por mais que o Direito vincule o Estado à problemática das relações de gênero e às discriminações e violência que as envolvem, como visto nas considerações ao princípio constitucional da igualdade, trata-se de uma forma de exercício de poder diversa do aparelho estatal, mas a ele vinculada pelas sérias repercussões na esfera pública. A grande questão é saber: qual a eficácia das ações afirmativas desenvolvidas (na forma de leis, programas e iniciativas)? Obviamente, elas não são soluções definitivas e imediatas, mas podem de maneira progressiva ir reduzindo e até superando

as desigualdades de gênero, por promoverem a valorização social, econômica, política e/ou cultural das mulheres. Entretanto, para que essas práticas afirmativas tenham real possibilidade de eficácia, é indispensável que sejam traçadas a partir de um conhecimento lógico e profundo das desigualdades sobre as quais irão incidir (realidade), a fim de que, efetivamente, promovam mudanças de consciência e, conseqüentemente, de conduta, por meio de uma nova cultura. Não haverá mudança na sociedade se os micropoderes não forem modificados.

Ninguém escapa à visão foucaultiana, que faz o indivíduo emergir como alvo e produção de poder, bem como objeto de saber. Portanto, está nas mãos de cada um o potencial para pensar de forma dinâmica as relações de gênero e enfrentar a constante tensão que as alimenta dentro de uma rede de micropoderes. Se o indivíduo detém saber e poder, então pode resistir ao poder externo e lutar por relações mais democráticas entre homens e mulheres.

REFERÊNCIAS

_____. **Revista do UNIFEM:** Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher. MariaMaria. Brasília/DF: UNIFEM, 2001, ano 3, n. 3.

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 35. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005 (Série Legislação Brasileira).

FOUCAULT**,** Michael. Org. e trad. Roberto Machado. **Microfísica do poder**. 22. ed. São Paulo: Graal, 2006.

http://www.planalto.gov.br/spmulheres. Acesso em 30 de abril de 2007.

http://www.agende.gov.br. Acesso em 24 de abril de 2007.

http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/nucleo/dados/pesquisa_p_abramo_violencia. Acesso em 04 de maio de 2007.

MAGALHÃES, Belmira. **As marcas do corpo contando a história:** um estudo sobre a violência doméstica. Maceió: Editora UFAL, 2005.

MELLO, C. A. B. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SAFFIOTI, H. I. B e Almeida, S. S. **Violência de gênero**: Poder e Impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SOUZA, S. D. Violência, Gênero e Religião. In: **Revista Mandrágora:** História, Gênero e Religião. São Paulo: Editora UMESP, 2001/2002, ano 07, nº 7/8.

STRATHERN, P. **Foucault em 90 minutos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

TELES, M. A. A.; MELO, M. **O que é violência contra a mulher.** 1ª reimpressão. São Paulo: Editora brasiliense, 2003.

_____. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

UNZUETA, M. A. B. **Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres**. Madrid: Civitas S.A., 1997.

VIEIRA, O. V. **Direitos Fundamentais:** Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE FORTALECIMENTO DA CIDADANIA PARTICIPATIVA FRENTE À VIOLÊNCIA ESTRUTURAL

Rosane Teresinha Carvalho Porto*

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade apresentar abordagens conceituais sobre a Justiça Restaurativa e procurar identificar nos seus procedimentos, que se valem da comunicação não-violenta o exercício e fortalecimento da cidadania participativa no processo democrático frente à violência estrutural. Além disso, dispõe do referencial teórico de Jürgen Habermas, em especial a teoria da ação comunicativa para compreender o recepcionamento desse modelo de justiça, em fase de experimentação na 3ª Vara do Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre, na execução de medidas socioeducativas.

PALAVRAS-CHAVES: JUSTIÇA RESTAURATIVA, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, VIOLÊNCIA ESTRUTURAL.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad presentar abordajes conceptuáis sobre la Justicia Restaurativa y buscar identificar en sus procedimientos que se valen de la comunicación no violenta como vehículo para el ejercicio y fortalecimiento de la ciudadanía participativa en el proceso democrático frente a la violencia estructural. Además, dispone del referencial teorético de Jürgen Habermas, en especial la teoría de la acción comunicativa para comprender el recepcionamento de ese modelo de justicia, en fase de experimentación en la 3ª Vara del Juizado de la Infancia y de la Juventud de Porto Alegre en la ejecución de medidas socio-educativas.

PALABRAS LLAVES: JUSTICIA RESTAURATIVA, DEMOCRACIA PARTICIPATIVA, VIOLENCIA ESTRUCTURAL.

* Especialista em Direito Penal/ Processo Penal da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e pesquisadora/bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito, Cidadania e Políticas Públicas e do grupo de estudos de práticas restaurativas da AJURIS.

INTRODUÇÃO

A fim de contextualizar sobre o modelo da Justiça Restaurativa, de maneira a percebê-la como o exercício da cidadania participativa no atual modelo de democracia, ocorre que se faz necessário compreender que tal processo efetivamente se desenvolve dentro do sistema de justiça, se a visão social se tornar sensível e coerente ao ponto de avaliar que a atual sistemática de justiça não tem apresentado resultados satisfatórios que possibilitem contribuir na diminuição da violência e da criminalidade. Por óbvio, tal problemática não se restringe apenas ao sistema judiciário, mas à sociedade; por isso, ao se propor um outro sistema de justiça que, em especial, atenda aos adolescentes autores de ato infracional, está-se buscando uma outra forma de olhar e incluir o outro, além de alternativas que contribuam para o enfrentamento de problemas da nefasta violência estrutural. Feitas as considerações gerais, cumpre o aprofundamento do tema por meio da análise, mesmo que sucinta da violência estrutural e de seus reflexos na criminalidade, para, após, definir a comunicação não-violenta. Na seqüência, será aprofundada uma abordagem conceitual sobre a Justiça Restaurativa e ,por fim, a cidadania participativa na execução de medidas socioeducativas, valendo-se do referencial teórico de Jürgen Habermas. É o que se quer considerar.

1 VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E SEUS REFLEXOS NA CRIMINALIDADE

De imediato se faz necessária uma abordagem conceitual sobre a violência estrutural e sobre seus reflexos na criminalidade, especialmente os atos infracionais cometidos por adolescentes. Ocorre que, ao se propor uma guinada de percepção e adoção de procedimentos no sistema de justiça, como o da Justiça Restaurativa, independente de começar pela área da infância e da juventude- não se pode ignorar o contexto de sociedade em que tal sistema estará inserido e deverá enfrentar, podendo refletir-se em prováveis limitações.

De qualquer forma, tais limitações não devem servir como argumentos de refutação contrários à sua operacionalização e aplicação, pois o atual modelo de justiça

também tem limitações e nem apresenta avanços que possam questionar e contribuir para que isso seja suprido.

Nesse sentido, ante as seqüelas da globalização e das regras do mercado, centralizando na relação o consumidor e não o cidadão, aumenta desenfreadamente a violência[1] e a criminalidade. Observa-se, com isso, que os indivíduos não conseguem se inserir na sociedade, e principalmente, no mercado e, conseqüentemente, acabam perdendo seu referencial e especialmente não reconhecendo no outro seu semelhante. Logo, pela violência, no seu âmbito geral, os sujeitos impõem sua vontade independentemente de ser contrária ao outro ou à comunidade.

Por conta disso, Johan Galtung nos anos 60 definiu a violência estrutural[2], como sendo a violência ocasionada pelas estruturas políticas, econômicas ou sociais que criam situações de opressão, de exploração ou de alienação.[3] Do mesmo modo, pode-se ainda dizer que esse tipo de violência deixa clara, a ausência de políticas públicas por parte do Estado para o enfrentamento das demandas sociais. Aliás, não se quer dizer com isso que incumbe apenas à Administração Pública mobilizar e enfrentar os problemas de ordem social, política e de outros, ao contrário, o engajamento é de todos os sujeitos que conectados e preocupados com o coletivo, poderão encontrar soluções para as mais diversas demandas que também contribuem para a instauração da violência e da criminalidade.

Assim sendo, pelo fato primordial de a sociedade estar desconectada de tal forma que seus indivíduos não se sintam pertencendo a uma determinada comunidade, percebe-se explicitamente a violência das instituições ou que parte de suas estruturas. Ademais, esse quadro se agrava por conta da exclusão social que, valendo-se do

[1] MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.30. [...] toda a violência é um processo de homicídio, de aniquilamento. Talvez o processo não vá até o fim, mas o desejo de eliminar o adversário, de o afastar, de o excluir, de o reduzir ao silêncio, de o suprimir, vai tornar-se mais forte do que a vontade de chegar a um acordo com ele. Do insulto à humilhação, da tortura ao homicídio, são múltiplas as formas de violência e múltiplas as formas de morte. Atacar a dignidade do homem é atacar a sua vida. Violentar é sempre fazer calar, e privar o homem da sua palavra é já privá-lo da sua vida. Não convém falar da "violência" como se ela existisse por si mesma no meio dos homens, de alguma forma exterior a eles, e como se agisse por si própria. Na realidade, a violência apenas age através do homem; é sempre o homem responsável pela violência.

[2]

entendimento de Jürgen Habermas, também caracteriza o não - reconhecimento do outro, e, por conseguinte, a violência será uma imposição de um indivíduo sobre o outro, para conseguir ser inserido e aceito. Nesse diapasão, é possível compreender que quando um adolescente rouba um tênis de outra pessoa deixa implícita, a sua necessidade básica humana de reconhecimento e inserção, mesmo que seja pela força. Veja bem, não se quer com isso justificar ou aceitar o ato infracional cometido pelo adolescente, pois a responsabilização é necessária. Apenas se quer demonstrar que tais atos não são isolados, pois existe um tecido social comprometido diante de tudo isso e que é preciso todos acordarem-se e darem-se conta de que o atual sistema de justiça não está sendo suficiente.

É importante desde logo salientar que a violência estrutural também se caracteriza pela forma de discurso utilizada pelo Estado, quando tenta mascarar interesses em prol de uma classe dominante, deixando de lado a operacionalização de políticas públicas para todos os cidadãos. Ademais, com tantas demandas e tantos conflitos sociais, geradores de grandes massas de excluídos sociais, é possível constatar que atualmente o Estado e as suas instituições também chamando à co-responsabilidade a sociedade, tendem a divagar com discursos utópicos sobre direitos fundamentais a todos, políticas públicas de inclusão social, Estado Democrático de Direito, cidadania e assim por diante.

Significar dizer que não basta definir e reproduzir discursos condizentes e aceitáveis pelo sistema[4], é preciso ter coragem e ir mais além, querer enxergar o diferente, ter a vontade da verdade, assumir uma posição, defendendo efetivamente o interesse de todos os sujeitos de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Assim, mais uma vez, mesmo Foucault não tendo abordado diretamente a emancipação do sujeito, por ter uma concepção de natureza profunda sobre o poder da linguagem a

[3] MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.30

[4]FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.p.35. É sempre possível dizer o verdadeiro no espaço de uma exterioridade selvagem; mas não nos encontramos no verdadeiro senão obedecendo às regras de uma "polícia" discursiva que devemos reativar em cada um de nossos discursos.

tudo isso, entende que é preciso denunciar e desmascarar as tais 'verdades' dispostas estrategicamente por quem tem a legitimidade para governar.

Completando o estudo sobre a violência estrutural, delineia-se, a seguir, o conceito sobre a comunicação não-violenta, pois essa técnica ou esse procedimento, aplicado tanto na Justiça Restaurativa como pelos atores sociais na sociedade, pode auxiliar no enfrentamento das mazelas dirimidas pela violência estrutural.

2 A COMUNICAÇÃO NÃO-VIOLENTA

Antes de definir o que seja a comunicação não-violenta, passe-se rapidamente ao significado de ação não-violenta. Para Muller :

> A ação não-violenta é exatamente aquilo que está dizendo: ação que é não violenta, e não *inércia*. Essa técnica consiste não apenas em palavras, mas em protesto, não-cooperação e intervenção ativos. É mais do que claro que se trata de uma ação a (sic) em nível de grupo ou de massa. Certas formas de ação não-violenta podem ser consideradas como tentativas de convencer mediante ação; outras, tendo participação suficientes, podem conter elementos de coerção. [5]

De outro modo, o que também se quer dizer, é que quando o homem sofre a violência e a ocasiona no outro, descobre o requisito da não-violência no seu eu, pois a sua conclusão sobre a não-violência decorre depois de esbarrar na realidade violenta à sua volta. Assim sendo, pode-se concordar com Muller quando ele enfatiza : « A não-violência não é conclusão de um raciocínio, não é uma dedução, mas sim uma opção da razão ».[6] Com efeito, a comunicação não-violenta é um processo de linguagem que vem ao encontro desse despertar do homem sobre suas necessidades humanas no mundo compartilhado, que pode ser acolhido pela matriz habermasiana, como dito anteriormente, isto é, pautada na razão comunicativa.

Assim sendo, entende-se por Comunicação Não-violenta (CNV) como sendo um processo de linguagem que capacita o ator social a ouvir e a conectar-se com os sentimentos e as necessidades ante os próprios julgamentos e também com relação ao outro. Nada mais que falar e ouvir com compaixão, ou seja, utilizar a linguagem não-

[5] MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.12-13.
[6] Ibidem, p,58.

violenta para se comunicar com o outro. Marshall B. Rosenberg (psicólogo clínico e criador da teoria) assim denomina: "uma forma de comunicação que nos leva a nos entregarmos de coração".[7] Para o estudioso, a CNV auxilia na conexão do sujeito com os outros e consigo mesmo, possibilitando o florescimento natural da compaixão. Além disso, guia os participantes do diálogo no processo de reformulação sobre a forma utilizada para expressão e escuta, mediante a concentração em quatro componentes: observação, sentimento, necessidades e pedido.[8]

Logo, o processo da CNV ao se valer da observação deixa claro que o participante do ato da fala coordena seu plano de ação, de forma a verificar se o que o outro está dizendo ou fazendo é enriquecedor ou não para sua vida. Por conta disso, o sujeito tem que ser capaz de articular essa observação sem fazer nenhum julgamento ou qualquer avaliação, ou seja, dizer apenas o que agrada ou não em relação ao que o outro ator do diálogo está fazendo. Em ato contínuo, o segundo componente do processo é o sentimento, que diz respeito ao sentimento do participante ao observar a referida ação, podendo estar magoado, assustado, alegre, irritado, etc. Após a identificação do sentimento, é possível reconhecer o terceiro componente, que sinaliza para qual das suas necessidades estão ligados os sentimentos apontados. E por último, o pedido que deve ser bem específico.[9]

Em geral, as pessoas não expressam claramente seus sentimentos quando se comunicam, pois os sentimentos não são considerados importantes no sistema imposto pela sociedade. Aprende-se mais palavras de rotulação, etiquetamento, estigmatização e "maneiras certas de pensar" definidas pelos que detêm poder de autoridade. Em outros termos, as instituições do Estado, por sua vez, que fazem parte da sociedade, exercem um poder disciplinador, como diria Michel Foucault[10], preparando os indivíduos para a relação poder-dever; conseqüentemente, não interessa e por isso os sujeitos não conseguem expressar claramente seus sentimentos. Devido a isso, fica-se sempre

[7] Rosenberg, Marshall B. *Comunicação não-violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p.21.
[8] Ibidem, p.25.

[9] Ibidem, p.25.

imaginando o que os outros pensam ou acham que é certo dizer ou fazer; por sua vez, há um esquecimento de se olhar para dentro do "eu".[11]

Sobre as necessidades humanas básicas, estas são compartilhadas por todos os sujeitos, independente da condição e da posição social. Para a CNV, as pessoas geralmente confundem estratégias com necessidades.[12] Um exemplo bem simples e claro é quando afirmam "ter necessidade do dinheiro". O dinheiro não é uma necessidade, é uma estratégia de que se vale o ser humano, e de que precisa para satisfazer uma necessidade, podendo ser a autonomia, a auto-afirmação, o amor, o calor humano, a comunhão espiritual (beleza, harmonia, ordem, paz), as necessidades físicas (abrigo, água, alimento, expressão sexual), entre outras.[13] Além do dinheiro, tem-se que o poder também não é uma necessidade básica do ser humano, embora ele seja empregado como instrumento negativo para alimentar o ego; ele pode ser utilizado como estratégia representando um ato a serviço da vida, não como mecanismo de manipulação e sim como compartilhamento sem imposição. De certo, o poder (latim

---

[10] C.f FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópoles: Vozes, 2004.

[11] Rosenberg, Marshall B. *Comunicação não – violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p.70-71.Sobre como *achamos* que os outros estão se *comportando* do que realmente estamos sentindo: A. "Sinto-me insignificante para as pessoas com quem trabalho". A palavra insignificante descreve como acho que os outros estão me avaliando, e não um sentimento real, que, nessa situação, poderia ser "Sinto-me triste" ou "Sinto-me desestimulado." B. "Sinto-me incompreendido." Aqui, a palavra incompreendido indica minha avaliação do nível de compreensão de outra pessoa, em vez de um sentimento real. Nessa situação, posso estar me sentindo *ansioso*, ou *aborrecido*, ou estar sentindo alguma outra emoção. C. "Sinto-me ignorado". Mais uma vez, isso é mais uma interpretação das ações dos outros do que uma descrição clara de como estou me sentindo. Sem dúvida, terá havido momentos em que pensamos estar sendo ignorados e nosso sentimento terá sido de *alívio*, porque queríamos ser deixados sozinhos. Da mesma forma, terá havido outros momentos em que nos sentimos *magoados* por estar sendo ignorados, porque queríamos participar.

[12] MASLOW, Abraham H. *Introdução à Psicologia do ser*. Tradução de Álvaro Cabral. 1970. Eldorado, p. 27-28. As necessidades básicas (de vida, de segurança, de filiação e de afeição, de respeito e de dignidade pessoal, e de individuação ou autonomia), as emoções humanas básicas e as capacidades humanas básicas ao que parece, neutras, pré-morais ou positivamente "boas". A destrutividade, o sadismo, a crueldade, a premeditação malévola etc. parecem não ser intrínsecos, mas, antes, constituiriam reações violentas *contra* a frustração das nossas necessidades, emoções e capacidades intrínsecas. A cólera, *em si mesma*, não é má, nem o medo, a indolência ou até a ignorância. É claro, podem levar (e levam) a um comportamento maligno, mas não forçosamente. Esse resultado não é intrinsecamente necessário. A natureza humana está muito longe de ser tão má quanto se pensava. De fato, pode-se dizer que as possibilidades da natureza humana têm sido, habitualmente, depreciadas.

[13] Rosenberg, Marshall B. *Comunicação não-violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006, p.86-87.

potere, « ser capaz ») pode ser compreendido como a habilidade de definir as necessidades humanas e resolvê-las, isto é, como energia vital.[14]

No exemplo trazido por Marschall, é possível visualizar os quatro componentes do processo da CNV. Pois bem, trata-se de uma mãe dialogando com o seu filho adolescente. “Roberto, quando eu vejo duas bolas de meias sujas debaixo da mesinha e mais três perto da TV, fico irritada, porque preciso de mais ordem no espaço usado em comum”. De imediato, a mãe continuaria o diálogo, utilizando do quarto componente, ou seja, fazendo um pedido específico ao filho, desta forma: “Você poderia colocar suas meias no seu quarto ou na lavadora?” [15]

De outro modo, com esses quatro componentes do processo da CNV, os sujeitos do diálogo, à medida que tiverem suas atenções voltadas para o processo, estabelecerão um fluxo de comunicação que venha resultar na compaixão. Por sua vez, a utilização da expressão “Não-Violenta” é a mesma atribuição dada por Gandhi, referindo-se à compaixão que o ser humano expressa naturalmente quando abdica da violência.[16]Embora algumas pessoas possam não se considerar violentas, não são raras as ocasiões em que as palavras induzem à mágoa e à dor de si próprio ou do outro.

Da mesma maneira que a compaixão significa colocar-se no lugar do outro, sentimento que retoma o grau de pertencimento do sujeito com relação ao grupo e principalmente ao outro, principalmente nos momentos de dor e desgraça, leva a abordar o mais puro sentimento que está presente nas relações sociais: o amor. Importam aqui as contribuições de Humberto Maturana sobre o amor:

> [...] o amor é a condição dinâmica espontânea de aceitação, por um sistema vivo, de sua coexistência com outro (ou outros) sistema(s) vivo(s), e que tal amor é um fenômeno biológico que não requer justificação: o amor é um encaixe dinâmico recíproco espontâneo, um acontecimento que acontece ou não acontece. Como um encaixe dinâmico recíproco espontâneo, o amor ocorre ou não ocorre. Se o amor ocorre, há socialização; se não ocorre, não há socialização. Além disso, eu também estou dizendo que como tal, o amor é a expressão de uma congruência estrutural espontânea que constitui um

[14] MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p,06.
[15] Ibidem, p.25.
[16] Ibidem, p.21.

> começo que pode ser expandido ou restringido, ou pode mesmo desaparecer na deriva estrutural co-ontogênica que começa a acontecer quando ele acontece. E, uma vez que eu digo que os fenômenos sociais são fenômenos que se dão na deriva estrutural espontânea co-ontogênica, eu também estou dizendo que o amor é o fundamento do fenômeno social e não uma conseqüência dele, e que os fenômenos sociais, em um domínio qualquer de interações, duram somente enquanto o amor persistir nesse domínio.[17]

Portanto, a comunicação não-violenta também auxilia nas interações sociais e possibilita a conservação do amor nas relações sociais. Além disso, ao se pretender a socialização de pessoas, por exemplo, adolescentes autores de atos infracionais (assunto que será tratado mais adiante), é preciso praticar a compaixão conforme o processo da CNV e, acima de tudo, o amor. Sem o amor não ocorre a socialização.

De outra modo, ao aplicar os quatro componentes da CNV, resta prestar atenção no que os outros estão observando, sentindo, precisando e pedindo; aliás, essa parte da comunicação denomina-se "receber com empatia". Como bem demonstra Marshall: " a empatia é a compreensão respeitosa do que os outros estão vivendo." Para tanto, ela perpassa os sentidos, para que se consiga efetivamente escutar com o coração, de forma a agir com compaixão e amor.[18]

O sujeito que se interessa em trabalhar com adolescentes autores de ato infracional no processo restaurativo precisa desenvolver sua empatia, bem como a capacidade de externar o amor; caso contrário, sem sentir tais sentimentos, não terá condições de dar-lhes a devida atenção. Ademais, quando o adolescente, aceita participar de um círculo restaurativo, ficando frente a frente com a sua vítima e a comunidade em que convive, ele (não esquecendo também a vítima) necessita ser ouvido e escutado.[19] .

Aliás, a escuta é o ponto de partida de todo processo restaurativo, pois requer ouvir de modo ativo e sem a pretensão de julgar. Por isso, tanto juizes, coordenadores dos círculos restaurativos ou qualquer pessoa que esteja na condição de ouvinte e tenha a pretensão de se comunicar de maneira não-violenta, valendo-se do poder da empatia, precisa observar alguns aspectos: ouvir com atenção e receptividade, antes de expressar seu posicionamento mesmo que contrário; explicar que tipo de conversa pretende ter,

[17] MATURANA, R., Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1997, p.184.
[18] MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p.133.

com o objetivo de ajudar o interlocutor a cooperar, bem como evitar desentendimentos; procurar expressar-se com clareza, falando devagar, passando ao outro todas as informações acerca do que está sentindo e pensando; traduzir e explicar as críticas e reclamações (e a dos outros) em termos de reivindicação; elaborar perguntas abertas e criativas; expressar consideração, gratidão e encorajamento, etc.[20]

Diante de tais abordagens sucintas sobre a comunicação não-violenta, que também é utilizada como procedimento nas práticas da Justiça Restaurativa, na 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, interessa discorrer rapidamente sobre essa experiência. Além disso, vale dizer que a Justiça Restaurativa é o resultado da comunicação não-violenta.

3 UMA ABORDAGEM CONCEITUAL SOBRE A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Feitas as considerações anteriores, passar-se-à a exposição de maneira resumida da origem da Justiça Restaurativa no mundo, destacando a experiência brasileira da 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul. E em seguida, uma breve abordagem conceitual construída por alguns operadores jurídicos e pensadores na área.

A denominação Justiça Restaurativa[21] é atribuída a Albert Eglash que, em 1977, escreveu um artigo intitulado Beyond Restitution: Creative Restitution. Segundo a concepção de Eglash, discorrida no referido artigo, há três respostas ao crime, que são: a retributiva baseada na punição; a distributiva, voltada para a reeducação; e a

---

[19] Ibidem, p.159.

[20] NETO, Scuro Pedro. Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. *Revista da AJURIS*/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. V.33, n.103. Porto Alegre: AJURIS. p.231-251, set.2006.

[21] A Justiça Restaurativa é definida pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas como sendo um processo em que todas as partes envolvidas em um ato que causou ofensa reúnem-se para decidir coletivamente como lidar com as circunstâncias decorrentes desse ato e quais suas implicações para o futuro. (Resolução 99/2002) (informação verbal) Notícia fornecida pelo Dr. Leoberto Narciso Brancher- Juiz da Infância e Juventude de Porto Alegre. II Simpósio sobre Juventude, Violência, Educação, Justiça. O processo educativo destinado a adolescentes em conflito com a lei no Brasil e nos Estados Unidos, Porto Alegre, em agosto de 2006.

restaurativa, tendo como fundamento a reparação.[22] No tocante a esse modelo de justiça, o mesmo integra a legislação de alguns países, destacando-se a Nova Zelândia.

Entre os conceitos mais relevantes de Justiça Restaurativa no mundo está o do advogado norte-americano Howard Zher, considerado um dos fundadores e principais teóricos sobre Justiça Restaurativa, tendo como destaque a obra "Changing Lenses" (trocando as lentes). Desenvolveu uma concepção detalhada das concepções fundamentais da Justiça Restaurativa, merecendo ênfase os seguintes pontos: o crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e relações interpessoais; as violações criam obrigações e responsabilidades; e a Justiça Restaurativa busca curar e corrigir injustiças.[23]

A partir dos anos setenta, e principalmente durante a última década, vêm crescendo internacionalmente as discussões em torno da Justiça Restaurativa. Dentro desse cenário, ressalta-se que os primeiros registros sobre práticas restaurativas foram apontados nos Estados Unidos, em 1970, sob a forma de mediação entre réu e vítima. O Instituto para Mediação e Resolução de Conflito (IMCR) utilizou 53 mediadores comunitários e recebeu 1.657 indicações em 10 meses. Por volta do ano de 1976, foi criado no Canadá e na Noruega o Centro de Justiça Restaurativa Comunitária de Victoria. Em meados de 1980, na Austrália, surgiram três Centros de Justiça Comunitária experimentais em Nova Gales do Sul. Além desses países, cite-se o Reino Unido, no ano de 1982, com o primeiro serviço de mediação comunitária; no ano de 1988, na Nova Zelândia, tendo como seu marco inicial a mediação vítima-agressor e depois de um ano foi recepcionada pelo respectivo ordenamento jurídico a « Lei Sobre Crianças, Jovens e suas famílias », incorporando a Justiça Penal Juvenil.[24]

---

[22] GALLI, Marcelo. Um novo modo de olhar o Direito. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, n.4,p.14-16, jan.2007.

[23] ZEHR, Haward; MIKA, Harry. *Conceitos fundamentais da justiça restaurativa.* Michigan: Michigan University, [s.d.] Mimeo.

[24] BRANCHER, Leoberto Narciso. Diferentes países e culturas, a mesma inquietude social<Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=HISTORIA> Acessado em 22 de abril de 2006.

Ademais, no ano de 1994, nos Estados Unidos da América, pesquisadores da área localizaram 123 programas de mediação vítima-infrator no país. Ressalta-se que no de 1999 foram realizadas conferências de grupo familiar de bem-estar e projetos piloto de justiça em curso na Austrália, na Nova Zelândia, nos Estados Unidos, na Grã-Bretanha e mais África do Sul.[25] Aliás, em meados de 2001 o Conselho da União Européia decidiu sobre a participação das vítimas nos processos penais para implementação de lei nos Estados. No ano de 2002, as Resoluções do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas - ONU criam conceitos relativos à Justiça Restaurativa, apoiando a sua implementação.

Destacando a experiência da Nova Zelândia[26], também Chile, Argentina e Colômbia caminham em direção à Justiça Restaurativa. Além disso, no Brasil ressalta-se a experiência com as práticas restaurativas desenvolvidas pela 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.

Ante essa breve contextualização histórica, sem esgotar o assunto, entende-se por Justiça Restaurativa o procedimento adotado entre os interlocutores ou as partes envolvidas e unidas pelo conflito ocasionado em decorrência da infração que, ao exporem seus sentimentos, suas emoções e, principalmente, suas necessidades básicas humanas, se predispõem a legitimarem um acordo e validá-lo entre si. O propósito inicial, quando observados alguns relatos dos operadores e profissionais diretamente envolvidos com a política pública socioeducativa restaurativa, é o de incluir o outro pela escuta, independente da posição que ocupa no processo, além de procurar refletir sobre o enfrentamento de conflitos como a violência produzida e sofrida pelos adolescentes, autores de ato infracional.

[25] Ibidem.

[26] O movimento foi gerado a partir da grande insatisfação na comunidade Maori pela maneira que eles e seus jovens eram tratados pelas agências sociais e pelo sistema de justiça criminal. Ver: MARSHALL, Chris; BOYACK**,** Jim & BOWEN**,** Helen. Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática: Uma Abordagem Baseada em Valores. n: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA> Acessado em: 17mai2006.

A esse respeito, Melo define Justiça Restaurativa, partindo do pressuposto que este modelo apresente soluções alternativas ou complementares ao sistema tradicional de justiça, especialmente ao retributivo. Portanto,

> Sua ênfase volta-se, de um lado, à procura por amparo às vítimas e ao atendimento de suas necessidades, dando-lhe um papel ativo na condução das negociações em torno do conflito. De outro lado, busca não apenas a responsabilização do causador do dano, valendo-se de recursos outros à punição e à sua estigmatização, mas também, pelo encontro que se dá entre um envolvido e outro no conflito, dar ocasião para o confronto de todas as questões que, a ver de cada qual, o determinaram e para o encaminhamento de possibilidades de sua superação ou transfiguração.[27]

Além da responsabilização do causador do dano, esse modelo disponibiliza um espaço de discussões entre os interlocutores envolvidos e ligados pelo ato infracional, mas que deixem de lado os estigmas e as rotulações. Logo, o que se espera é uma mínima possibilidade de restauração nas relações.

Do mesmo modo, De Vitto afirma que a aplicação prática desse modelo é o que mais se aproxima do que se deve esperar da intervenção do Estado em reação ao fenômeno delitivo: uma tentativa de conciliar as justas expectativas da vítima, do infrator e da sociedade.[28]

Por outro lado, Alison Morris diz que, por definição, não se sabe ao certo o que se pode precisar ou esperar que a justiça restaurativa "restaure" efetivamente. Embora coloque que a restauração significa, para as vítimas, a recomposição da segurança, da dignidade, do auto-respeito e do senso de controle.[29]

---

[27] MELO, Eduardo Rezende. et. al; Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais.Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa e, contraposição à justiça retributiva. In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005, p. 53-77.

[28]DE VITTO, Renato Campos Pinto,et. al; Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005, p. 41-50.

[29] MORRIS, Alison et. al; Criticando os críticos Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005, p. 449-450.

Mesmo que não se tenha a exatidão do que seja restaurar, uma interessante pesquisa sinaliza e otimiza a implementação da Justiça Restaurativa:

> Dados mais recentes (Maxwell *et al.* 2001), sobre 300 jovens que participararam dessas reuniões restaurativas em 1998 na Nova Zelândia, mostram, após uma análise preliminar, que mais da metade deles disseram que se sentiam envolvidos no processo decisório; mais de dois terços, que tiveram oportunidade de dizer o que queriam; mais de 80%, que entendiam a decisão; e mais de dois terços disseram que concordavam com a decisão. Da mesma forma, pesquisas recentes na Austrália mostram que os jovens infratores vêem as reuniões restaurativas como justas e estão satisfeitos com seus processos e resultados (Palk *et al.* 1998; Cant e Downie 1998; Strang *et al.* 1999; Trimboli, 2000; Daly 2001). No entanto, eu também entendo que "restaurar" significa a compensação dos males causados tanto pela vítima como aqueles por ela sofridos. Isto significa que nossas atitudes devem não somente ter como objeto as conseqüências do crime, mas também os fatores que a ela estão subjacentes. Nenhum processo, não importa o quão inclusivo, e nenhum resultado, não importa o quão reparador, poderão magicamente desfazer os anos de marginalização e exclusão social experimentados por tantos infratores (ver também Polk 2001), muito menos poderão suprir a necessidade que têm as vítimas de ajuda e aconselhamento terapêutico no longo prazo. [...].[30]

Embora as experiências na 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude sejam recentes para uma avaliação dos seus resultados, e que Morris entenda que ainda não há uma definição sólida e única do que realmente signifique restaurar neste modelo de justiça, sua afirmação é bem-vinda no que diz respeito à situação que nenhum resultado reparador poderá desfazer anos de marginalização, pobreza, exclusão e desigualdade vivenciados pelos infratores, no caso em tela, pelo adolescente. Por isso, nada demais em reconhecer que assim como o outro sistema de justiça, o retributivo (pautado exclusivamente na punição), também o da Justiça Restaurativa tem limitações. Limitações, como mencionado antes, construídas devido à invasão ou às distorções sofridas na comunicação que denotam a colonização do mundo da vida.

Dessa circunstância decorre que a possibilidade de a vítima, o infrator e a comunidade participarem no processo judicial evoca a importância dos atores sociais no processo e retoma o viés da democracia participativa. Importa, então, no próximo item, focar o entendimento de Jürgen Habermas sobre democracia, de maneira a visualizar

---

[30] MORRIS, Alison et. al; Criticando os críticos Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005, p. 449-450.

esse processo na execução de medidas socioeducativas, por conta da Justiça Restaurativa.

4 O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARTICIPATIVA NA EXECUÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Nessa dimensão é possível perceber que a Justiça Restaurativa, relacionando-a com a racionalidade comunicativa, pode contribuir no exercício da ação comunicativa, especialmente no processo da cidadania participativa na esfera pública. Para Habermas:

> A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o espaço social gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana.[31]

Com relação à esfera pública, caracterizada como um espaço argumentativo, os atores sociais podem levantar seus atos de fala e consolidar seus discursos pelo acordo. Aproveitando a construção Habermasiana sobre esfera pública, é possível aproximar tal conotação da Justiça Restaurativa. Veja bem, quando o adolescente autor de ato infracional reconhece a autoria e aceita participar do círculo restaurativo-espaço proporcionado ao encontro seu com a vítima e a comunidade -, identifica-se uma estrutura comunicacional do agir de cada um dos atores sociais para o entendimento. Nesse espaço, todos participam, erguendo seus atos de fala, mas de uma maneira tal que seus desejos, suas visões de mundo venham à tona, porém sejam válidas somente quando fundamentadas, reconhecidas no círculo e obviamente pelo ordenamento jurídico.

Ademais, Habermas menciona a necessidade de os interlocutores terem condições e capacidade para agirem e falarem comunicativamente. Nesse sentido, pode-se considerar que a comunicação não-violenta é uma ferramenta que operacionaliza os diálogos desses atores no círculo restaurativo.

À medida que se estudam alguns pontos sobre a teoria da ação comunicativa, é possível identificar a sua relação direta com a Justiça Restaurativa. Torna-se oportuna a menção dessa teoria porque a mesma auxilia na compreensão da sociedade e, em especial, da própria Justiça Restaurativa. Ademais, não há de se falar em cidadania e democracia sem entender a rede comunicacional proposta por Habermas.

É sabido que Habermas desenvolveu seus estudos voltados às ações sociais, em especial, a ação comunicativa e a ação instrumental. Na ação comunicativa, o uso da linguagem é orientado para o entendimento, sendo que os participantes unem-se em torno da pretensa validade de suas ações de fala ou constatam dissensos, os quais eles, de comum acordo, levarão no decorrer da ação.[32] Em outras palavras, a comunicação voltada para o outro, no sentido de ele não ser o meio para se chegar aos fins, como se dá quando um participante ou indivíduo age instrumentalmente.

Logo, na ação instrumental[33] os sujeitos agem com perspectivas voltadas exclusivamente para o sucesso. Do mesmo modo, poder-se-ia se dizer que a violência, além de ser uma distorção na comunicação para o entendimento mútuo, existe pelo caráter instrumental dado à mesma pelos homens.

Desse modo, em tese, pode-se dizer que o atual sistema de justiça por não utilizar o direito como uma linguagem socializadora, age instrumentalmente, isto é, pouco importa dispor de um espaço de escuta nos moldes da comunicação não-violenta para os interlocutores do processo judicial. Dito de outro modo, significa dizer que a relação de poder e as ideologias discursivas presentes no processo judicial podem retirar de seus

---

31 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre factcidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 92.

32 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre factcidade e validade, volume I; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 36.

33 MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 10. *Se examinarmos a história, a violência pode parecer pesar sobre a humanidade como uma fatalidade. Se o homem fosse um animal, seria o mais cruel dos animais. Mas o homem é um ser dotado de razão, e é precisamente por isso que é o mais cruel dos seres vivos. Se o homem não fosse dotado de razão, não teria sido capaz de programar consciente e cientificamente as tragédias de Auschwitz, de Hiroxima e do Arquipélago de Gulag. E há muitas outras tragédias, que ocorreram pelo mundo fora antes e depois destas, e que podem simbolizar igualmente o horror da violência organizada pelo homem contra o homem.*

membros a capacidade de agir e falar, dificultando a exposição de debates e posicionamentos que recepcionem o interesse mútuo[34]. As distorções descritas acima são denominadas por Habermas como colonização do mundo da vida.

Feitas essas assertivas, pretende-se nesta etapa do trabalho enfocar os princípios básicos definidos por Habermas, pois sabe-se que os mesmos servem de fundamento para a aplicabilidade do direito, podendo ser aqui relacionada a implementação da Justiça Restaurativa no Estado Democrático de Direito. Além disso, legitima o exercício da cidadania participativa no atual modelo democrático.

Portanto, entende-se que na propositura dos acordos nos círculos restaurativos, dois princípios básicos elucidados por Habermas devem estar presentes, ou seja, o princípio D (de discurso) e o princípio U (de universal). Pelo princípio D: "São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais"[35]Até porque com a prática argumentativa se instaura uma concorrência pelos melhores argumentos, em que a orientação se dê por um acordo mútuo.[36]

Por outro lado, tem-se o princípio U, pelo qual uma norma só é validada quando as conseqüências presumíveis e os efeitos secundários para os interesses específicos e para as orientações valorativas de cada um, decorrentes do cumprimento geral dessa mesma norma, podem ser aceitos sem coação por todos os atingidos em conjunto.[37]

Esses princípios servem para a fundamentação dos direitos, diga-se de passagem, para salvaguardar o interesse mútuo dos interlocutores do círculo restaurativo. Do que foi dito, vale lembrar ainda:

---

[34] GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Educação para a paz*: sentidos e dilemas. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2005, p.301.
[35] HABERMAS,Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 2v. p.142.
[36]HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002,p. 58.
[37] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002,p. 56.

> Nos discursos de *fundamentação moral* o *princípio do discurso* assume a forma de *princípio de universalização*, porque nas questões morais a referência deve ser a *humanidade toda*- interesse simétrico de todos. E como fica a fundamentação do direito? Nos *discursos jurídicos* o princípio do discurso assume a forma de *princípio da democracia*, porque nas questões jurídicas o sistema de referência é a *comunidade político-jurídica*.[38]

No que diz respeito à moral, há de se mencionar o Imperativo Categórico de Kant, em que as máximas (regras ou deveres) eram impostas a todos, não possibilitando a discussão e nem a construção que de fato interessaria aos atores sociais. Percebe-se que a construção sobre a fundamentação da moral por Habermas parte de Kant, porém, em sentido inverso, isto é, se justificam quando os interlocutores sobre o ponto de vista moral argumentam e escolhem o melhor argumento que venha atender ao interesse mútuo.[39] Logo, nos discursos de fundamentação moral, o princípio assume a forma de princípio de universalização, pelo fato de os questionamentos morais deverem estar voltados à humanidade.

Se ao contrário, as pessoas quiserem permanecer com a convicção aristotélica de que o juízo moral ligado ao *ethos* de um lugar particular, então há de se estar preparado para renunciar ao conteúdo emancipatório do universalismo moral, além de negar a violência estrutural que está inserida no contexto social marcado pela exploração, repressão a uma crítica inexorável.[40]

Por sua vez, essa interligação permite ver as categorias de direitos que geram o próprio sistema jurídico, desde os direitos básicos, inerentes ao discurso como condições de validade ou como o processo de legitimação de outros direitos. Desse modo, os princípios inscritos no discurso constituem os direitos básicos que devem ser

---

[38] Ibidem, p.55.

[39] HELFER, Inácio.Inclusão do outro, dever moral e direito segundo Habermas. In:Rogério Gesta Leal et al.(org.). *Direitos Sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. T. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

[40] HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Instituto Piaget, Lisboa, ? 1991,p.90.

reconhecidos mutuamente pelos cidadãos, caso estes queiram utilizar o *médium* direito positivo para regular legitimamente a convivência[41].

Logo, o lugar de onde provêm esses direitos, como o direito à vida, a liberdade, à educação, é a *razão comunicativa,* ou seja, não mais o sujeito e sim o discurso[42]. Em outras palavras, o reconhecimento dos direitos fundamentais e humanos na Constituição da República Federativa de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente como outras legislações pertinentes são oriundas da ação comunicativa que se dá pelo exercício da cidadania e da democracia participativa, pois os sujeitos ao identificarem e fundamentam e reconhecem suas necessidades humanas básicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o problema da violência estrutural, que tem no seu bojo mecanismos desencadeadores da criminalidade, da pobreza, da exclusão social e outros, se apresenta nesse cenário a Justiça Restaurativa que, numa perspectiva procedimental, poderá auxiliar no enfrentamento de tais problemas tão complexos, pelo menos dando maior significância ao papel social do Judiciário.

Nesse sentido, ao se propor compreender a funcionalidade da Justiça Restaurativa, lincando a ela o exercício da cidadania participativa e da democracia na execução de medidas socioeducativas, a teoria da ação comunicativa de Habermas é uma lupa de decodificação e facilitadora para o entendimento de tal modelo que se vale, além de outras ferramentas, da comunicação não-violenta para obter sucesso e tentar diminuir os danos causados pelo ato infracional (o crime) aos atores sociais envolvidos.

Por conta disso, não se quer afirmar ingenuamente que a implementação desse modelo de justiça, seja na sua íntegra ou como complemento às políticas de atendimento previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, resolverá por completo as demandas sociais e diminuirá os índices de violência e criminalidade. Contudo,

[41] LUDWIG, C. L et al. *Discurso e direito: o consenso e o dissenso*. In: ____. Direito e discurso discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p.56.
[42]Ibidem, p.45-65.

significa afirmar que com a sua efetivação e eficácia social se dará um avanço na longa caminhada que a sociedade precisa fazer, de maneira a reconhecer no outro as necessidades humanas básicas que são inerentes e comuns a ambos.

REFERÊNCIAS

BRANCHER, Leoberto Narciso. Diferentes países e culturas, a mesma inquietude social<Disponível em: www.justica21.org.br/interno.php?ativo=HISTORIA> Acessado em 22 de abril de 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DE VITTO, Renato Campos Pinto,et. al; Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005.

GALLI, Marcelo. Um novo modo de olhar o Direito. *Revista Visão Jurídica*, São Paulo, n.4,p.14-16, jan.2007.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Educação para a paz*: sentidos e dilemas. Caxias do Sul, RS: EDUCS, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópoles: Vozes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre factcidade e validade, volume I; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia*: entre factcidade e validade, volume II; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____, *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____, *Pensamento pós-metafísico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. *Teoria de la Acción Comunicativa: Complementos y Estúdios Previos.* Vol. I, Racionalidade de la Acción y racionalización Social. Madrid. Taurus, 1987.

HELFER, Inácio.Inclusão do outro, dever moral e direito segundo Habermas. In:Rogério Gesta Leal et al.(org.). *Direitos Sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. T. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006 p.1624.

JESUS, Damásio de. Justiça Restaurativa no Brasil. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br.> Acesso em: 04 fev.2007.

JACCOUD, Myène, et. al., Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005.

MATURANA, R., Humberto. *A ontologia da realidade*. Belo Horizonte: UFMG, 1997.

MASLOW, Abraham H. *Introdução à Psicologia do ser*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Eldorado 1970.

MELO, Eduardo Rezende. et. al; Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais.Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa e, contraposição à justiça retributiva. In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005, p. 53-77.

MULLER, Jean- Marie. *O princípio de não-violência.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

MORRIS, Alison et. al; Criticando os críticos Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005, p. 449-450.

NETO, Scuro Pedro. Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. *Revista da AJURIS*/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. V.33, n.103. Porto Alegre: AJURIS. p.231-251, set.2006.

PINTO, Renato Sócrates, et. al., Justiça Restaurativa é possível no Brasil ? In:SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, (Org.), *Justiça Restaurativa*, Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PUND, 2005.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não – violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.

THE CHILD LOVE MOVEMENT: UM OLHAR CRÍTICO SOBRE O ATIVISMO PEDÓFILO

Suheyla Fonseca Misirli Verhoeven*

RESUMO

Esse trabalho visa descortinar alguns dos principais argumentos do movimento de ativismo pedófilo para que sejam abolidas as leis que criminalizam a prática sexual com pessoas de idade inferior ao mínimo legal estabelecido. Apesar de as organizações pedófilas repudiarem a idéia de violência para a obtenção do prazer carnal com uma criança, pregam ser natural o envolvimento sexual de pessoas, independentemente de suas idades, desde que haja o mútuo consentimento. Mostraremos, no presente artigo, as principais organizações que estão, ou já estiveram, em funcionamento e, principalmente, buscaremos demonstrar que a criança, apesar de não ser assexuada, é incapaz de dar seu livre consentimento para um envolvimento sexual.

PALAVRAS-CHAVE: CRIANÇAS, ATIVISMO PEDÓFILO.

ABSTRACT

This work aims to disclose some of the main arguments of the pedophile movement active in order to abolish the laws, which criminalize sexual practice with people under the age, already established. Although the pedophile organizations repudiate the idea of violence in order to obtain pleasure with a child, they claim to be natural the sexual involvement of people, independently of age, since it has mutual agreement. We will show, in the present article, the main organizations that are or had been, operating and mainly, we will try to demonstrate that the child, although not being non sexual, is incapable to give a free consent for a sexual involvement.

KEYWORDS: CHILDREN, PEDOPHILE MOVEMENT ACTIVE

* Advogada, Professora Universitária e Mestranda em Políticas Públicas e Processo do Centro Universitário Fluminense – UNIFLU – Faculdade de Direito de Campos, RJ.

INTRODUÇÃO

Engana-se quem pensa que os pedófilos apenas atuam trocando imagens eróticas e/ou pornográficas envolvendo crianças e/ou adolescentes ou praticando sexo com os menores de idade. Uma breve pesquisa acerca do ativismo pedófilo revela que as pessoas que compartilham o "amor" por jovens ou crianças estão se reunindo e começam a exigir que a sociedade reconheça o tipo de relação proposto e vislumbram como parte da trajetória de aceitação a proteção legal.

Movimentos mundiais a favor da abolição ou diminuição da idade mínima legal para o consentimento sexual de um indivíduo ganham força e organização: é crescente o número de adeptos às organizações que apoiam a pedofilia e a pressão feita pelos *childlovers* no poder legislativo em plano global já não pode ser ignorada.

O termo pedofilia tem origem grega e possui como tradução o amor/amizade pelas crianças. Pedófilo, frisam alguns especialistas, é aquele indivíduo que possui atração sexual primária ou exclusiva por crianças, mesmo sem nenhum contato sexual efetivo. Acrescentam que nem todos aqueles que praticam o abuso sexual de crianças é pedófilo, pois podem ter sido impulsionados por outras variáveis que não a predileção sexual por infantes. A pedofilia é atualmente considerada pela psiquiatria uma parafilia, espécie de desvio sexual.

Os ativistas pró- pedofilia pregam o livre amor (entendendo-se consequentemente sexo) entre os indivíduos, independentemente da idade dos amantes. Repudiam, enfaticamente, o ato sexual violento, considerando-se defensores somente do sexo com crianças quando as mesmas expressam consentimento e vontade nessa direção.

Um número considerável dessa tendência abolicionista encontra suas raízes nos próprios movimentos homossexuais que pregam a liberdade plena no ato sexual. Mas, apesar de grande parte dos ativistas pedófilos ser formada por pessoas que se atraem sexualmente por outras do mesmo gênero, expressivo número de adeptos desse pensamento é heterossexual.

Várias organizações possuem periódicos para publicação de seus ideais, sites, forum de discussões, assistência jurídica para membros e várias outras facilidades que demonstram o poder crescente que vêm adquirindo e que são facilmente percebidos pelo mundo através da Internet.

Como grande parte da exteriorização dessas organizações ocorrem pelo mundo virtual, a internet se solidificou como o instrumento principal para essa pesquisa. Devemos salientar que há muito sentimos com a escassez de material publicado a respeito das organizações de ativismo pedófilo, mas, confessamos, essa situação serviu de estímulo para que se elaborássemos o presente estudo.

Cabe nesse artigo confrontar o direito fundamental da liberdade, principal argumento das referidas organizações de liberação sexual entre adultos e crianças, com algumas informações a respeito das conseqüências de uma prematura experiência sexual por parte das crianças, pondo em xeque um outro princípio: o da dignidade da pessoa humana.

Esse trabalho é o resultado parcial da pesquisa que está sendo desenvolvida no grupo de pesquisa Teorias e Métodos de Interpretação dos Direitos Fundamentais do Mestrado da Faculdade de Direito de Campos, sob a orientação do professor Dr. Manoel Messias Peixinho.

1. ALGUMAS ORGANIZAÇÕES DE ATIVISMO PEDÓFILO EM FUNCIONAMENTO

1.1 NAMBLA[1]

The North American Man/Boy Love Association é baseada nas cidades de Nova York e São Francisco, nos Estados Unidos. Como sugere o nome da organização, trata da reunião de homens homossexuais (e algumas crianças e adolescentes do sexo masculino) que defendem, veementemente, a legalização da relação sexual entre homens e meninos,

[1] Informações retiradas do site http://www.nambla.org/, acesso em 15/05/2007

sob o argumento de que as minorias possuem o direito de livremente explorar a sexualidade.

A grande meta dessa organização é acabar com a opressão de homens e meninos que livremente consintam no relacionamento. Clama por adoção de leis capazes de proteger tanto as crianças que não repudiam determinada relação sexual, quanto à liberdade daquelas que se propõem exercer a sua própria sexualidade.

Nos anos 80, a NAMBLA informou ter 300 membros mas, a partir de então, passou a manter sigilo a respeito da quantidade de associados. Em uma investigação realizada em 1995 pelo FBI foi constatado que a organização contava com aproximadamente 1.100 membros. Estima-se que no ano de 2007 a quantidade de afiliados seja expressivamente maior.

A NAMBLA se descreve como um grupo de assistência aos relacionamentos intergeracionais , tem como slogan a liberdade sexual para todos e como objetivo o apoio aos direitos da criança/adolescente e adultos de escolherem seus parceiros com quem desejam dividir seus corpos.

Um dos seus principais argumentos é o de que leis que estipulam a idade do consentimento desnecessariamente criminaliza relações sexuais entre os menores de idade e os adultos. Uma de suas políticas mais expressivas é a da abolição do consentimento legal para que uma criança ou adolescente possa se permitir usufruir livremente se seu corpo com um adulto.

1.2 MARTIJN[2]

A associação foi fundada na Holanda, em 1982, e luta pelo reconhecimento legal e pela aceitação social de relacionamentos sexuais entre adultos e crianças. Se revelam contra a política de “terror e discriminação” instaurada no cenário atual contra esse tipo de relacionamento.

Possuem a política de ajuda voluntária aos membros e disponibilizam publicações de interesse dos seus membros. São ações dessa associação:

A. Publicação da OK magazine;

B. Gerenciar o site www.martijn.org;

C. Fornecer conselho, apoio e informação;

D. Procurar estabelecer diálogo com políticos;

E. Lutar pela cooperação de grupos com ideais similares;

F. Ter um grupo de discussão.

Para ter acesso às publicações, os pedófilos devem se associar e, para isso, uma quantia é exigida em troca.

1.3 JON[3]

Fundado em 1979, é um grupo holandês de apoio às pessoas que tem habilidade de se apaixonar por crianças". O site, disponível para leitura em sete idiomas(holandês, inglês, dinamarquês, italiano, francês, espanhol e alemão) diz oferecer um ambiente para acolher os sentimentos de cada pedófilo no grupo e garantem aos novatos que não estão só. Realizam encontros mensais onde os membros prestam auxílios recíprocos.

1.4 RENE GUYON SOCIETY

A organização teve no jurista francês, Renè Guyon, nascido no ano de 1876 a grande inspiração para a sua fundação, devido a elaboração de seu 'Etude ethique d'sexuelle, contendo 10 volumes[4]. Possui sede na Califória, Estados Unidos, e revela contar com aproximadamente 10.000 membros. O slogan da comunidade em tela é "Sex before eight, or else it's too late".

1.5 AMBLA[5]

A sigla que significa Austalian Man Boy Love association pertence a um grupo que foi "reorganizado como um grupo desorganizado". Não disponibilizam mais um endereço

---

[2] Informações colhidas do site www.martijn.org. Acesso em 01/05/2007.
[3] Informações colhidas do site http://home.uni-one.nl/plein/jon/. Acesso em 01/05/2007
[4] 1- A legitimidade dos atos sexuais; 2- A liberdade sexual; 3- Revisão das instituições clássicas; 4- A política racional da sexualidade; 5- O prazer sexual; 6- Perseguição dos atos sexuais; 7- perseguição dos atos sexuais, vol II; 8- O terror puritano da sociedade moderna; 9- A organização da sociedade pró-sexual; 10- A abolição das ofensas sexuais na lei penal. (Tradução livre do francês)

ou telefone oficial, reuniões ou membros. Hoje representa apenas um meio para pessoas se encontrarem individualmente.

1.6 AG-PAEDO[6]

Organização expressiva de ativistas pedófilos alemães que realizam dois encontros anuais. Possuem publicações de interesse da comunidade pedófila e dão suporte para prisioneiros que foram condenados em razão de envolvimento sexual com crianças.

1.7 COALITION PÉDOPHILE QUEBECOIS[7]

É uma organização que era dada como extinta, mas consistentes sinais atuais indicam a sobrevivência dessa comunidade pedófila no Canadá.

1.8 DANISH PAEDOPHILE ASSOCIATION (DPA)[8]

É uma comunidade de ativismo pedófilo situada na Dinamarca. Ainda não possuimos dados maiores a respeito desse grupo.

2. EXEMPLOS DE SITES SOBRE O ATIVISMO SEXUAL ENTRE ADULTOS E CRIANÇAS

2.1 GLGARDEN[9]

É um site de ativismo pedófilo que se propõe a compartilhar experiências entre adultos e meninas. Abraça como missão a luta para estabelecer a plena democracia de direitos para todas as pessoas que sentem atração por faixas etárias diferentes, bem como conquistar a mesma proteção legal que é usufruída por outras minorias.

2.2 FREE SPIRITS[10]

---

[5] Informações colhidas do site http://www.ipce.info/newsletters/nl_e_2.html . Acesso em 01/05/2007.
[6] Informações obtidas do site http://www.ipce.info/newsletters/nl_e_2.html . Acesso em 01/05/2007.
[7] Informações obtidas do site http://www.ipce.info/newsletters/nl_e_2.html. Acesso em 01/05/2007.
[8] Informações obtidas do site http://www.ipce.info/newsletters/nl_e_2.html . Acesso em 01/05/2007.

Free Spirits é um site de relacionamentos na Internet que apoia a união sexual entre homens e garotos. Em sua página inicial informa que a atração sexual existente entre homens adultos e meninos é comum e que várias pessoas chamam esse fenômeno de orientação sexual, como qualquer outra.

A grande mola propulsora do sítio é o que chamam de BoyChat, um fórum de discussão que reúne homens que se sentem atraídos por meninos e, segundo informam, eventualmente crianças ou adolescentes que se envolvem sexualmente com adultos.

A missão verbalizada por esse grupo de pessoas que mantém a página na internet é a de promover a livre comunicação entre os pedófilos, que definem como a minoria sexual mais incompreendida na sociedade atual. Segundo o que revelam, é o local apropriado para discussões entre os ativistas pedófilos, encontrar apoio dos membros e educar o resto da sociedade a respeito dessa "diferente e responsável comunidade".

A comunidade é mantida por contribuições de seus membros que se encontram ao redor do mundo e aceitam a moeda do país ao qual pertencem. A única exigência que fazem é que a doação seja feita em dinheiro. Para poder incentivar essa prática os responsáveis pelo site em tela disponibilizaram uma seção em que as pessoas podem especificar a quantia que estão doando, protegidos por um pseudônimo. No dia 01 de maio do ano de 2007, às 9:00h da manhã contamos 346 doações que variavam desde quantias simbólicas até o cifra de US$ 1.000,00. Válido é frisar que nem todos os indivíduos que contribuem monetariamente com a comunidade tem seus apelidos lançados no rol dos doadores, fazendo-nos concluir que o número de pessoas que ajudam a manutenção do site e, consequentemente adiram efetivamente ao ideal de pensamento da organização é substancialmente superior.

2.3 CHRISTIAN BOY LOVE FORUM[11]

É um fórum de discussão que visa proporcionar apoio aos pedófilos cristãos. Revela, em sua página inicial, que a razão da criação da página é que a maioria desses

[9] Informações retiradas do site www.glgarden.org. Acesso em 01/05/2007
[10] Informações colhidas do site da organização www.freespirits.org. Acesso em 01/05/2007

homens se encontram na posição de não haver ninguém para compartilhar a sua fé e sentimentos sexuais. Dessa forma, seria aquele considerado o local adequado para o "mútuo encorajamento, apoio e conselho buscando lidar com a sexualidade e reação social de maneira "saudável e responsável". Justificam esse discurso com a finalidade de viver com integridade e manifestar a fé de modo que honra a Deus e demonstra o amor de Jesus Cristo a todas as pessoas.

O sítio possui um *prayer room* em que podemos encontrar orações como essa:

> " Father, Please help me make the right choice in regards to my marriage. As much as it depends on me, let me be willing, honest, giving and gracious.
> As much as I'm feeling rebelious, stubborn, selfish, and lustful... help me be humble and repentant.
> Not my will but Your's be done... make me willing to do Your will in those areas where I'm not.
> Help me to have courage to stand up during this trial and choose what is true and right.
> Help me to understand if my minor attraction can be healed or if it is a thorn in my flesh that must be endured by grace.
> Help me to exercise self-control of my thoughts and fantasises and direct my passions towards my wife as much as I am able.
> Show me how to have appropriate relationships with boys... In terms of friendship: what is ok and what is not?
> I ask these things in Jesus name.
> Amen."[12]

3. ORGANIZAÇÕES PROVAVELMENTE EXTINTAS DE ATIVISMO PEDÓFILO

No decorrer da pesquisa encontramos várias menções a organizações que já estiveram em funcionamento. São elas:

3.1 Aktion Freies Leben (AFL) – Alemanha;

3.2 APSG/BLAZE – Austrália;

---

[11] Informações retiradas do site www.cblf.org . Acesso em 01/05/2007

[12] Decisions (Posted by **Cat** on 2007-03-5 04:16:25, Monday). Disponível em http://www.cblf.org/prayer/messages/105438.htm . Acesso em 01/05/2007.

3.3 Arbeitskreis Päderastie-Pädophilie (AKP) – Alemanha;

3.4 Centrede Recherche et d'information sur l'enfance et la sexualite (CRIES) – Bélgica.

3.5 Childhood Sensuality Circle (CSC) – Estados Unidos;

3.6 DokumentatiedienstPedofilie – Bélgica;

3.7 DSAP – Alemanha;

3.8 Groupe de Recherche Pour une Enfance Differente (GRED) – França.

3.9 Gruppo P – Itália;

3.10 Indianekommune – Alemanha;

3.11 Norwegian Pedophile Group (NAFP) – Noruega.

3.12 Paedophile Action for Liberation (PAL) – Inglaterra;

3.14 Pedophile Information Society – Estados Unidos;

3.15 Pädogruppe, Rat und Tat- Zentrum – Alemanha;

3.16 Paedophile Information Exchange (PIE) – Grã Bretanha;

3.17 Project Truth – Estados Unidos;

3.18 Schweizerische Arbeitsgemeinschaft Pädophile (SAP) – Suiça;

3.19 Stuiegroep Pedofilie – Bélgica;

3.20 Stiekum – Bélgica;

4. ORGANIZAÇÕES EM FUNCIONAMENTO QUE NÃO OBTIVEMOS DADOS ATÉ O MOMENTO

Algumas organizações de ativismo pedófilo foram mencionadas por outras, o que nos fez perceber que o universo ativista é superior ao que estávamos sendo confrontados. Tendo como obstáculos o espaço geográfico e falta de maiores informações na Internet ainda não conseguimos colher dados suficientes a respeito das organizações infracitadas.

4.1 Eulenspiegel Society – Estados Unidos;

4.2 Lewis Carroll Collector's Guild – não conhecemos onde está sediada;

4.3 Fach und Selbsthilfegruppe Paedophilie – Alemanha;

4.4 Verein Fuer Sexuelle Gleichberechtigung (VSG) – Alemanha;

5. DEPOIMENTOS SOBRE O ENVOLVIMENTO SEXUAL ENTRE CRIANÇAS E ADULTOS

5.1 De Crianças Envolvidas em Relacionamentos Sexuais com Adultos

> "Você deveria ser capaz de amar quem você quiser, quando você quiser e, enquanto os dois estão felizes, não importa o que qualquer um pense." Depoimento de um menino de 10 anos de idade.[13] (tradução livre)

> "Eu quero amar e ser amado por quem eu quiser. Tenho tido um amigo mais velho nos últimos dois anos. Eu não sou homossexual, eu gosto de garotas. Ele não gosta, mas nós nos entendemos muito bem. Não interessa a ninguém o que fazemos ou não fazemos… Parem de me proteger, por favor!" Depoimento de uma criança de 11 anos de idade.[14](tradução livre)

> "Por que eu deveria me sentir culpada pelo maravilhoso relacionamento que eu tive com aquele homem (…)?" Depoimento de uma mulher na faixa dos 20 anos de idade a respeito do relacionamento que começou com um homem mais velho quando tinha apenas 6 anos de idade.[15] (tradução livre)

> "NINGUÉM NUNCA ABUSOU DE MIM! Eu era livre para dizer 'SIM'!!!!' E também sabia como dizer 'não' se tivesse alguma coisa que eu pudesse não gostar." Depoimento de um homem que começou a ter vida sexual aos sete anos de idade com homens mais velhos.[16] (tradução livre)

---

[13] "You should be able to love whoever you want when you want and as long as you both happy it dont matter what anyone else thinks.". Depoimento disponível no site http://www.cerius.org/child/Hoby.htm . Acesso em 01/05/2007.

[14] "I want to love and be loved by whom I want. For the last two years I have an older friend. I am not gay, I like girls. He doesn't, but we understand each other very well. It is nobody's business what we do or don't do. … Stop protecting me, please!". Depoimento disponível no site http://www.cerius.org/child/complain.htm . Acesso em 01/05/2007.

[15] "Why should I feel guilty about the wonderful relationship I had with that man (…)?" Disponível no site http://www.cerius.org/child/WhyFeelGuilty.htm . Acesso em 01/05/2007.

[16] "NOT A SINGLE ONE EVER ABUSED ME ! I was free to say 'YES!!!!' and also knew how to say 'no' if there were ever anything I might not want" Disponível no site http://www.cerius.org/child/siao.htm . Acesso em 01/05/2007.

5.2 De Ativistas Gays.[17]

> "O amor entre homens e meninos é o alicerce do homossexualismo… Não devemos deixar que a imprensa e o governo nos seduzam e nos façam acreditar em informações erradas. O estupro de crianças realmente existe, mas há também as relações sexuais boas. E precisamos apoiar os homens e os meninos nesses relacionamentos."
>
> "Os amantes de meninos e as lésbicas que têm amantes mais jovens são as únicas pessoas que estão se oferecendo para ajudar os jovens… Eles não são estupradores de crianças. Os estupradores de crianças são os padres, os professores, os terapeutas, os policiais e os pais que forçam os jovens, que estão sob sua responsabilidade, a aceitar sua moralidade fora de moda. Em vez de condenar os pedófilos por seu envolvimento com jovens gays e lésbicas, devíamos apoiá-los."
>
> "Na minha opinião, a pederastia devia receber o selo de aprovação. Acho que é verdade que os amantes de meninos [os pederastas] são muito melhores para as crianças do que os pais…"
>
> "Nos casos de consentimento mútuo e atração sexual mútua, a própria atividade sexual [entre homens e meninos] parece não produzir nenhum efeito danoso. Espera-se que isso possa tranqüilizar os pais e ajudá-los a evitar preocupações e desilusões desnecessárias."
>
> "Naqueles casos onde crianças têm relações sexuais com um irmão mais velho que é homossexual… minha opinião é que muitas vezes é a própria criança que deseja essa relação, e talvez a peça, por curiosidade natural… ou porque ela é homossexual e instintivamente sabe disso… Diferente de casos de meninas e mulheres estupradas à força e traumatizadas, a maioria dos gays tem boas memórias de seus primeiros encontros sexuais quando eram crianças."
>
> "Sexo entre jovens e adultos é uma das questões mais difíceis no movimento gay. Quando é que um jovem tem o direito e a autoridade de fazer suas próprias decisões sexuais? De que modo as leis contra sexo entre adultos e crianças são usadas especificamente para mirar os gays?"

[17] Depoimentos colhidos no site http://www.moses.org.br/artigos/mostra_artigo.asp?ID=49 . Acesso em 01/05/2007.

6. CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE O ABUSO SEXUAL

Inicialmente, cabe- nos fazer breves considerações sobre o fenômeno do abuso sexual ora abordado no presente artigo. Etimologicamente “abuso” indica o distanciamento, a ruptura do uso normal. Abuso sexual, portanto, sob esse prisma, seria o uso condenável ou excessivo da sexualidade sobre outrem.

O abuso sexual possui várias facetas que não cabem, no momento, serem analisadas. Tomaremos como fonte de inspiração para o desenvolvimento desse específico tópico a situação em que meninos e meninas teoricamente consentem com a prática sexual com o adulto. Não falaremos de violência, coação física ou moral ou uso da autoridade por parte do adulto envolvido. Tão pouco do temor sentido pela criança.

Lembremos que nesse trabalho específico tratamos de movimentos ativistas pela liberdade sexual entre adultos e crianças. Dessa feita, um dos principais argumentos da comunidade pedófila é o de que violência não há nas interações sexuais, mas o consentimento de ambos os envolvidos, sim.

Pois bem, temos de um lado um adulto que diz amar uma criança e só querer o seu bem. De outro temos uma criança que diz (como um dos depoimentos apresentados no tópico 5.1) que não sofreu abuso algum, posto ela mesmo ter aceitado o envolvimento e ter se sentido capaz de dizer ‘sim’.

Assim sendo, usaremos o termo abuso sexual, especificamente para esse trabalho, para qualificar o tipo de relacionamento sexual sem violência que envolve um adulto e um menor de idade. Teremos como ponto de partida o uso anormal da sexualidade, uma vez que não consideraríamos normal o envolvimento sexual em que os pólos se encontram em total disparidade de desenvolvimento pasicossexual.

Conforme ponderamos anteriormente, a violência não é a mola propulsora para esse tipo de relação. Andamos , pois, em um terreno deveras argiloso em que predomina a

sedução e a conquista. Procuramos, neste trabalho levantar o véu que encobre o universo sexual em que tanto se prega o consentimento dos envolvidos.

6.1 O JOGO DE SEDUÇÃO

O agente tipicamente pedófilo, como anotado em oportunidade anterior, é aquele que sente atração primária ou exclusiva por crianças ou adolescentes. São indivíduos, em regra, muito simpáticos e convidativos aos olhos de uma criança ao passo em que, como ninguém, sabem atrair e manter a atenção dos pequenos. A satisfação das crianças em estar com esses indivíduos é uma motivação a mais para os pais confiar-lhes os seus filhos, pois como um adágio popular bem conhecido prega "as crianças gostam de quem as trata bem".

Conforme bem salientado por Bouhet, Pérard e Zorman[18], após alguns trabalhos clínicos é possível adiantar a hipótese de que:

> "(...) as crianças pouco vigiadas, deixadas por sua própria conta e/ou que têm carências emocionais e afetivas, são mais vulneráveis e constituem provavelmente o alvo preferido dos autores de abusos(...)".

As vítimas dos pedófilos são, geralmente, muito carentes de afeto e atenção e, em considerável parte das vezes , pertencem a uma família que possui membros ausentes, seja fisicamente pelas obrigações cotidianas, seja emocionalmente pelo simples descaso ou até mesmo por ausência de vínculos solidificados. Crianças que são alvos de chacotas entre os colegas, as menos sociáveis, introvertidas ou submissas também são alvos fáceis.[19]

Os agentes conseguem transitar com facilidade no mundo infantil, agindo e demonstrando pensar como uma criança. Isso faz com que os infantes se sintam orgulhosos por ter um amigo mais velho que gosta e faz questão de estar em companhia deles, enquanto os seus próprios pais encontram-se por demais atarefados ou não possuem a

[18] BOUHET, B., PÉRARD, D .e ZORMAN, M. A importância dos abusos sexuais na França in crianças vítimas de abuso sexual, São Paulo: Summus, 1997. P. 41.
[19] Informações extraídas da pesquisa realizada em 1989 por Conte, Wolf e Smith inserida, em partes no artigo desenvolvido Lamour de título Os Abusos Sexuais em Crianças Pequenas, p. 57.

mesma sensibilidade que o "novo amigo" para entender problemas tão específicos da faixa etária.

A aparente inocência dos agressores é facilmente dismistificada ao serem analisados os rituais de captação da criança. Maliciosos, não perpetram o abuso sexual na primeira oportunidade(pois como se orgulham em falar, não estupram). Agem como se estivessem em uma partida de xadrez: avaliam, cuidadosamente, o próximo movimento.

Tornam-se o melhor amigo e confidente da criança. Passam a impressão de entender, como ninguém, os seus problemas e apoiam incondicionalmente suas atitudes fazendo com que o pequeno progressivamente se afeiçoe a ele.

As visitas da criança na casa do pedófilo tornam-se freqüentes e as brincadeiras sem conotação sexual são muitas. A criança enxerga naquele adulto um cúmplice, antes de tudo um igual, só que mais velho.

A partir desse momento é iniciado o ritual de dessensibilização dos infantes. É comum deixarem os pedófilos, em local de livre acesso, fotos de outras crianças nuas, revistas pornográficas ou qualquer outra coisa que sirva de ponte ao sexo, fazendo com que a curiosidade natural das crianças as levem a manusear esse material. Importante é ressaltar que produtos dessa espécie raramente são oferecidos, sendo, em regra, o primeiro passo de acesso o da criança. Está lançada a isca. Uma brecha foi aberta para o início do contato físico.

Uma pesquisa[20] realizada em 1989 por Conte, Wolf e Smith[21] revela o *modus operandi* dos envolvidos em abuso sexual:

> "A maioria descreve um processo de encetar de relacionamento antes de chegar aos contatos sexuais. Por exemplo: conversar com ela, passar um tempo em sua companhia, tocá-la com freqüência, fazer-lhe carinhos. Um deles conta que depois de ter brincado com a criança e ganhar

[20] A pesquisa abordou 20 adultos que abusaram sexualmente de crianças e os interrogaram sobre o critério de escolha da vítima, a forma pela qual se engajam e mantêm essas crianças nas situações de abuso sexual. Os agentes responderam 69 questões.

[21] Apud LAMOUR, Martine. Os abusos sexuais em crianças pequenas in Crianças vítimas de abuso sexual. São Paulo: Summus, 1997. P. 57

> sua confiança, começa a utilizar diferentes modos de contato: primeiro toca as costas da criança, depois a cabeça etc., com o objetivo de testar os limites da vítima. Outro afirma que isola a criança das demais pessoas e faz carícias, de uma maneira lúdica, aproximando-se cada vez mais dos órgãos genitais”

Os pedófilos, como é de esperar com as atitudes acima descritas, fazem a criança acreditar em que elas mesmas buscaram e quiseram os atos sexuais e, por mais incrível que possa parecer; eles próprios crêem nesse mito. Não raro as crianças tornam-se emocionalmente dependente desses agentes abusivos, pois acabam por expressar a fonte maior – ou, talvez, única – de carinho e atenção.

Em se tratando de ser o *childlover* um indivíduo experiente (pois é capaz de manipular os atos das crianças sem que elas próprias percebam) o vínculo que passa a ser criado entre e vítima é muito grande e a criança é incapaz de ver o agente abusivo como criminoso. Pelo contrário. O pedófilo passa a ser traduzido em uma pessoa sempre presente quando se precisa, na fonte de afeto e atenção sonhada e na pessoa que “ajudou” a criança a descobrir o prazer sexual.

Aqueles que possuem interesse sexual primário ou exclusivo por crianças tendem a seduzir vítimas não pertencentes a sua família por não desejarem correr o risco de ser a sua predileção sexual descoberta em seu meio.

A experiência sexual com crianças desenvolvida por adultos fazem esses agentes perceber que as vítimas, muitas vezes, se afeiçoam a eles, fazendo-os discordar dos tabus sociais que enlaçam as práticas sexuais entre adultos e crianças. Os pedófilos passam, então, a não mais enxergar o seu envolvimento com crianças como algo errado ou reprovável e tendem a procurar outros adultos que compartilham da mesma opinião por possuir a mesma predileção sexual.

O agente ao interagir com o mundo dos pedófilos observa que não são poucas as pessoas que mantém e pregam o sexo com crianças como algo natural e acaba por abraçar

explicitamente, ou não, essa bandeira. Sente-se injustiçado pela sociedade que rotula um ato de "amor" como crime.[22]

Através desse pseudo consentimento infantil (fruto de manipulação) , adultos que mantém sexo com crianças se organizam em todo o mundo e lutam para que a idade do consentimento sexual legal seja abolida.

7. LIBERDADE X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os *childlovers* normalmente evocam o princípio da liberdade a fim de justificar a pressão por eles feita para que as normas que determinam uma idade mínima para o consentimento sexual seja abolida. Segundo o pensamento da grande maioria desses agentes, as pessoas, independentemente de suas idades, devem ter a liberdade de usufruir dos seus corpos como bem entenderem.

Ocorre, entretanto, que esses obstinados ativistas acabam por confundir crianças em peculiar fase de desenvolvimento com adultos em miniatura. Mas não tratamos em termos psicológicos, emocionais ou sexuais de indivíduos no mesmo nível evolutivo. Em razão disso, em um pólo encontraremos a figura do subordinante, enquanto no outro vislumbraremos o subordinado, ou seja, o adulto usará crianças para satisfazer seus próprios impulsos sexuais.

É instaurado, portanto, o abuso sexual no relacionamento proposto. Como bem observa Kempe há o abuso sexual quando "se trata de atividades sexuais inadequadas para a idade e desenvolvimento psicossexual da criança (...)". [23]

Não afirmamos em momento algum que a criança é assexuada, mas que o nível de evolução sexual e emocional que possui é bem inferior ao do adulto. Lamour , citando Freud, diz que a sexualidade infantil "concerne às atividades da primeira infância em busca de gozos localizados que este ou aquele órgão pode proporcionar", mas adverte: "a

[22] Quando pesquisamos o pensamento dessas organizações observamos referências aos direitos das crianças e a condenação maciça ao sexo sem o consentimento infantil.
[23] GABEL, M. Algumas observações preliminares in crianças vítimas de abusos sexuais. São Paulo: Summus, 1997.

sexualidade infantil ultrapassa a genitalidade. Tais comportamentos podem ser precussores da sexualidade adulta". [24]

Desta forma, apesar de a criança possuir sexualidade e a exercitar, devemos observar essa situação como um treino, uma espécie de ensaio para que possa bem exercê-la quando madura. Uma intervenção adulta trazendo para o universo infantil práticas e valores para os quais não se encontram preparadas pode causar severas conseqüências nesses seres ainda em desenvolvimento.

José Afonso da Silva bem recorda que a Declaração de 1978 diz que " A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem".[25] Isso posto, não poderíamos conceber a liberdade em um cenário onde se encontra a violação do direito de um ser em peculiar condição de desenvolvimento que, justamente por essa razão, necessita de cuidados e amparo especiais.

Urge ressaltar que a liberdade não é um princípio absoluto, sem medidas. Ao contrário: é com a limitação das liberdades individuais que alcançamos a plenitude do princípio em tela. Ora, se a todos fosse dada a liberdade de realizar todo e qualquer ato, ninguém teria espaço para exercitar livremente a liberdade individual, posto que, a todo o momento, a liberdade de um indivíduo seria violentada pelo exercício de liberdade de outrem.

Assim sendo, não há que se preservar a liberdade de um adulto em praticar atos libidinosos com uma criança, uma vez que a última se traduziria, no envolvimento em testilha, em objeto e não sujeito da relação. A partir do momento em que reduzimos uma pessoa da posição de sujeito para a de objeto, ferimos brutalmente um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico: o da dignidade da pessoa humana.

Como explica Kant, "o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade"[26]. Elevamos a dignidade da pessoa humana como princípio mundialmente

[24] LAMOUR, M. Os abusos sexuais em crianças pequenas: sedução, culpa e segredo in crianças vítimas de abusos sexuais. São Paulo: Summus, 1997.
[25] SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2000. P.236

[26] KANT, I., Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa, Edições 70. P. 68.

observado e respeitado e, em solo pátrio o encontramos na posição de princípio fundamental da nossa Magna Carta no art. 1ª, inciso III. A dignidade da pessoa humana é, pois, a base de todo ordenamento jurídico, uma vez que consideramos a pessoa como a célula mestra que compõe o corpo social necessário à formação do Estado.

A dignidade da pessoa humana é o mínimo irredutível de todo e qualquer aparelho jurídico, devendo prevalecer quando da ponderação de princípios. É dessa forma que ocorrendo o conflito entre os princípios da liberdade e o da dignidade da pessoa humana (como no problema proposto), não refutamos em defender que o último, sem sombra de dúvidas, deve prevalecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescente número de pessoas adeptas ao ativismo pedófilo lançam uma questão crucial para o mundo: As leis que estipulam uma idade mínima para o consentimento sexual devem ser abolidas?

O principal argumento da comunidade pedófila é o de que a liberdade dos indivíduos sobre os seus corpos deve ser respeitada, independentemente da idade dos indivíduos. Normalmente repudiam a idéia da violência para a obtenção do prazer sexual com a criança, defendendo, entretanto, relacionamentos sexuais que possuam o mútuo consentimento.

Ocorre, todavia, que a criança estando assimetricamente posicionada em relação ao adulto na relação não é capaz de concordar livremente a respeito da prática sexual, apesar de acreditar veemente que aquiesceu com o envolvimento. Conforme foi exposto no corpo deste trabalho, percebemos que a criança se deixa envolver nos jogos sensuais propostos pelos pedófilos passando a falsa impressão aos olhos de terceiros (e aos dela mesma) de que quis se envolver com o adulto.

Não poderemos falar aqui em consentimento voluntário da vítima. Como vimos no tópico anterior, as crianças – geralmente carente de afetos e sem a maturidade suficiente para reconhecer movimentos estratégicos – acabam sendo manipuladas para o fim pretendido pelos pedófilos.

Partindo-se do pressuposto que a criança não envolve, mas é envolvida pelo adulto, não poderíamos admitir a supressão do livre desenvolvimento sexual do infante em face da livre manifestação sexual de um adulto. Seria o mesmo que jogar por terra uma conquista que levou séculos para ser atingida: a de se considerar crianças seres distintos do adulto (em caráter biológico, psicológico, emocional e social) e dar-lhes garantias por se tratarem de pessoas em especial fase de desenvolvimento.

Não podemos e nem devemos admitir retrocessos. Temos que caminhar rumo à evolução e, o primeiro passo, é colocar em prática os direitos dos pequenos que estão legalmente estabelecidos (como o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo). O caminho não está em abolir leis necessárias, mas em efetivamente cumpri-las.

REFERÊNCIAS

LIVROS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BOUHET, B., PÉRARD, D. e ZORMAN, M. **Da importância dos abusos sexuais na França** *in* Crianças vítimas de abuso sexual. São Paulo: Summus, 1997.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GABEL, M. **Algumas observações preliminares** *in* Crianças vítimas de abuso sexual. São Paulo: Summus, 1997.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais**. 6.ed. Rio de Janeiro: F. Bastos, 2001.

KANT, I., Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70.

LAMOUR, Martine. **Os abusos sexuais em crianças pequenas: sedução, culpa, segredo** *in* Crianças vítimas de abuso sexual. São Paulo: Summus, 1997.

MEES, Lúcia Alves. **Abuso sexual – trauma infantil e fantasias femininas**. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. Atlas, 2007.

PEIXINHO, Manoel Messias**. A Interpretação da Constituição e os Princípios Constitucionais**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RANGEL, Patrícia Calmon. **Abuso sexual intrafamiliar recorrente**. Curitiba: Juruá, 2001.

ROUYER, Michèle. **As crianças vítimas, conseqüências a curto e médio prazo** *in* Crianças vítimas de abuso sexual. São Paulo: Summus, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SITES
www.cblf.org
www.cerius.org
www.freespirits.org
http://home.uni-one.nl/plein/jon/
www.glgarden.org
www.ipce.info/newsletters/nl_e_2.html
www.martijn.org
www.moses.org.br
www.nambla.org/

A INEFICACIA DA ADOÇÃO DA PENA DE MORTE NA PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE

Susana Bruno ∗

RESUMO

Analisam-se as questões relevantes envolvendo a possibilidade de adoção da pena de morte na prevenção da criminalidade. Para uma melhor compreensão do tema, a primeira parte demonstra o sentimento de vingança que acomete a população quando se vê depara com algum crime brutal. Na segunda parte, observa-se, em se adotando a pena capital, a interferência do Estado no sentido assumir este desejo de vingança, adequando-o às relações normativas. Na terceira parte procura-se estabelecer a efetividade e importância do direito à vida. A quarta parte busca informar os instrumentos de concretização da pena de morte. Segue-se tratando da possibilidade de regeneração do criminoso, da eficácia da adoção da pena de morte no sentido de coibir a prática delituosa, da pena de morte frente à Constituição da República. Verifica-se, ainda, a pena de morte e o livre arbítrio, enquanto na última parte, trata-se da garantia à vida a ser observada pelo Estado. Conclui-se que sua adoção se caracteriza como sendo uma retribuição sem qualquer respaldo de racionalidade e coerência.

PALAVRAS-CHAVE: PENA DE MORTE, DIREITO À VIDA; REGENERAÇÃO, REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

ABSTRACT

The excellent questions are analyzed involving the possibility of adoption of the penalty of death in the prevention of crime. For one better understanding of the subject, the first part demonstrates the revenge feeling that acomete the population when it is seen comes across with some brutal crime. In the second part, it is observed, in if adopting the capital punishment, the interference of the State in the direction to assume this desire of revenge, adjusting it the normative relations. In the third part it is looked to establish the effectiveness and importance of the right to the life. The fourth part searchs to inform the instruments of concretion of the death penalty. It is followed treating to the regeneration possibility of the criminal, the effectiveness of the adoption of the penalty of death in the

∗ Mestranda na Faculdade de Direito de Campos Área de concentração Políticas Públicas e Processo.

direction to restrain practical the delictual one, of the penalty of death front to the Constitution of the Republic. It is verified, still, the death penalty and the free will, while in the last part, is about the guarantee to the life to be observed by the State. One concludes that its adoption if characterizes as being a repayment without any endorsement of rationality and coherence.

KEYWORDS: PENALTY OF DEATH, RIGHT TO THE LIFE; REGENERATION, REDUCTION OF CRIME

INTRODUÇÃO

Todas as bibliografias centradas nos debatem em torno da pena de morte, à medida que a vida perdeu seus tradicionais valores e a violência à pessoa ganha especial destaque no conceito das instituições políticas, deslocando seu antigo prestígio, para duvidosa posição.

Os adeptos da pena de morte se infiltram no campo político e crescem, acompanhados da audaciosa bibliografia, mas não se sentem senhores absolutos. Caminham, com passos hesitantes e olhar furtivo, à retaguarda da história.

Nos Estados Unidos da América do Norte, país onde predominam peculiares requintes na aplicação da pena capital, a confiança não assume esse aspecto dominador. Mesmo encarada em sua função repressora ou sob blandicioso fundamento da necessidade do papel intimidativo, seu terreno de sustentação não é de solidez comprovada. É de constante mutabilidade, de interferências e de intercâmbios internos, em regra, negativas, longe da sedimentação que era de se esperar, no decurso da longa história de sua implantação oficial.

É fácil compreender esse desequilíbrio tão evidente, se buscarmos as origens das divergências entre posições estritamente políticas e ideologicamente sociais.

A pena de morte, politicamente impositiva, na prática penal, longe de ocupar posição de destaque doutrinário, pelo contrário, é de uma pobreza de conceitos, que a isola em um curto capítulo. Dos conceitos às conclusões, a pobreza se consome na infertilidade

do definhamento, à falta da seiva filosófica e doutrinária que alimente, operando-se uma antropofágica destruição, a que resiste ainda neste século.

Só temos a reconhecer que os acidentes e desenlaces cômicos que se seguem à arrepiante tragédia da execução da morte em cadeiras elétricas, câmaras de gases e outros aviltantes instrumentos, nem sempre tão letais como deveriam ser, se as imperfeições de inspiração e realização prática não cedessem às perfeições da teimosa conservação da vida, obrigando o homem a concluir a morte.

Com a extinção da pena de morte, a esses instrumentos, cumprido o seu nefasto papel, não cabe a mérito de recolhimento entre objetos da memória de humanidade, aos museus da história.

1 Pena de Morte e Vingança.

Princípios e normas e normas sem princípios, estão na origem. Neste caso, se enquadra a pena de morte: norma sem princípios.

No princípio, quando o crime de morte figurava, nas estatísticas, em escala incomparável, a ação natural da justiça conduzia o homem à perpetuidade do crime. À morte, outra morte, é nenhuma reparação. Então, crescem os interesses da defesa social, diante de uma problemática situação. A vingança era sentimento da espécie, em estado de contradição. Não havia um sentimento mais forte, capaz de assegurar a perpetuidade da espécie. Aí surgiu o princípio de conservação do homem em sociedade.

Não poderia, entretanto, a vingança, natural no homem, em estado latente ou exasperado, apagar-se da consciência, submeter-se ou sublimar-se em formas superiores de Justiça. A vingança, o mais indomável dos sentimentos, associada ao ódio, espécie de irmãos siameses somente por processos brandos, somente por um secular tratamento de civilização se transformaria em harmoniosas maneiras de convívio social.

A disseminação do ódio-vingança, em doses concentradas, luta sem quartéis, ocupa todo o campo de ação do homem. Não há essa ou aquela forma de vingança, sendo ela uma só, mais ou menos aguerrida, mais ou menos organizada, diversificadas ubiqüidades com pontos diversos de contacto próximos ou remotos.

Mas nem mediante tantas versatilidades, ela passa por diferenças de conteúdo, de substância, com mais propriedade, ser reconhecível, envolvida em pompas ou em andrajos, de presença trombetadas em ambiente de austera riqueza de pompa edificante e austera apresentação, ou levantada em andrajos da poeira de uma praça-de-feira, partida de indivíduos contendores.

Se bem que o mesmo ódio-vingança, se bem que existencialmente tenha o mesmo conteúdo, formalmente, em suas exterioridades e conseqüências na vida social sofrem apreciáveis modificações, a oportunidade se manifesta de, um plano único restituir a cada uma das suas constituições (subjetivas) individualmente consideradas, os seus subjetivos desígnios e correspondentes exterioridades.

O desenvolvimento dos grupos sociais não ocorreu um processo mais ou menos igualitário, guardadas as distinções, ao da evolução mental do homem, pois nele o espírito associativo atendeu ao interesse de esforços comuns em sentido material, muito antes de simpáticas formas associativas de solidariedade humana, muito menos, típica assunção de comunhão de esforços, em semelhança de pureza ideal.

Houve um descompasso, que vem lentamente sendo corrigido, entre o progresso técnico-científico-material e o aperfeiçoamento integral do homem, biológico e psicologicamente encarado. Lentamente corrigido em modestas proporções aritméticas, dando margem a um desequilíbrio originado da perda da indispensável identidade entre técnicas e ciências, com afrouxamento dos laços, tal desprendimento de contactos vitais, reduziu técnicas a simplesmente técnicas, sem dúvida condenável mecanicismos.

2 À morte, outra morte.

Na lenta e atrasada marcha da ciência, em disparada competição com a técnica, perde a humanidade, arrastada ao indescritível sofrimento, às crispações da dor, às doenças e males sem cura. Isto no campo das ciências naturais de certo mais avançadas que as ciências sociais. A origem desses atrasos é uma só vinda em linha reta única de um fundo comum da história da civilização.

Técnicas, ciências biológicas e sociais em confronto de desenvolvimento, não parecem dar mostras de um equilíbrio tranqüilizador para o futuro da humanidade.

A mobilização excessiva de recursos materiais e a formação altamente especializada e concentrada dos progressos das técnicas relegam a um plano secundário o destino humanitarista da sociedade.

As conclusões mais graves para a humanidade, são as conseqüências nocivas da indistinta manipulação técnica, altamente perigosa à sobrevida. Disto é exemplo nos nossos dias o emprego da guerra biológica como meio total de extermínio.

Inventados os rudimentos da técnica necessários à vida pacífica, ergueu-se aos poucos o seu imenso potencial de domínio e o grupo social que se apoderou de seus potentes instrumentos, com isto vem conseguindo açambarcar os meios de produção e distribuição das riquezas.

Encontrada uma inexplorada infra-estrutura de bens de consumo, o Estado organizou-se e ergueu suas instituições assumindo o controle social.

Em camadas inferiores dessa infra-estrutura, a forma natural de justiça levava o homem à perpetuidade do crime. A morte, outra morte. À morte – um crime – o ato de vingança: outra morte, como preço devido àquela que a antecedera. O despertar da vingança, poderoso sentimento individual, manifestado no homem, tornado forma coletiva (grupal) de vindita só foi reduzida pela formação política da sociedade, que deu origem à justiça organizada. Houve uma transferência e, o que se pode dizer com certo grau de impropriedade uma transfusão de humores da morte-vingança-do-grupo-humano para o campo das relações normativas, mas nunca uma renúncia à vingança, como exercício da vontade coletiva.

Tão poderoso direito, qual seja o da conservação da vida, atravessou a História e a norma ainda persiste com o seu caráter vindicativo, em muitas legislações penais.

Vem-se perpetuando a imperfeição original: íntegro o sentimento de vingança, sob feição de uma deformação, assumida pelo inconsciente coletivo, como natureza residual.

3 Conservação da vida: Direito do homem.

Como sobrevive a aplicação da morte, em certas codificações penais, fora da sistemática doutrinária, apesar dela ou em posição a de estranha intromissão?

Sobrevive e encontra justificação de si própria, na existência do poder da vingança, vingança individual, associada em grupos ou legitimada pelo Estado. Quando não sobrevive na legitimidade do Estado, sobrevive à sua sombra, com a dupla superioridade de atuação sob os vantajosos efeitos da impunidade e do uso imoderado de meios e de armas empregados na consecução dos fins criminosos. O que existe não é a convicção de que a medida repressora extrema supra a fraqueza da ausência da pena de morte na lei penal, porque se assim o fosse, a força da convicção não venceria o respeito à vida, não haveria convicção, conseqüentemente. O que existe é a manifestação do secular sentimento de vingança, sem a motivação individual, sem laços justificativos, sem a antecedência do ódio, no princípio do ato volitivo.

Na consciência do homem, na esfera da vontade, o ato de matar ainda está na ordem natural da conduta individual, se bem que seja animador o resultado da educação pelo respeito à vida.

Por esse lado, caminha o homem no sentido da pacificação, da conciliação com a vida, da valorização do supremo bem, competitivamente, por outro lado, cresce nos centros urbanos a morte sem punição, assustando a sociedade.

Se a formação política do Estado de origem à justiça organizada, aquilo que era realmente o interesse fundamental, passou para o campo dos conceitos e relações normativas. Tão poderoso direito, qual seja o da conservação da vida, atravessou a História e a norma ainda persiste, sem ter sido incorporada aos princípios da organização social. Perpetuou-se a imperfeição original; o sentido de vingança, sob aspecto de uma deformação, transferido ao inconsciente coletivo como natureza residual.

Povos representativos da civilização ocidental assumiram papel relevante, nessa ordem política institucional da pena de morte, e trouxeram para a América do Norte, no processo de caldeamento tão violentamente repelido, a instituição da morte legalizada.

4 Morto, cadeira elétrica, câmara de gases.

A pena de morte, nos Estados Unidos, representados pela “cadeira elétrica” e “câmara de gases”, a que não faltam o tradicional emprego de meios químicos, para completar a morte ou – o que dá no mesmo – liquidar os últimos sinais de vida, seria

assunto para manifestações tragicômicas, dignas de um Chaplin, não fosse o respeito fortemente predominante da normal reação emocional do brutal realismo do quadro representado.

Contudo, apesar do impacto imposto a opinião pública, isto não significa uma vitória do exercício de desafiante poder do sistema penal, ou mesmo unânime ou predominante aplauso da sociedade.

Tudo está na origem institucional da pena, a que vimos nos referindo e, indo mais longe, na localização daquele estigma residual encontrado no fundo do inconsciente coletivo, já agora sob a preocupação da generalizada violência, com a qual também se identifica, em franca progressão. Na realidade, não há formas de violência. A violência é uma só. Há, sim, fatores potencializadores da violência no agenciamento de um sem número de modos de encobrir a morte, só identificável pelo excesso de atrocidades, para quem quer entender as coisas como elas são, na realidade do acontecer, do repetir-se, das peculiaridades de execução. Similitudes de vingança assumida não se aparentam com os modos de cumprimento individual da morte, salvo nos casos de ação coletiva endereçada a esse fim.

Não é fantasiosa versão, a afirmativa da unidade da vingança e dos seus agentes, isto sem incluir as formas quentes ou naturalmente aquecidas da vingança homicida, no tipo de portadores desse nefasto sentimento.

5 Crime e regeneração.

Os apaixonados adeptos da pena de morte, os mal disfarçados e os sugestionados pela suposta necessidade dessa medida penal, acolhem teses de múltiplos argumentos, do mais subjetivo – o poder da intimidação – ao mais objetivo, mais realista, espécie de contabilização de despesas, de calculada economia de custos do presidiário condenado a longas reclusões carcerárias evitáveis.

A existência do organizado sistema penitenciário já oferece margem a conclusões.

As conclusões tiradas de tais argumentos não são de natureza positiva. Em primeiro lugar, a possibilidade do poder intimidativo da reclusão carcerária é irresistível a toda prova, por mais condenável que seja o sistema penitenciário, a não ser que se considere

pouco aflitivo o tipo de vida imposta nesses estabelecimentos, visando aumentar ao máximo a carga de temores.

Aferir o custo de vida de um presidiário não é economia aceitável, recomendável ao Estado, nos dispensáveis cortes de seu orçamento, sob imposição de ocultação a deveres públicos em geral. Fundamentalmente pobre a economia de reais é tão pobre quanto o resto de idéias armadas em defesa da pena de morte, dais quais a de mais pretensa nobreza seria a inexpressiva sustentação do valor da intimidade vontade de vida por outra vida condenada.

O temor à morte e a economia de reais são ambos preteridos pelo lúcido exercício da crítica, atendendo à chocante origem da oposição extremada: esta, através da supressão de uma vida; aquele, luz apagada no fundo da consciência, no momento dominante da furiosa vingança, no precioso momento do ato homicida.

O temor à morte e a economia de reais, que mais argumentos em defesa da pena de morte? Não nos ocorrem outros, além dos referidos.

Aos defensores da pena de morte desagrada a humanização do sistema penitenciário, na singularidade da conceituação que adotam, considerando-se que ela deva ser apontada sob falsa posição, em termos de inautenticidade de conteúdo.

6 Pena de Morte e Constituição.

Sentem-se agravados os humanistas, vendo conservada a denominada penitenciária, aos estabelecimentos de aplicação da pena privativa da liberdade. E até vendo outras textuais denominações, como condenação, pena, cumprimento de pena, tudo que deve ser apagado e deixado para trás das expectativas de superação do fracassado sistema, e do surgimento de reformatórios, bem indicados, inspirados nos princípios de reabilitação de personalidades socialmente deformadas.

Assumem papel insultuoso: as alusões à aplicação atual de programas científicos às pessoas incidentes na prática de atos anti-sociais, desde o emprego da engenharia às edificações próprias, quando o que assustadoramente vem acontecendo é o afundamento dos aglomerados penitenciários na mais caótica situação de desordem, violentamente contida em recintos superlotados, onde vigora a mais desumana reclusão.

Diante de tal situação, não se mobilizam recursos adequados, não se planeja e se executa obras saneadoras da inegável calamidade pública.

Mas não é a ausente pena de morte, do Código Penal, a causa da superpopulação reclusa por que os que ali se encontram não pensaram, por antecipação, se matassem seriam condenados à morte.

Os que defendem a pena de morte, também se opõem à implantação de reformatórios, por duas razões: não acreditam na re-educação dos que delinqüem; reformatórios sugerem lugares de lazeres, de premiação imerecida para criminosos, um convite ou uma tentação ao crime, para conseguirem recolhimentos agradáveis. Argumentam, é bem verdade, que nos barracos e nas ruas, eles não encontram o mínimo daquele conforto. Não deixa de haver uma certa razão. Mas é que esse ciclo de degradação, do nascimento à morte, é a causa determinante da conduta anti-social, aliada a outras correlatas ou propriamente independentes, como as de natureza biológica. Da mesma forma, os doentes, que da falta de recursos à saúde equilibrada, recuperam-se nos ambulatórios, clínicas e hospitais. É preciso que se afirme que todos os portadores de doenças não são criminosos, mas todos os criminosos passam por distúrbios psico-sociais, que os conduzem à prática do crime.

Insistem os aguerridos partidários da morte, em combater idealistas, segundo pensam mal formados e mal avisados, que erram em seus indefensáveis cometimentos, abrigando ao seio bem amado injustificável acolhido homicida. Não distinguem a natureza individual de cada condenado, pois a favor de nenhum – mesmo menores infratores, mesmo loucos – há a contemplação de privilégios. A pena é inexorável e à justiça não cabe recuar, dando exemplo da fraqueza.

Há, ao contrário, no caso de menores infratores e personalidades psicopatas, o argumento dos imerecidos custeios, por tratar-se, naqueles, de indivíduos com disponibilidade indiscutível. Em média ponderada, afinal vence a preocupação de poupança de gastos.

Poupança de gastos e poder intimidativo, se não vingaram no desenvolvimento da pena de morte, não é razão desalentadora, para os que sentem, na sua falta, a impotência do

Estado diante do crescimento da criminalidade, para os que ainda confiam na extrema violência à vida, como taboa de salvação social.

O momento histórico, marcado pela decadência de autênticos valores da humanidade poderá propiciar a regressiva contagem de pontos, no sentido final da implantação de medidas de caráter anti-humano, do tipo pena de morte. Poderá sim, mas inutilmente, reconhecendo-se que o sentimento de vingança, na origem da morte violenta, não se suprime nem mesmo se atenua, sujeitando à morte, o culpado. São duas mortes, diferentes em sua motivação: a morte conseqüente à lenta nascença do ódio, encaminhando à violência, que dirige a ação; a morte, premeditadamente institucionalizada e formalmente aplicada. A morte por vingança pessoa ou familiar ou de grupo unido por laços justificados é característica socialmente válida, que não desaparece por contrariedade do Estado.

Aliás, a contrariedade do Estado conduz ao mais conseqüente dos erros, na ordem dos erros irreversíveis: o erro judicial. Estamos, portanto, em face de um elemento positivo acrescido da alegada falta de intimidação e do dispensável custeio do presidiário, elementos negativos que esvaziam o conceito da pena de morte, se submetida à decomposição.

7 Pena de Morte e Livre Arbítrio.

A repercussão do erro judicial é de uma enormidade facilmente identificável e só por si suficiente para prudente isolamento da pena de morte. Somente a privação e a recuperação da liberdade, mesmo sacrificado o princípio da equidade, é justiça imperfeita, como medida corretiva do erro judicial. Em jogo o mesmo direito (direito à liberdade), ainda assim, há um desequilíbrio irreparável quantitativa e qualitativamente entendido, face ao erro judicial, de imperfeita solução. Imperfeita, à falta de unidade entre o homem e o tempo pretérito, presente e futuro na vida de um homem. E tem mais: do homem compelido a excepcionais condições de ambiente e de hábitos, contrários às do normal cotidiano. Passando da imperfeita reparação da justiça, em termos possíveis, o Estado não pode assumir o compromisso social de respeito à vida por ele tutelada. Embora subordinado a regras de disciplina, o presidiário conserva, na ordem constitucional, seu direito à vida.

É na ordem constitucional, que vão defrontar-se, em última instância, o direito à vida e a pena de morte, despontado posições de opção legal, de legitimidade assegurada à manifestação de argumentos reciprocamente pró ou contra. Ainda não se abordou com especial atenção que o tema requer, em partidos políticos, em sindicatos, em associações de classes, em assembléias constitucionais regulares, dispositivo que veda a discussão e aprovação da pena de morte, por contrária aos direitos humanos universais. Seria a maneira de irmos aperfeiçoando as nossas instituições democráticas, de garantirmos os direitos do indivíduo e da sociedade, de superarmos posições, no plano de estabilidade, do estado de fato a estado de direito.

Não é avanço extremado, no terreno da discussão de idéias, atacar de modo inconseqüente a pena de morte, fazendo simples jogo de palavras, sem posicionamento científico-doutrinário. O que se impõe é atrair os defensores da pena de morte, para o campo racional da discussão. Em termos de racionalização, o homicídio tem suas origens no comportamento do homem, não exercido por livre arbítrio da vontade, mas por diversificados fatores endógenos e exógenos, de natureza biológica e adquirida.

Tem-se dito que o homem é um produto do meio, o que não deixa de ter certo tom de veracidade. Na realidade mais do que uma meia verdade, a que só falta acrescer, para completá-la, a parte biológica, que é o restante. Esta não é imutável, na sucessão das idades existenciais. Também não é imutável em meio às naturais influências ambientais e às socialmente atuantes e diretamente modificativas.

Dessa forma, cabe à sociedade uma parcela preponderante de responsabilidade, a que não é lícito fugir. São encargos sociais, de alçada de órgãos especializados do Estado, os desvios da conduta humana. Nos Estados socialmente organizados, o ser humano é assistido desde a concepção à morte. A falta ou retraimento desses deveres estatais tem implicações cumulativamente comprometedoras, se devidamente analisada a sociedade.

Há uma inversão de ordem direcional e diversional da sociedade, que cabe ser analisada, à semelhança da recuperação rosa-dos-ventos incontrolada, dando margem a descaminhos.

Não sabendo o que é causa e o que efeito, o observador mal avisado mistura os “alhos e bugalhos” da História. Alarmado, enumera efeitos, como sendo causas, e erra nas

soluções que aponta. Geralmente atravessada à porta estreita da inteligência e se apresenta sobranceiro, sobraçando poucas salvadoras soluções, recomendadas como líquidas e certas, de que é um exemplo, a pena de morte, na ordem simples da rotulada poção letal, que, bem empregada, como manda o espartano figurino, produz o resultado esperado. Na aplicação dos princípios gerais de sua meteorologia – comparando mal – o trovão precedendo o raio, apenas em termos simbólicos e aparentemente sentidos, e um estrondar ensurdecedor e vazio, seguido de um transparente raio azulado ilusório imagem de seu poder destruído. Depois dos avanços da ciência à disposição da humanidade, verificou-se uma desigual troca entre disposição e disponibilidade, em que o homem dispondo das descobertas da moderna ciência vê-se privado da disponibilidade de avançados desenvolvimentos técnicos seguidos de aplicações experimentais e práticas.

Ciência técnicas e práticas experimentais lamentavelmente não vêm sendo mobilizadas em benefício da humanidade, do bem estar da felicidade do homem. Chegam a desastrosos limites o mau emprego das técnicas, das suas experiências e suas práticas.

Nas antecipações, nas coincidências e nas inércias comprometedoras encontramos as formas de condenável repúdio, aplicadas às indevidas intervenções na s ciências Sociais, sobretudo a economia e a política. O determinismo crescendo incontido ou limitadamente incontido, em proporções insatisfatórias ou mesmo precárias, na multiplicação de suas contradições em choque, no desencadeamento de conflitos internos, nos choques é de intranquilizante perspectiva nos dias em que estamos vivendo.

Seria oportuno, neste instante, voltarmos nosso interesse para o que nos reserva o futuro do mundo, indagando como os países em desenvolvimento conseguirão solucionar seus problemas políticos, sociais e econômicos.

A grandiosidade desta tarefa é tal, que parece reduzir a segundo plano o posicionamento da pena de morte, em discussão, se bem que ela seja matéria esgotada, em discussões. É invariavelmente o mesmo saber de idéias, abrangendo, em uma só tirada, o livre arbítrio, o poder da intimidação, a irrecuperabilidade do criminoso, justificando o baixo custo de sua subsistência, na passagem de prisioneiros da vida carcerária até o momento da execução.

A adoção da pena de morte é singularmente seguida, encontrando receptividade entre indivíduos de poucas letras, pela fácil compreensão, sem recorrência a cruzadas associações de raciocínio.

O resto é o ultrapassado livre arbítrio, de muito fácil compreensão, sobretudo se desacompanhada de velhos argumentos. Tudo deve ser reduzido a expressões mais simples, para ser entendido.

Nessa projeção simplíssima, numa captação direta, sem planos intermediários, sem subjetivação, o indivíduo intelectualmente primário vê da compreensão de um fato a outro por via direta, sem nenhum enriquecimento nacionalmente fundado em camadas subjacentes. Sai à rua, lê manchetes de jornais, troca idéias com as pessoas ali presentes, presencia cenas de violência. Volta aos jornais. Mata-se com requintada perversidade e emprega armas privativas das forças armadas, até nos assaltos a instituições bancárias. Passa os olhos, rapidamente, detêm-se na leitura do noticiário de estupro de um menor, logo conclui: “está faltando a pena de morte no Brasil”.

O homem letrado, compromissado com sua formação espiritual, portador de diplomas, chega à mesma conclusão: “está fazendo falta, a pena de morte”, embora tenha idéias formadas a respeito do livre arbítrio, do poder da intimação, da justiça da pena, da justificação à família e à sociedade, da irrecuperabilidade do criminoso e seu baixo custo de subsistência.

O homem livre pensador, em frente aos jornais, franze o cenho e troca opiniões com um vizinho do lado: “A chegada do século XXI expõe as chagas apodrecidas de uma sociedade em decomposição. Mas haverá uma regeneração dos tecidos. Sente-se no ar a salvadora revolução social”.

8 O Estado e garantia de vida.

Conforme dito alhures, o ódio, mola propulsora da vingança criminosa, é sentimento indivisível, podendo as circunstâncias que a cercam melhor propiciar a sua expansão natural. Apenas a motivação, e as qualidades pessoais, do(s) agente(s) da morte, ergue uma diferença fundamental entre duas modalidades, exercidas, de vingança, das quais, a primeira é própria do comportamento do homem, nele superável, se submetido à

educação adequada a planejada pedagogia, enquanto a segunda é desempenhada pelo Estado, sob denominação de pena de morte.

O comportamento do homem é passível de influências modificadoras, no sentido do convívio, sem reações anti-sociais.

A intervenção do Estado, suprimindo a vida do criminoso é inaceitável, levando-se em conta que é dever do Estado garantir a vida e não eliminá-la. Se as estatísticas dos crimes acusam índices progressivos, a culpa é do Estado, por ter negligenciado seu dever, daí admitir-se a reclusão dos infratores, a estabelecimentos próprios, sob custódia pública e garantias de vida.

A vida deve ser direito assegurado a todos os brasileiros, por força de dispositivo constitucional. A lei deve definir como crimes, a propaganda da defesa da pena de morte, bem como de todas as formas de incitamento a tal prática, fixando-lhes penas.

Seria de impressionar-nos o número dos que apregoam a pena de morte deixando a nossa segurança ameaçada por um potencial de vingança, sob aquela forma do sentimento generalizado, despertado do fundo da consciência coletiva.

É a violência que se expande, nuclearmente unida, apenas dirigida com propriedade definida, a um setor estatal exposto às mais diversificantes manipulações, embora se trate apenas de uma tendência da opinião pública, prevalecendo, sem dúvida, o caráter ideal, em seu sentido mais restrito, e descontado certo exagero, a tem cuidado.

Voltando ao tema, se bem que não seja motivo geral de pânico, é oportuno lembrar a necessidade de definição constitucional do crime de propaganda da pena de morte, por todos os meios. É igualmente oportuna a coibição da violência em geral não segundo a versão oficial atribuída a “Grupos de Extermínio” entre quadrilhas de traficantes, numa guerra sem quartel, sucessora dos “esquadrões da morte”, de triste memória, convenientemente arquivados, sendo que em uns e outros foram usados rocambolescos recursos dos “Sherlocks” e das “Agathas Christies” nacionalizados.

A violência, não tendo premeditado medida, modalidades peculiares de ação e outras pré-ordenações, mobiliza, concentra ou dispensa os meios postos em direção individual ou coletiva, multiplicando inventivas armas de destruição, sem desmerecer em

contra partida, o instrumental de resguardo do agressor, para poder, sem medo, investir contra suas indefesas vítimas.

O emprego coletivo de armas de agressão representa o estágio mais adiantado do poder de destruição, em que o agressor simplesmente aciona, com o mínimo de esforço e o risco necessário, poderosos instrumentos de destruição da vida. O preço da vida é calculado a baixos índices de mercado no qual se estipula sem a presença dos elevados valores da humanidade, vilmente desprezados.

Em cortejo de marcante inspiração marcial, em forma unida ou dispensada, os violentos e os vingativos, os agressivos se identificam através de simbólica e efetiva consciência.

A irrecuperabilidade, juntamente com o poder intimidante, elementos subjetivos, maciçamente apreciados através dos tempos, tem evidenciado sua resistência à ação presente dos instrumentos de tortura e morte.

A “cadeira elétrica” e a “câmara de gás” não impõe temor nem respeito. O temor continua resistindo ou, o que é mais realisticamente sentido, ignorado tão fantasmagóricos contornos, delineados em pesadelos logo esquecidos.

Há mais: a irrecuperabilidade é fator altamente negativo, considerado inviável na consciência do homem numa fantasiosa exploração, além de qualquer limite sensível.

E ainda, o baixo custo de gastos despendidos pelo condenado à morte, argumento moralmente condenável, despedido de caráter, tendo em vista que a vida não baixou tanto em sua dignidade, perante homens de homem, mesmo tendo o consumismo valor de tudo.

O poder intimidante da pena de morte, como freio à prática do homicídio, não tem o mínimo valor de argumentação, capaz de deter a marcha do processo de vingança, ou desaquecê-la no nascedouro. A vingança é sentimento instantâneo, com explosão de ódio associado. Sem poder desencadeante se esgota com facilidade assegurada pela consumição. O poder intimidante é matéria para reflexão e não força freno contensora.

A irrecuperabilidade do criminoso é admitida à prova de confiança. Uma vez criminosos, o será para toda a vida. Sua capacidade de regeneração não será definitivamente esgotada. O crime não encerra sua possível capacitação para a vida socialmente normal.

Em tese, lançar o estigma de irrecuperabilidade sobre o criminoso, significa uma imposição de fatalismo divinatório, o que o homem não pode atribuir-se, sob censura de orgulhosa veleidade, assumindo o papel de porta voz de suprema entidade espiritual.

Não há livre arbítrio transferido a alguém, formando uma duplicidade de livre arbítrio, o próprio e o suposto, na consciência de outrem. O livre arbítrio não é analisável, não se submete a um tipo de comparação, é uma singularidade sem par, uma aceitação sem crítica, não é um processo de pensamento, é um pensamento estático ou mera colocação de palavras.

Foi neste vazio que nasceu o carrasco e, em seguida a pena de morte. O carrasco, vindo antes, trazia a morte no peito, no pensamento e nas possantes mãos. O peito, o pensamento e mãos menos possantes, por não estarem afeitos ao ofício se multiplicaram, dando nascimento a milhões de carrascos potenciais, todos frutos da mesma herança do ódio e da vingança ancestrais.

A vida em dúplice sucessão (o homicídio e a pena de morte) é inconciliável com os princípios da Justiça, a que não cabe a solução, pela vingança em nome da sociedade. Vingança, sim, em sua forma mais fria, na ausência do choque do ódio e presença de expedita execução, a cargo de meticuloso profissional. Não pode ser isto justiça, mas uma projeção de vingança, ainda conservada no âmago do inconsciente coletivo. Nesse quadro a morte, decorrente do crime, não coexiste com a morte sob imposição legal. A medida que se vai empalidecendo ou se ensombrando (exigência de expressão de uma imagem metafórica), a projeção social da pena de morte com o estado moral e emocional da sociedade.

Enquanto a pena de morte vai-se abatendo, sem honroso nome a lembrar prestes a ser lentamente tragada pelo tempo, semi-mergulhada nas sombras que se adensam em seu redor, a falta de consoladoras ou enérgicas palavras defesa ou de justificado papel no desempenho da irremediável condenação penal em seu tempo, desaparece sozinha, sem traços de identidade específica e funcional.

Os que a defenderam ingloriamente, em inglórios mundos mergulhados, e os que a combateram com denodo em altaneira posição, seguem diferentes destinos: os inglórios defensores da pena de morte continuam a viver no estéril campo de suas idéias e ao

desamparo de ideais humanos; os militantes das boas causas continuam de coração, olhos e braços, fiéis companheiros de luta.

Companheiros de luta os vêm o ódio, a tortura e a vingança, onde forem encontradas, continuam ao lado da boa causa, como o Cardeal Dom Paulo Evaristo Arns em sensível e inteligente afirma [(1)]:

> "Não há ninguém na Terra que consiga descrever a dor de quem viu um ente querido desaparecer atrás das grades da cadeia, sem mesmo poder adivinhar o que lhe aconteceu. O "desaparecido" transforma-se numa sombra que ao escurecer-se vai encobrindo a última luminosidade da existência terrena".
>
> .....
>
> "O que mais me impressionou, ao longo dos anos de vigília contra a tortura, foi porém o seguinte: Como se degradam os torturadores mesmo. Esse livro, por sua própria natureza, não pode dar resposta plena à questão".

As visitas voltadas para a tortura e a morte, neste contexto, não são despropositados ou alheatórios vagares de olhos. Eles se dirigem ao mesmo mundo do ódio e da vingança, de que a pena de morte é um dos aspectos, apenas com a diferença da rotulagem legal, importante no plano das instituições do Estado.

O ódio e a vingança são uno e indivisível estado de consciência do homem. No desenrolar desse drama atuam as influências, resultantes do progresso e das técnicas modernas.

Espíritos desavisados concluem erroneamente, que a ausência da pena de morte é responsável por todas as violências ocorridas na sociedade. O certo é que a Justiça deixa na mais escandalosa impunidade centenas de criminosos. À pena de morte, legalmente existente, corresponde, com precisão matemática a cada crime, para não expor-se o Estado a comprometidas impunidades, ainda que não esteja sendo conduzido à execução, o

(1) In: "*Brasil nunca mais* – um relato para a história". ARNS, Dom Paulo Evaristo. Petrópolis: Vozes, 1985.

verdadeiro criminoso. Seria uma inexplicável conduta da Justiça, se estivéssemos em face de execução à regra, em países onde a pena de morte existe.

Mais um detalhe se afigura para a convergência do erro judicial, no sentido prático do secreto incidente.

Seria a complementação mais lógica, na história da pena de morte, no jogo da vida.

Este, diga-se de passagem, é realmente, o mais palpável dado, na composição lógica formal do crime e sua história, afora o subjetivismo e respeitabilíssimo temor da pena, para mais gente uma insignificante antecipação de pensamento.

CONSIDERAÇOES FINAIS

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que a pena de morte é uma sanção injusta, inútil e dispendiosa, restando clarividente que a sua adoção se caracteriza como sendo uma retribuição sem qualquer respaldo de racionalidade e coerência. De igual maneira, buscou-se expor a incapacidade de fundamentação intelectual plausível dos defensores da pena capital.

Há que se lembrar que o debate acerca da pena de morte deve se operar distante das comoções populares, procedendo a um estudo sereno e acurado, sem dar azo para que a emoção torne obscuras as conseqüências do problema.

Um dos grandes pontos de apoio dos defensores da pena de morte é o temor do indivíduo em relação à sanção que lhe será imputada na hipótese de cometimento de um delito. Tal alegação é eivada de falácia, posto que nos Estados em que a pena de morte se apresentou como sendo uma modalidade de sanção penal, quando da sua extinção, não houve avanço da criminalidade, nem tampouco ocorreu um retrocesso nos índices daqueles Estados que passaram a adotá-la.

Outra quimera dos defensores da pena capital é no que se refere aos custos da mantença do preso no sistema prisional, onde alegam que é menos dispendioso a adoção da pena de morte. Ora, em recente publicação obtida através da rede mundial de computadores, divulgou-se que um dos motivos ensejadores para a redução das penas capitais nos Estados Unidos da América é justamente o alto custo do processo [(2)].

(2) Pena capital - cai número de sentenciados à morte nos Estados Unidos *por Cláudio Julio Tognolli*

A única certeza que se tem é que a pena capital inibe a reincidência por razões óbvias. A absoluta irrevogabilidade de uma pena de morte injusta transforma o erro humano em desumano. Que o diga Dom Pedro II, quando negou o pedido de graça imperial a Manuel da Motta Coqueiro que foi acusado pelo homicídio de oito pessoas de uma família e que após a execução da pena, descobriu-se que o sentenciado fora vítima de uma conspiração de seus adversários políticos.

O número de penas capitais sentenciadas nos Estados Unidos caiu em 2006 aos níveis mais baixos já registrados desde que a pena de morte foi reinstalada no país, há 30 anos. Isso reflete aquilo que especialistas já têm como um exponencial medo de que a justiça criminal possa cometer erros trágicos e irreversíveis, segundo o site *Findlaw*. As execuções levadas a termo também registraram em 2006 seus menores índices da década.

"A pena de morte está definitivamente na defensiva", avalia Richard Dieter, diretor da ONG Death Penalty Information Center, uma organização de Washington que busca magnificar os problemas trazidos com a pena capital.

As sentenças de morte caíram a 114 casos em 2006. Em 2005, foram 128, um número ainda mais baixo do que aquele de 137 casos registrados em 1976, ano em que a Suprema Corte reinstalou a pena de morte nos EUA. O recorde ficou com o ano de 1996, com 317 penas de morte decretadas.

Em 2006, foram levadas a cabo 53 execuções nos EUA, 60 casos a menos que em 2005. O recorde foi o ano de 1999, com 98 execuções. As causas apontadas por promotores, advogados e juízes que criticam a pena de morte são: o surgimento de mais leis estaduais a determinar como pena máxima a prisão perpétua sem direito a liberdade condicional ou apelações, uma queda generalizada nos índices de criminalidade e a relutância de várias autoridades em levar a pena de morte à frente dados os altos custos de um processo deste. Mas o motivo principal seria o temor de erros judiciais. Desde 1976, 123 pessoas saíram da fila de execuções após terem sido decretadas inocentes, 14 delas mediante teste de DNA. Trinta e sete dos 38 estados dos EUA que adotam a pena de morte agora admitem em seu lugar, de preferência, a prisão perpétua sem direito a recurso. O Texas, tido como o maior adorador da pena de morte, adotou tal lei em 2005.

Execuções por meio de injeção letal também estão sob suspeita em nove estados: Arkansas, Califórnia, Delaware, Florida, Maryland, Missouri, New Jersey, Ohio e South Dakota. Esta semana, em New Jersey, uma comissão especial recomendou que aquele estado se tornasse o primeiro a abolir a pena de morte. O estado de New Jersey deve abolir a pena de morte e substituí-la por prisão perpétua, sem a possibilidade de liberdade provisória, após o resultado de estudos feitos por uma comissão especial. Os estudos foram encaminhados ao governador Jon Corzine, na terça-feira (2/1).

A pena de morte, segundo os estudos, "não é usada em New Jersey há quatro décadas e não serve a propósito algum". De acordo com os estudos, se a pena de morte for abolida, acaba o "perigo de se executar pessoas inocentes". Além disso, "os custos da pena de morte aos contribuintes são muito maiores do que condenações à prisão perpétua sem liberdade condicional".

Há ainda a afirmação de que "a prisão perpétua numa prisão de segurança máxima sem a possibilidade de liberdade condicional asseguraria suficientemente a segurança pública e demais interesses penais, incluindo nisso os interesses dos familiares dos assassinados".

A comissão de 13 integrantes que fez os estudos revela que há nove homens na fila da pena de morte em New Jersey. Em fevereiro de 2004, New Jersey foi impedida de fazer execuções por decisão da corte local.

O governador Jon Corzine é democrata e se opõe à pena de morte. Caso ele e a magistratura do estado implementem as recomendações do estudo, New Jersey se tornará o décimo terceiro estado americano a abolir a pena de morte. New Jersey foi o terceiro estado a impor uma moratória à pena de morte após Maryland e Illinois.

A questão da pena de morte é fastidiosa e interminável. Ao nosso ver, a adoção da pena capital só se funda na necessidade de esconder da sociedade os reais problemas da criminalidade, quais sejam, a ausência de políticas públicas sociais básicas.

REFERÊNCIAS

ARNS, Dom Paulo Evaristo. *Brasil nunca mais* – um relato para a história. Petrópolis: Vozes, 1985.

BARATA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, coleção Pensamento Criminológico, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARRETO Augusto Dutra. *Pena de Morte – um remédio social urgente*. São Paulo: LEUD, 1998.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 18 dez. 2006.

BRUNO, Aníbal. *Perigosidade criminal e medidas de segurança.* Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

CASTRO, Emílio. *Pena de morte Já.* Rio de Janeiro: Revista Continente, 1986.

Consultor Jurídico revista. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/51679,1>. Acesso em: 06 jan. 2007.

Consultor Jurídico revista. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/51578,1>. Acesso em: 03 jan. 2007.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *Pena de morte – o erro anunciado.* Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br>. Acesso em: 07 nov. 2006.

FOUCAULT, Michael. *vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1984.

GOFFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões, e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1992.

HUNGRIA, Nelson, *et all*. *Pena de morte*. BONFIM, B. Calheiros (Org.). Rio de Janeiro: Destaque, 2006.

MARTINS, Celso. *Aborto, suicídio e pena de morte.* São Paulo: DPL, 2002.

MELO, Yure Gagarim Soares. *As novas perspectivas do direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MEREU, Ítalo. *A morte como pena - ensaio como violência legal* - Coleção Justiça e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MITTERMAIER, Karl Josef Anton. *A pena de morte*, São Paulo: LEUD, 2004.

NETTO, Amaral. *A pena de morte*. Rio de Janeiro: Record, 1991.

PEREIRA, J., *Violência, uma análise do "homo brutalis"*. São Paulo: Alfa-ômega, 1975.

TUBENCHLAK, James. *Crise Social e delinqüência*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

O ATO INFRACIONAL VISTO SOB A PERSPECTIVA EDUCACIONAL DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Suzéte da Silva Reis*

RESUMO

Este artigo objetiva discutir o ato infracional sob a perspectiva educacional da Doutrina da Proteção Integral, adotada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e suas implicações para o desenvolvimento do adolescente infrator, no sentido de ressocializá-lo e não apenas de puni-lo, a partir do atendimento ao princípio do melhor interesse e da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVES: ADOLESCENTES - ATO INFRACIONAL – PROTEÇÃO INTEGRAL

RESUMEN

Este artículo objetiva discutir el acto infracional bajo la perspectiva educacional de la Doctrina de la Protección Integral, adoptada por la Constitución Federal de 1988 y por el Estatuto del Niño y del Adolescente, y sus implicaciones para el desarrollo del adolescente infractor, en el sentido de ressocializálo y no apenas de punirlo, desde el servicio al principio del mejor interés y de la condición peculiar de persona en desarrollo.

PALABRAS LLAVES: ADOLESCENTES - ACTO INFRACIONAL – PROTECCIÓN INTEGRAL

Notas introdutórias

A violência que parece crescer cada vez mais no cotidiano das grandes cidades, e até mesmo em comunidades menores, tem gerado discussões no sentido de apresentar soluções para o seu combate. A participação de adolescentes em atos de violência, como

* Pedagoga, Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, membro do Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas, da mesma Universidade. Autora. E-mail: suzyreis@yahoo.com.br

assaltos, furtos, roubos, seqüestros e assassinatos tem se tornado freqüente e motivado discussões sobre a impunibilidade sob a qual eles agiriam e sobre qual seria a solução adequada.

O projeto de redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, do Senado Federal, no dia 26 de abril deste ano, e que agora irá à votação em Plenário, encontra defensores e opositores. O projeto, que teve 12 votos favoráveis contra 10 votos contrários, prevê que para serem responsabilizados criminalmente, os infratores deverão passar antes por exame psicobiológico para determinar se têm ou não discernimento do ato delituoso cometido. O laudo técnico deverá ser emitido por junta nomeada pelo juiz. Em caso de condenção por crimes hediondos, como assassinato por roubo, seqüestro e tráfico de drogas, os jovens terão de cumprir pena de prisão. Condenações por crimes brandos serão substituídos por penas alternativas, de caráter sócio-educativo. Quando a medida sócio-educativa for de pena privativa de liberdade, os adolescentes deverão ficar em local distinto dos demais com idade superior a 18 anos.

Interessa aqui discutir se essa medida será suficiente para resolver tal problema, tendo em vista que o sistema prisional, do modo como está organizado hoje, não dá conta de ressocializar quem lá se encontra. Como ficará a situação dos adolescentes punidos com penas privativas de liberdade nesse caso? Que tipo de atendimento terão? Onde ficará a perspectiva educacional, apregoada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente?

A Doutrina da Proteção Integral

A Doutrina da Proteção Integral, adotada pela Constituição Federal de 1988 e consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.060/90 - representa um avanço significativo em relação ao tratamento dispensado às crianças e adolescentes, que até então eram tratadas como “menores”, termo esse que geralmente estava associado às crianças abandonadas ou vítimas de abusos, maus-tratos e outras formas de violência.

Diz o art. 227 que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Assim, estão sob o manto da doutrina da proteção integral todas as crianças e adolescentes, independentemente da sua condição e não apenas aquelas consideradas em situação de abandono ou de risco. Para Saraiva

> Pelo superado Código de Menores, a declaração de situação irregular tanto poderia derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de "desvio de conduta"), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono). Haveria uma situação irregular, uma "moléstia social", sem distinguir, com clareza, situações decorrentes da conduta do jovem ou daqueles que o cercam. Reforça-se a idéia dos grandes institutos para "menores" (até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional), onde se misturavam infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição: estariam em "situação irregular".[1]

O que acontecia era que a preocupação era tão somente em relação àqueles que estavam à margem da lei, que cometiam pequenos delitos, que praticavam furtos, que perambulavam pelas ruas ou que participavam de delitos de maior gravidade, em muitos casos, acompanhados de adultos. Normalmente, a preocupação não se estendia aos demais. Eram atendidos aqueles que estavam na chamada Situação Irregular. Não poucas vezes, eles acabavam tendo atendimento ou colocados em um único local, pois não havia diferenciação entre aquele que cometia algum delito e aquele que era a vítima de abusos, maus tratos ou estava abandonado.

O tratamento dispensado a eles era o de "menor", que "como categoria jurídica, menor indica que o indivíduo, embora sujeito de direitos, não se encontra apto ao exercício pleno da cidadania"[2]. Assim, o emprego do termo "menor", nos dias de hoje, está em desuso, tendo sido substituído por "criança".

---

[1] SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p.24.

[2] ARANTES, Esther Maria de Magalhães. Rostos de Crianças no Brasil. In: PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (orgs). A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da

O art. 1º, do Código de Menores de 1927 dizia que "o menor, de um ou de outro sexo, abandonado ou delinqüente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submetido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo." Ou seja, eram às crianças pobres, via de regra, e que estavam em uma situação de risco – situação irregular – que se destinava o Código de Menores. Eram estas crianças que necessitavam de proteção do Estado.

> Como se vê, o termo "menor" de idade começa a aparecer mais freqüentemente na literatura, em função de uma preocupação com a criança "solta", "não tutelada" e que, por isso mesmo, perambulava pelas ruas, sujeita a diversas experiências, entre as quais a prática de pequenos delitos.[3]

A Doutrina da Proteção Integral substitui o termo "menor" por criança e adolescente, que adquirem a condição de sujeitos de direitos, alvo da proteção do Estado, da família e da sociedade. Outra característica importante é que crianças e adolescentes são tratados como pessoas em desenvolvimento, exigindo-se prioridade absoluta no atendimento de suas necessidades, independentemente da situação em que ele se encontra. Ou seja, não importa se ele for um adolescente infrator, vítima de maus-tratos, abandonado, menino de rua ou qualquer outra situação, ele tem a garantia constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente da prioridade em ter garantido seus direitos.

> A doutrina da proteção integral, por outro lado, rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores insculpidos na Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, crianças e adolescentes titularizam direitos fundamentais, como qualquer ser humano. Passamos assim, a ter um Direito da Criança e do Adolescente, em substituição ao Direito do Menor, amplo, abrangente, universal e, principalmente, exigível.[4]

A Doutrina da Proteção Integral, adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, está baseada no tríplice sistema de garantias. O sistema primário volta-se às Políticas Públicas de atendimento às crianças e adolescentes e está previsto,

---

assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Nino, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995, p.207.

[3] ARANTES, 1995, p. 209

[4] AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 16

especialmente, nos arts. 4º e 85 a 87, do Estatuto. O sistema secundário trata das medidas protetivas, para aquelas crianças e adolescentes em situação de risco, seja pessoal ou social, que não são autores de ato infracional, mas vítima. Ele tem natureza protetiva, agindo quando há violação dos direitos. Encontra-se previsto nos arts. 98 a 101. E o sistema terciário trata das medidas sócio-educativas, dos adolescentes em conflito com a lei, quando eles são os autores do ato infracional, e está regulado nos arts. 103 a 112.

A passagem de um paradigma a outro, portanto, impõe uma nova organização para atender a exigência do Estatuto da Criança e do Adolescente de que sejam adotadas medidas governamentais: políticas públicas, programas de assistência social, serviços de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vitimas de maus-tratos, abuso ou negligência, extensivo inclusive aos pais ou responsáveis dos mesmos, sem nunca perder de vista o respeito à condição de pessoa em desenvolvimento da criança e do adolescente.

> Esta peculiar condição de pessoa em desenvolvimento faz-se inquestionável, a justificar a existência de um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população. Nem sempre, porém, esta condição especial é percebida por todos. Ao menos nem sempre é percebida como uma condição que atinja a todos que se encontram na mesma etapa de desenvolvimento.[5]

É de fundamental importância que não se perca de vista que o atendimento às crianças e adolescentes, em razão de serem pessoas em desenvolvimento, há que ser diferenciado, devendo-se observar fatores como sua maturidade, equilíbrio emocional, capacidade de discernimento e até mesmo o desenvolvimento físico, não podendo ela ser tratada do mesmo modo que um adulto. Tanto a Constituição Federal quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente apontam o princípio da prioridade absoluta em todas as esferas, seja na elaboração de políticas de atendimento, seja na previsão de recursos financeiros por parte do Estado. Essa primazia é que irá garantir a proteção integral, garantindo os direitos fundamentais expressos no texto constitucional.

> Com o fim de garantir efetividade à doutrina a proteção integral a nova lei previu um conjunto de medidas governamentais aos três entes federativos, através de políticas sociais básicas, políticas e programas de assistência

[5] SARAIVA, 2006, 33

> social, serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, abuso e proteção jurídico-social por entidades da sociedade civil.[6]

A exclusão, segundo Amélia Azevedo, é conseqüência da violência social mais ampla, que atinge a *infância pobre*.

> Essas crianças, cotidianamente violentadas são aquelas para as quais de nada adiantou a Declaração Universal dos Direitos da Criança porque elas não são vistas como crianças e sim como *pivetes*, isto é, crianças rejeitadas, periféricas, apenas toleradas pelo sistema social injusto que as produziu e as exclui.[7]

Em relação ao tema, Esther Arantes destaca

> Se algum dos critérios para a definição do que seja "criança" e "menor" podem hoje ser olhados criticamente a partir de uma compreensão histórica e cultural, tais definições poderiam apenas merecer o nosso olhar piedoso – complacente em relação às crenças do passado – não tivessem alguns instrumentos jurídicos constituído-se em estratégia de criminalização dos segmentos mais pauperizados da população e não continuassem tais noções a existirem no presente como verdadeiro "senso comum", subsidiando políticas e informando comportamentos discriminatórios em relação à criança pobre no Brasil. Não que a criança rica não seja objeto de intensos cuidados e vigilância, ou que não adoeça ou tenha problemas. Ao contrário, nas sociedades ocidentais modernas as crianças vivem uma espécie de enclausuramento, sendo-lhes negada a rua, a convivência com não-pares de idade e a aprendizagem livre (não planejada).[8]

Mas não é só o Estado que tem o dever de atender prioritariamente crianças e adolescentes. A família e a comunidade também têm o mesmo dever. À família, em decorrência do poder familiar, cabe promover as condições para o desenvolvimento, a educação, a alimentação, o lazer, o acesso à cultura e a informação. A comunidade local onde vive a criança é que tem melhores condições de verificar se os seus direitos estão sendo cumpridos ou não, e, em caso de descumprimento, que tipo de violação está ocorrendo. Todas as ações devem estar dirigidas para atender ao melhor interesse, portanto.

---

[6] AMIM, 2006, p. 17

[7] AZEVEDO, Amélia e GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento. São Paulo, Cortez, 2000, p. 235. Diz ainda a autora que sob a rubrica de *infância pobre* incluem-se os contingentes de "menores carentes", "menores abandonados" e "menores infratores".

[8] ARRANTES, 1995, p. 210

O ato infracional

O ato infracional está descrito no art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente como "conduta descrita como crime ou contravenção penal". Sempre que houver a violação de uma norma que define crime ou contravenção penal cometida por crianças ou adolescentes se estará diante de um ato infracional. Saraiva lembra que

> Só há ato infracional se houver figura típica penal que o preveja. E este conceito, para submeter-se o adolescente a uma medida socioeducativa, manifestação de Poder do Estado em face de sua conduta infratora, esta ação há de ser antijurídica e culpável. O garantismo penal impregna a normativa relativa ao adolescente infrator como forma de proteção deste em face da ação do Estado. A ação do Estado, autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa, fica condicionado à apuração, dentro do devido processo legal, que este agir típico se faz antijurídico e reprovável – daí culpável.[9]

O ato infracional, no entender de Milano Filho, configura-se como um desvalor social que pode ser considerado, em parte como uma resposta do adolescente frente à sua insatisfação para com a vida, quando não reflexo de sua má criação, imaturidade e até mesmo formação congênita e que se exterioriza em crimes e contravenções, que acabam sem punição em face da idade do agente. Em relação à idade daquele que comete o ato, segundo ele, são "atendidas as recomendações da ONU quanto à definição de adolescente, para efeitos penais, revelada pela imaturidade emocional, mental e intelectual, mas com previsão de medidas adequadas para uma tentativa de recuperação"[10].

Essas medidas são as chamadas medidas sócio-educativas e são aplicadas quando do cometimento de um ato infracional, àqueles entre 12 anos completos e 18 anos incompletos – os adolescentes. Após atingir a maioridade, 18 anos completos, os delitos passam a ser da esfera de competência do Código Penal, sendo que as medidas sócio-educativas aplicadas quando adolescentes não podem se configurar como maus antecedentes posteriormente. Há que se lembrar que sempre se considera a data do fato,

[9] SARAIVA, 2006, p. 76
[10] MILANO FILHO, Nazir David e MILANO, Rodolfo César.*Estatuto da Criança e do Adolescente – comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil.*São Paulo: Liv. E Editora Universitária, 2004, p. 18.

da prática do ato infracional, para ensejar a aplicação de uma medida socioeducativa ou de uma pena.

Como lembra Milano Filho, as medidas socioeducativas encontram suas razões no 4º Princípio Fundamental das Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinqüência Juvenil, que "estabelece a necessidade de medidas progressistas de prevenção da delinqüência, que evitem criminalizar e penalizar crianças e adolescentes por uma conduta, não causando grandes prejuízos ao seu desenvolvimento".[11]

Parece haver um entendimento equivocado de que o Estatuto é o responsável pela impunidade e pelo aumento do cometimento de atos infracionais, em decorrência do seu caráter de proteção de direitos. Ao contrário, como lembra Saraiva, ele contempla um modelo de responsabilidade juvenil e de sanções, em caso de infração, como as medidas sócio-educativas de caráter pedagógico, mas que podem ter inclusive a privação de liberdade.[12] Dentre as alternativas, alguns propõe punições mais severas e, até mesmo, a redução da maioridade penal.

Ora, esta alternativa – redução da maioridade penal, sem entrar aqui na discussão acerca da constitucionalidade da medida, novamente estaria deslocando o problema de um local ao outro. Os adolescentes infratores passariam à categoria de criminosos. Tendo maioridade penal, iriam para os presídios. É mais do que sabido que essas instituições não dispõem de estrutura para atender aos presos que lá se encontram, promovendo a sua ressocialização e resgatando a sua dignidade. Os presos são adultos, maiores de 18 anos de idade.

Os mesmos elementos que se observam quando da ocorrência de um crime pelo adulto devem ser observados quando do ato infracional, não podendo o adolescente ser punido quando, nas mesmas circunstâncias, um adulto não o seria.

> Evidentemente que a caracterização do ato infracional impõe, para fins de aplicação de medida socioeducativa, ante seu inequívoco caráter retributivo, que a conduta seja não apenas típica, mas antijurídica, ou seja, que não tenha

[11] MILANO FILHO, 2004, p. 125
[12] SARAIVA, 2006, p. 48

> o autor da conduta agido sob o pálio de alguma excludente de antijuricidade. Há, ainda, que se levar em conta os elementos da culpabilidade.[13]

Dentre as medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente estão a advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional[14], além de medidas específicas de proteção como encaminhamento dos pais ou responsáveis; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino; inclusão em programas comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; abrigo em entidade e colocação em família substituta.[15]

Quando o ato infracional for cometido por criança, até 12 anos incompletos, não serão aplicadas as medidas sócio-educativas, mas somente as medidas específicas de proteção citadas no parágrafo anterior e que estão previstas no art. 105, do ECA. Tal artigo remete ao art. 101, que determina as seguintes medidas:

> I – encaminhamento aos pais ou responsáveis, mediante termo de responsabilidade;
> II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
> III – matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
> IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
> V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
> VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
> VII – abrigo em entidade;
> VIII – colocação em família substituta.

As medidas sócio-educativas têm uma natureza híbrida, porque possuem, de um lado, um caráter pedagógico e de outro, um caráter sancionatório. Elas não objetivam pura e simplesmente punir, não tem o caráter retributivo. Elas visam à reintegração do

[13] SARAIVA, 2006, p. 71
[14] Previsão do art. 112, do ECA.
[15] Previsão do art. 101, do ECA

adolescente infrator com a sociedade. Todavia, além do caráter pedagógico, educativo, ela visa responsabilizar o adolescente por sua conduta.

> No entanto, importante é reconhecer sua especificidade em relação à seara criminal, e pautar a atuação jurídica em conformidade com tal reconhecimento, pois, em que pese não estarem os adolescentes sujeitos à normativa penal, são, sim, responsáveis pelos seus atos, frente à sistemática que lhes é peculiar, qual seja, a da Lei 8.069/90, e devem receber prestação jurisdicional condizente com os parâmetros legais ali definidos.[16]

No mesmo sentido, alerta Saraiva

> Há que existir a percepção que o Estatuto da Criança e do Adolescente impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional, e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico, e, especialmente, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.[17]

Importante lembrar o que dizem Moraes e Ramos[18] sobre o caráter pedagógico das medidas sócio-educativas, que visam a reintegração do jovem à sociedade e que, ao mesmo tempo, tem o caráter sancionatório, dando uma resposta à sociedade pela lesão decorrente da prática do ato infracional. Neste sentido, lembram que, mesmo não estando sujeitos à normatividade penal, os adolescentes são responsabilizados pela prática de seus atos e recebem prestação jurisdicional. A responsabilização dos mesmos, que decorre da sua condição de cidadãos e da atividade repressiva estatal, só ocorre quando houver prática de conduta infracional previamente prevista e a obediência aos trâmites processuais estabelecidos.

Todavia, é preciso sempre relembrar que o adolescente egresso de medidas sócio-educativas precisa ser reintegrado à vida social, escolar e profissional. Para tanto, necessita de ações pedagógicas que promovam a melhoria de sua escolaridade, da sua profissionalização e do apoio para a organização de um projeto de vida, nas quais a sociedade, a escola, a família, a comunidade local poderão atuar de modo pontual. E é este o foco que deve se ter: a construção de uma política nacional que abranja a

[16] MORAES, Bianca Mota de. RAMOS, Helane Vieira. A prática do ato infracional. In: MACIEL, 2006, 806
[17] SARAIVA, 2006, p. 93
[18] MOARES, Bianca Mota de e RAMOS, Helena Vieira. *A prática do Ato Infracional.* In: MACIEL, 2006.

prevenção e promoção, como garantia dos direitos e da cidadania das crianças e dos adolescentes tutelados pelo ECA.

A criação de programas de medidas sócio-educativas em meio aberto nos municípios permite, em razão da proximidade física, um melhor acompanhamento do adolescente, atendimento às suas necessidades e de sua família, bem como a sua reinserção, através de projetos de qualificação ou capacitação profissional, convênios com empresas locais ou outros órgãos da comunidade.

No âmbito federal, a criação do Sistema Nacional de Atendimento Sócio-educativo - SINASE - constitui-se como uma política pública destinada à inclusão do adolescente em conflito com a lei e representa um passo importante na concretização das previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de dar as medidas socioeducativas um caráter efetivamente pedagógico. Segundo a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e o Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente "tal processo foi considerado estratégico, em especial, por problematizar um tema que tem mobilizado a opinião pública, a mídia e diversos setores da sociedade: o que deve ser feito no enfrentamento das situações de violência que envolvem os adolescentes, seja como autor do ato infracional, seja como vítima da violação de direitos a que estão expostos no cumprimento de medidas sócio-educativas".[19]

Neste sentido, são priorizadas as medidas em meio aberto (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) em detrimento das restritivas da liberdade (semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, a serem usadas em caráter de excepcionalidade e brevidade). Trata-se de uma estratégia que busca reverter a tendência crescente de internação dos adolescentes, bem como confrontar a sua eficácia invertida, uma vez que se observa que a elevação do rigor das medidas não tem melhorado substancialmente a inclusão social dos egressos desse sistema.

De um lado, prioriza a municipalização dos programas de meio aberto, através da articulação de políticas intersetoriais em nível local e da constituição de redes de

[19] Disponível em www.planalto.gov.br/sedh

apoio nas comunidades e, por outro lado, a regionalização dos programas de privação de liberdade, a fim de garantir o direito à convivência familiar e comunitária dos adolescentes internos, bem como as especificidades culturais.

O compartilhamento da responsabilidade para o desenvolvimento da política e seu financiamento se dará entre as três esferas de governo: União, Estados e Municípios, que se comprometerão com o financiamento das ações para a execução das medidas sócio-educativas. Os recursos serão oriundos do orçamento da seguridade social, responsável pela política de proteção integral dos direitos sociais da população, quanto das demais fontes do Fundo da Criança e do Adolescente, além de outras fontes, conforme art. 195 da Constituição da República.[20]

Considerações finais

O ato infracional, como dito, é a violação das normas que definem o que é crime e o que é contravenção penal, cometidos por adolescentes. O número crescente de dados, divulgados especialmente pela mídia, envolvendo adolescentes em práticas de atos violentos leva a sociedade a discussão sobre o que fazer para resolver o problema.

A redução da maioridade penal, apontada como uma das soluções, com projeto aprovado no Senado Federal, se apresenta como uma alternativa para que não fiquem impunes esses adolescentes, acobertados por uma norma protetora específica, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, é preciso observar que o próprio Estatuto prevê a punição daqueles que infringem as normas e leis. Acontece que essa "punição" não tem o caráter de retribuição ou de mera punição. Seu caráter é educativo. Visa, primeiro, que o adolescente infrator recebe assistência do Estado, da família e da comunidade e compreenda a gravidade dos seus atos e que possa, em segundo lugar, receber atendimento para se desenvolver de modo saudável.

Não basta a aplicação de uma medida sócio-educativa. Para que realmente atinjam os fins a que se destinam, o adolescente egresso precisa ser reintegrado à vida

[20] Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE – Brasília, junho de 2006. Disponível em www.planalto.gov.br/sedh, p.84

social, escolar e profissional. Para tanto, necessita de ações pedagógicas que promovam a melhoria de sua escolaridade, da sua profissionalização e do apoio para a organização de um projeto de vida, nas quais a sociedade, a escola, a família, a comunidade local poderão atuar de modo pontual. E é este o foco que deve se ter: a construção de uma política nacional que abranja a prevenção e promoção, como garantia dos direitos e da cidadania das crianças e dos adolescentes tutelados pelo ECA.

A criação de programas de medidas sócio-educativas em meio aberto nos municípios permite, em razão da proximidade física, um melhor acompanhamento do adolescente, atendimento às suas necessidades e de sua família, bem como a sua reinserção, através de projetos de qualificação ou capacitação profissional, convênios com empresas locais ou outros órgãos da comunidade.

Referências

AMIM, Andréa Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

AZEVEDO, Amélia e GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento. São Paulo, Cortez, 2000.

COLOMBIER, Claire, MANGEL, Gilbert e PERDRIAULT, Marguerite. A violência na escola. São Paulo: Summus, 1989.

FERNANDES, Vera Maria Mothé. O adolescente infrator e a liberdade assistida: um fenômeno sócio-jurídico. Rio de Janeiro: CBCISS, 1988.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente – aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Editora Lumem Júris, 2006.

MILANO FILHO, Nazir David e MILANO, Rodolfo César.*Estatuto da Criança e do Adolescente – comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil*.São Paulo: Liv. E Editora Universitária, 2004.

PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene(orgs.) A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. Rio de Janeiro: Instituto Interamericano Del Nino, Editora Universitária Santa Úrsula, Amais Livraria e Editora, 1995

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil – adolescente e ato infracional. 3 ed. rev. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006

VOLPI, Mario (org.) O adolescente e o ato infracional. São Paulo: Cortez, 2002.